

MASTER'S THESIS

Wijziging van arbeidsvoorwaarden in tijden van crisis.

Anoniem

Award date:

2023

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 07. Nov. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Wijziging van arbeidsvoorwaarden in tijden van crisis.

Masterscriptie RM9906212222

Naam: [REDACTED]

Studentnummer: [REDACTED]

Begeleider: mr. Severeijns-Wijenbergh

Woonplaats: [REDACTED]

E-mailadres: [REDACTED]

Telefoonnummer: [REDACTED]

Datum: 10 mei 2023

Aantal woorden: 13.995 (excl. voetnoten)

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	6
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	8
§ 1 Aanleiding en doelstelling.....	8
§ 2 Probleemstelling en deelvragen.....	9
§ 3 Onderzoekmethoden.....	10
§ 4 Afbakening	10
§ 5 Leeswijzer	10
Hoofdstuk 2: Wijziging van arbeidsvoorwaarden.....	12
§ 1 Inleiding.....	12
Contract of instituut?	12
§ 2 Instructierecht of arbeidsvoorwaarde?	14
§ 3 Wijziging met overeenstemming.....	15
§ 4 Goed werkgeverschap ex 7:611.....	16
§ 4.1 Het redelijke voorstel: de Taxi Hofman-leer	16
§ 4.2 Het post-Taxi Hofman-tijdperk	17
§ 4.3 De Stoof/Mammoet-nuance.....	17
§ 5 Eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW.....	20
§ 5.1 Schriftelijk.....	20
§ 5.2 Arbeidsvoorwaarde.....	21
§ 5.3 Zwaarwichtig belang	21
§ 5.4 Invulling van de belangenafweging.....	21
§ 6 Verbintenisrechtelijke wijzigingsmechanismen	23
§ 6.1 De redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW.....	23
§ 6.2 Onvoorziene omstandigheden; de imprévision van art. 6:258 BW	24
§ 7 Onderlinge verhoudingen; wanneer gebruik je welk wijzigingsmechanisme?	27
§ 7.1 Wel of geen eenzijdig wijzigingsbeding	27
§ 7.2 Gewijzigde omstandigheden op het werk.....	27
§ 7.3 Collectief of individueel	27
Hoofdstuk 3: Eenzijdige wijziging en corona	30
§ 1 Inleiding.....	30
§ 2 Toepassing van de arbeidsrechtelijke wijzigingsmechanismen ten tijde van corona.....	31
§ 3 Wijziging op basis van art. 6:248 en/of art. 6:258 BW	34
§ 3.1 Wijziging op grond van de redelijkheid en billijkheid	34
§ 3.2 Onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 BW	35
Hoofdstuk 4: Alternatieven	38
§ 1 Inleiding.....	38

§ 2	Geen arbeid, wel loon, of toch niet?.....	39
§ 2.1	Risicoverdeling tijdens de coronacrisis.....	39
	Het muizengaatje: schriftelijke afwijking.....	40
§ 3	Verplicht vakantiedagen opnemen.	42
§ 4	Deeltijdontslag.....	43
§ 5	Alternatieven uit de cao's.....	45
§ 5.1	Min-urensystematiek.....	45
§ 5.2	Jaarurensystematiek.....	46
§ 6	Structurele NOW.....	47
6.1	De structurele NOW volgens De Beer en de SER.....	47
6.2	Bezwaren.....	48
6.3	Structureel instrument?.....	48
§ 7	Het wijzigingssysteem volgens de Commissie Borstlap.....	49
§ 8	De Crisisregeling Personeelsbehoud van Minister van Gennip.....	50
Hoofdstuk 5:	Conclusie.....	52
	Aanbevelingen.....	53
Literatuurlijst	56
Jurisprudentielijst	58

VOORWOORD

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text]

[Redacted text]
[Handwritten signature]

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

§ 1 Aanleiding en doelstelling

Het coronavirus heeft Nederland en de rest van de wereld van begin 2020 tot ver in 2022 in zijn greep gehouden. De vele overheidsmaatregelen zoals intelligente lockdowns, verplichte neus-mondmaskers en het thuiswerken hebben een grote maatschappelijke en economische impact gehad.¹ Waar de omzet van de producent van persoonlijke beschermingsmiddelen opeens de lucht in schoot, hebben veel ondernemers in de (nacht)horeca hele zware jaren achter de rug.²

Voor de ondernemers die het meest te lijden hebben gehad onder de coronamaatregelen van de overheid, was het soms noodzakelijk om hun arbeidsvoorwaardenpakket eens goed onder de loep te nemen. Voor veel bedrijven is de beloning van het personeel namelijk de grootste kostenpost.³ Veel werkgevers voelden zich door de coronamaatregelen genoodzaakt om ingrijpende maatregelen om deze grote kostenpost te beperken. Denk daarbij aan maatregelen waardoor er afscheid genomen wordt van personeel, zoals het beëindigen van contracten tijdens de proeftijd, het niet verlengen van tijdelijke contracten en het beëindigen van uitzendovereenkomsten. Andere, maar niet minder ingrijpende, maatregelen zijn bijvoorbeeld het (al dan niet tijdelijk) wijzigen van primaire arbeidsvoorwaarden als loon of vakantiedagen en het uitstellen van toezeggingen zoals vakantiegeld, bonusuitkeringen of salarisverhogingen.

De Nederlandse overheid heeft vrij snel diverse steunmaatregelen in het leven geroepen om ondernemers door de coronacrisis te helpen. Voor deze scriptie is vooral de tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) van belang. De NOW is een loonkostensubsidie voor werkgevers die binnen de subsidieperiode meer dan 20% omzetverlies verwachten. De hoogte van de subsidie is afhankelijk van de terugval in omzet, maar maximaal 90% van de loonsom. Door de snelheid waarmee de NOW subsidie is opgetuigd, vallen er toch veel ondernemers (deels) buiten de boot, bijvoorbeeld omdat zij net gestart waren met ondernemen of na de referentieperiode nog personeel aangenomen hadden.

Ondanks de noodzaak van kostenbesparing, wilden werkgevers liever niet meteen grijpen naar het uiterste middel van beëindiging van (arbeids-)overeenkomsten. Los van het feit dat beëindiging van de (arbeids-)overeenkomsten voor de werknemer in kwestie erg ingrijpend is, is het voor de werkgever ook niet altijd de meest verstandige optie. Bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst moet de werkgever namelijk rekening houden met een opzegtermijn en een transitievergoeding betalen. Daar komt bij dat

¹ De verwachtingen zijn dat, als gevolg van de coronacrisis, het bruto binnenlands product (bbp) langdurig of zelfs permanent lager blijft dan verwacht. Meer hierover zie: Elbourne e.a. 'Blijvende economische schade van de coronacrisis, coronapublicatie van het Centraal Planbureau', augustus 2020.

² Uit cijfers van het CBS blijkt dat de horeca één van de zwaarst getroffen sectoren door de coronacrisis is. Zie bijvoorbeeld: 'Omzet horeca krimpt in 4^e kwartaal door aanscherping coronamaatregelen', *CBS.nl* 28 februari 2022.

³ H. van den Berg & F. van der Linden, 'Lonen en loonkosten, een overzicht van de verschillende CBS-cijfers', *CBS publicatie*, maart 2021.

hij weer nieuw personeel moet werven en inwerken zodra de coronamaatregelen weer (gedeeltelijk) opgeheven worden. Een aantrekkelijkere optie is het (tijdelijk) wijzigen van arbeidsvoorwaarden.

Wijziging van arbeidsvoorwaarden kan met, maar ook zonder instemming van de werknemer plaatsvinden. Het zonder instemming wijzigen van arbeidsvoorwaarden wordt eenzijdige wijziging genoemd. Het verbintenisrechtelijke adagium *pacta sunt servanda* (contract is contract) heeft tot gevolg dat het eenzijdig wijzigen van (arbeids-)overeenkomsten niet eenvoudig is. Tel daarbij op dat het Nederlandse arbeidsrecht gestoeld is op de beschermingsgedachte (de werknemer moet beschermd worden tegen zijn werkgever) en je hebt te maken met niet alleen juridisch, maar ook maatschappelijk erg complex vraagstuk: wanneer mag de werkgever arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigen? En heeft de werkgever voldoende ruimte om een crisis zoals de coronacrisis te overleven?

De afgelopen zeventig jaar heeft de Nederlandse economie negen volledige conjunctuurgolven gehad.⁴ Wanneer de conjunctuur verandert van een hoogconjunctuur naar een laagconjunctuur, spreken we van een recessie, een crisis dus.⁵ Er zijn meerdere zeer uiteenlopende theorieën met betrekking tot de regelmaat en voorspelbaarheid van conjunctuurgolven. Wat wel duidelijk is, is dat conjuncturele schommelingen van alle tijden zijn, en ook altijd weer terug zullen komen. Met de inval van Rusland in Oekraïne in februari 2022 en de daaruit voortvloeiende stijgende inflatie, lijkt de volgende (energie-)crisis alweer haar intrede te doen.

Het vraagstuk omtrent mogelijkheden voor werkgevers in tijden van crisis was zodoende niet enkel relevant voor de coronacrisis, welke inmiddels over het hoogtepunt heen lijkt te zijn, maar zal ook voor komende crises weer aan de orde van de dag zijn. Wellicht komen we nog tot nieuwe inzichten, die bij een volgende crisis van pas kunnen komen.

§ 2 Probleemstelling en deelvragen

Het voorgenoemde vraagstuk betreft de kern van mijn masterscriptie. De probleemstelling die is geformuleerd voor dit onderzoek luidt:

In hoeverre biedt het Nederlandse arbeidsrecht werkgevers in tijden van crisis (zoals de coronacrisis) mogelijkheden om de met zijn werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden (eenzijdig) te wijzigen?

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden, zijn de volgende drie deelvragen relevant:

1. Welke wijzigingsmechanismen kent het Nederlandse arbeidsrecht?
2. Op welke wijze zijn de wijzigingsmechanismen toegepast geschillen waar de wijziging zijn oorsprong vond in de coronacrisis?

⁴ 'Zeventig jaar conjunctuurgolven, Raming Macro Economische Verkenning 2020', CBS 2020.

⁵ 'Recessie', *cbs.nl*, geraadpleegd op 14 april 2022.

3. Welke alternatieven biedt het Nederlandse arbeidsrecht de werkgever om zijn arbeidsvoorwaardenpakket toch aan te kunnen passen aan een crisissituatie?

§ 3 Onderzoekmethoden

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden, is literatuur- en jurisprudentieonderzoek noodzakelijk. Ook zullen parlementaire stukken, uitvoeringsregels en wetgeschiedenis geanalyseerd worden. Daarnaast worden een aantal grote cao's geraadpleegd. Ook de adviezen van de commissie Borstlap en de Sociaal Economische Raad worden in het onderzoek meegenomen.

§ 4 Afbakening

Om te voorkomen dat het onderzoek te breed wordt (en daardoor diepgang mist) heb ik de volgende afbakening gemaakt: In mijn scriptie zal ik niet ingaan op de positie van de zzp'er, uitzendkracht en directeur-groootaandeelhouder. Ook de steunmaatregelen van de overheid gericht op deze groepen zal ik niet (of slechts zijdelings) aan de orde stellen. Verbintenisrechtelijke wijzigingsmechanismen komen slechts aan de orde voor zover zij relevant zijn in het kader van het wijzigen van een arbeidsovereenkomst. Wijziging van overeenkomsten anders dan arbeidsovereenkomsten zal zodoende enkel aan de orde komen voor zover zij relevant zijn voor het arbeidsrecht. In deze scriptie ligt de nadruk op het wijzigen van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. De wijziging van arbeidsvoorwaarden die niet (meteen) invloed hebben op personeelskosten zoals thuiswerken, verplichte vaccinatie en het verplicht dragen van persoonlijke beschermingsmiddelen, komt in dit onderzoek niet (of slechts zijdelings) aan de orde. Ten slotte zal ik niet ingaan op de wijziging van arbeidsvoorwaarden als voorwaarde voor subsidieverlening, zoals bij de KLM het geval was.

§ 5 Leeswijzer

In het eerste hoofdstuk komt aan de orde welke wijzigingsmechanismen het Nederlandse (arbeids)recht kent. Vervolgens wordt onderzocht hoe in de literatuur en de rechtspraak deze wijzigingsmechanismen zijn toegepast op door de coronacrisis ontstane geschillen. Daarna wordt onderzocht welke alternatieven het (collectieve) arbeidsrecht de werkgever biedt om in tijden van crisis zijn arbeidsvoorwaardenpakket zodanig te ordenen dat het past in de nieuwe (crisis)situatie. Het laatste hoofdstuk bevat de conclusie en eventuele aanbevelingen.

HOOFDSTUK 2: WIJZIGING VAN ARBEIDSVOORWAARDEN

§ 1 Inleiding

Een arbeidsovereenkomst is volgens de wettelijke definitie van art. 7:610 lid 1 BW een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. In 1907 is de Wet op de Arbeidsovereenkomst in werking getreden. In deze wet werd als uitgangspunt genomen dat de werknemer als economisch zwakke partij (extra) bescherming verdient.⁶ Deze beschermingsgedachte is altijd als rode draad door het arbeidsrecht blijven lopen.

Bij de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomsten heeft de wetgever er bewust voor gekozen om het arbeidsrecht op te nemen in het Burgerlijk Wetboek.⁷ Het arbeidsrecht is zodoende een onderdeel van het algemene verbintenissenrecht. Dit heeft tot gevolg dat de drie verbintenisrechtelijke pijlers van het contractenrecht – contractsvrijheid, consensualisme en de verbindende kracht van de overeenkomst – eveneens van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst.

Het grondbeginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst is één van de pijlers van het overeenkomstenrecht. Het beginsel, vaak weergegeven met het adagium *pacta sunt servanda*, was al in het oude wetboek stevig weergegeven: ‘Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet’ (art. 1374 lid 1 (oud)). Tegenwoordig is dit beginsel iets subtieler weergegeven in art. 6:248 BW: een overeenkomst heeft (...) de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen (...). Het beginsel komt in het kort neer op de maatschappelijke regel: afspraak is afspraak.

Contract of instituut?

Onder rechtswetenschappers is er al jaar en dag discussie over de vraag of de arbeidsovereenkomst nu meer als contract of als instituut moet worden beschouwd. De aanhangers van de contractuele theorie houden vast aan het verbintenisrechtelijke karakter van de arbeidsverhouding en *pacta sunt servanda*. De aanhangers van de institutionele theorie leggen de nadruk minder op de daadwerkelijke inhoud van het contract, maar meer op het feit dat de werknemer toetreedt tot een arbeidsorganisatie en zich daarmee heeft aan te passen aan de veranderende omstandigheden binnen die organisatie.⁸

Gemiddeld werkt één op de drie werknemers tien jaar of langer bij dezelfde werkgever.⁹ In die periode kan er nog wel eens wat wijzigen binnen de werkrelatie. De arbeidsovereenkomst als duurovereenkomst moet volgens Bungener dan ook een zeker aanpassingsvermogen hebben, zodat de arbeidsverhouding mee kan bewegen met veranderende omstandigheden.¹⁰ Zo kan de werknemer een andere functie gaan

⁶ Bles 1909, p. 3-7.

⁷ Konijn 1999, p. 15 e.v.

⁸ Van der Heijden 1999, p. 54.

⁹ ‘1 op 3 werkt 10 jaar of langer bij dezelfde werkgever’, CBS 23 april 2018, www.cbs.nl.

¹⁰ Bungener 2008, p. 1.

bekleden, kan zijn salaris wijzigen of gaat hij deels vanuit huis werken. Strikt aansluiten bij *pacta sunt servanda* en het daarmee praktisch uitsluiten van wijziging van de arbeidsovereenkomst is dan ook niet realistisch.

Om de inhoud van de arbeidsovereenkomst enigszins te kunnen laten meebewegen met de behoeften van werkgever en werknemer, kent het arbeidsrecht een aantal wijzigingsmechanismen. In dit hoofdstuk zal allereerst aandacht besteed worden aan wat precies een arbeidsvoorwaarde is. Vervolgens wordt de meest harmonieuze manier van wijziging van arbeidsvoorwaarden besproken: wijziging met overeenstemming op grond van Boek 6 BW. Daarna zal de verplichte aanvaarding van de wijziging op grond van goed werknemerschap (art. 7:611 BW) besproken worden. In de vijfde paragraaf wordt het leerstuk van eenzijdige wijziging op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen (art. 7:613 BW) behandeld. In de zesde paragraaf wordt stilgestaan bij de van origine verbintenisrechtelijke (eenzijdige) wijzigingsmechanismen: wijziging op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en wijziging op grond van gewijzigde omstandigheden (art. 6:258 BW). Ten slotte wordt er stilgestaan bij de onderlinge verhoudingen tussen alle eerder behandelde wijzigingsmechanismen.

§ 2 Instructierecht of arbeidsvoorwaarde?

Voordat wijziging van arbeidsvoorwaarden aan de orde komt, moet eerst worden beoordeeld of er sprake is van een arbeidsvoorwaarde. De werkgever heeft namelijk een instructierecht (art. 7:660 BW) op grond waarvan hij het recht heeft bepaalde regels voor te schrijven waar de werknemers zich aan moeten houden. Deze regels – denk dan aan kledingvoorschriften, controlevoorschriften bij ziekte of een social media reglement – zijn geen arbeidsvoorwaarden en mogen daarmee in beginsel door de werkgever (eenzijdig) worden gewijzigd. De werkgever moet dan (uiteeraard) wel de kaders van het goed werkgeverschap in acht nemen. De werkgever kan “echte” arbeidsvoorwaarden niet wijzigen door middel van ordevoorschriften.

De Hoge Raad gebruikt in het Stoof/Mammoet arrest in haar overwegingen de term ‘arbeidsvoorwaarden’. De term wordt echter niet verder uitgewerkt. Daarom mag worden aangenomen dat onder de term ‘arbeidsvoorwaarden’ in beginsel alle afspraken worden begrepen die partijen in het kader van de arbeidsovereenkomst hebben gemaakt. Denk daarbij aan het terugdraaien van een thuiswerkdag¹¹, een roosterwijziging¹² en zelfs een vermindering van het aantal uren (gedeeltelijke beëindiging)¹³. Er wordt in beginsel geen onderscheid gemaakt in primaire, secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden.¹⁴

Zodra duidelijk is dat er sprake is van een arbeidsvoorwaarde, en de werkgever deze voorwaarde wil wijzigen, zal hij (één van) de hierna besproken wijzigingsmechanismen moeten toepassen.

¹¹ Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:317.

¹² Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5022.

¹³ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*) en vrij recent nog in HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

¹⁴ De Laat e.a. 2020, p.75

§ 3 Wijziging met overeenstemming.

Wijzigen van een arbeidsovereenkomst is altijd mogelijk, mits deze wijzigingen in onderling overleg tussen werkgever en werknemer plaatsvinden. Als de partijen met de voorgestelde wijziging akkoord zijn, is er sprake van een nieuwe (gewijzigde) arbeidsovereenkomst.¹⁵ Wijziging vindt dan plaats op basis van het leerstuk van aanbod en aanvaarding uit Boek 6 BW. De werkgever doet een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, welk voorstel de werknemer aanvaardt. De wilsovereenstemming (consensus) waarop de arbeidsovereenkomst berust, is in beginsel vormvrij (art. 3:37 lid 1 BW).

Aanvaarding van de kant van de werknemer mag echter niet te snel worden aangenomen. Dit heeft te maken met de afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever. De Hoge Raad oordeelde in 1999 dat de werkgever er slechts op mag vertrouwen dat de werknemer ingestemd heeft met een voorstel tot salarisverlaging, indien uit de verklaringen of gedragingen van die werknemer ondubbelzinnig blijkt dat de werknemer het voorstel heeft aanvaard.¹⁶ Voor wijziging met instemming geldt het adagium *wie zwijgt stemt toe* dus zeker niet.¹⁷ De Hoge Raad wijst werkgevers er in Van Beek/Zorgverzekeraarsgroep ook nog op dat bij een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever duidelijkheid moet worden verstrekt over de inhoud van de wijziging en de gevolgen van die wijziging voor de werknemer.¹⁸

Wijziging met overeenstemming is in veel gevallen het meest harmonieuze wijzigingsmechanisme. Als de werknemer niet bereid is met de wijziging in te stemmen, zal de werkgever zich daarbij neer moeten leggen of de wijziging eenzijdig gaan doorvoeren met behulp van de hierna te bespreken eenzijdige wijzigingsmechanismen.

¹⁵ Reurich 2005, p. 1; Reurich betoogt dat wijziging van dezelfde contractband niet aan de orde kan zijn, nu contractueel materiaal vaste materie is die niet vervloeit en niet verdampt. Dit sluit aan bij de toelichting van art. 4 van de Ontslagregeling (de arbeidsovereenkomst is ondeelbaar).

¹⁶ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2921 (*Huijjerjans/Kuijpers*) r.o. 3.3.

¹⁷ HR 24 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5262 (*Halliburton*) r.o. 3.5.3.

¹⁸ HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (*Van Beek/Zorgverzekeraarsgroep*) r.o. 3.6.

§ 4 Goed werkgeverschap ex 7:611

Werkgever en werknemer zijn over en weer verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen, zo schrijft art. 7:611 BW ons voor. De strekking van art. 7:611 komt (grotendeels) overeen met de normen van redelijkheid en billijkheid van de art. 6:2 en 6:248 BW. Volgens de Hoge Raad geeft de norm van het goed werkgever- en werknemerschap binnen het arbeidsrecht uitdrukking aan de norm die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt aangegeven.¹⁹

De norm van het goed werkgever- en werknemerschap lijkt op drie manieren te functioneren. Allereerst is het een norm om het gebruik van de instructiebevoegdheid van de werkgever aan te toetsen. Ten tweede biedt de norm van art. 7:611 BW de ruimte om nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht op te nemen, zodat het arbeidsrecht actueel blijft. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de recente discussies over grensoverschrijdend gedrag. In de laatste (en voor deze scriptie meest relevante) plaats wordt de norm van het goed werkgever- en werknemerschap benut om de arbeidsovereenkomst te kunnen wijzigen.²⁰

Titel 7.10 van het BW kent geen eigen regeling voor wijziging van de arbeidsovereenkomst zonder dat er een wijzigingsbeding is opgenomen.²¹ Om de arbeidsovereenkomst toch aan te kunnen passen aan veranderende omstandigheden, kan de werkgever een gewenste wijziging doorvoeren en de reactie van de werknemer afwachten. Een andere mogelijkheid is dat de werkgever de werknemer een redelijk voorstel doet, welke de werknemer redelijkerwijs niet mag weigeren.

§ 4.1 Het redelijke voorstel: de Taxi Hofman-leer

De werknemer is verplicht om in te gaan op een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, als die wijziging verband houdt met gewijzigde omstandigheden op het werk.²² Deze leer wordt de ‘Taxi Hofman-leer’ genoemd. In het arrest Taxi Hofman oordeelde de Hoge Raad dat niet alleen de werkgever, maar ook de werknemer zich in de contractuele relatie redelijk behoort op te stellen.²³ Hieruit kan worden afgeleid dat een werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, over het algemeen positief behoort in te gaan. Hij mag het voorstel alleen afwijzen als aanvaarding redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

Op het Taxi Hofman-arrest is binnen de arbeidsrechtelijke kring wisselend gereageerd. Enerzijds maakte het arrest duidelijk dat van de werknemer een redelijke houding verwacht kan worden als er wijzigingen in zijn arbeidsovereenkomst noodzakelijk zijn. Anderzijds is men van mening dat de Hoge Raad de criteria voor het redelijkerwijs niet moeten aanvaarden van het voorstel onvoldoende duidelijk heeft

¹⁹ HR 8 april 1994, ECLI:NR:HR:1994:ZC1322, (*Agfa/Schoolderman*) r.o. 3.5.

²⁰ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/56.

²¹ Het wijzigingsbeding komt in de volgende paragraaf uitgebreid aan de orde.

²² HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

²³ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

uitgelegd. Het arrest deed sommige juristen vermoeden dat de werknemer vrijwel elk voorstel van de werkgever moet accepteren.²⁴

§ 4.2 *Het post-Taxi Hofman-tijdperk*

In de (lagere) rechtspraak werd na het wijzen van het Taxi Hofman-arrest vrij snel aangenomen dat de werknemer de door de werkgever doorgevoerde wijzigingen moest accepteren.²⁵ In de vroege jaren 2000 kwam de Hoge Raad echter langzaam terug op het toch vrij radicale standpunt uit Taxi Hofman. In het arrest Guitoneau/Midnet Taks (2000) oordeelde de Hoge Raad namelijk dat de werkgever ook rekening moet houden met de nadelige gevolgen die de wijziging voor de werknemer kan hebben.²⁶ Vervolgens overwoog de Hoge Raad in 2003 dat de positieve instelling die van de werknemer mag worden verwacht, niet betekent dat de werknemer niet mag opkomen voor zijn rechten zonder dat de werkgever sancties oplegt.²⁷ De rem werd echter pas 10 jaar na Taxi Hofman écht ingetrapt, toen de Hoge Raad in 2004 het Stoof/Mammoet arrest wees.

§ 4.3 *De Stoof/Mammoet-nuance*

In het Stoof/Mammoet-arrest heeft de Hoge Raad de Taxi Hofman-leer nader uitgewerkt en (flink) genuanceerd. Dit arrest wordt ook wel het milestone-arrest over deze problematiek genoemd.²⁸ De Hoge Raad overwoog in dit arrest uitdrukkelijk dat, als geen eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen is, de werknemer in beginsel niet gehouden is voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden.²⁹ Hierbij houdt de Hoge Raad dus vast aan *pacta sunt servanda*. De verplichting voor de werknemer om mee te werken aan een wijziging is een uitzondering.

De Hoge Raad legde in Stoof/Mammoet een kritische toets aan voor het voorstel tot wijziging van de werkgever. Zij overwoog dat in eerste plaats moet worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever een aanleiding heeft om het voorstel te doen (a). Vervolgens moet beoordeeld worden of het voorstel redelijk is (b). Ten slotte dient onderzocht te worden of aanvaarding van het redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden (c).

a. Aanleiding om het voorstel te doen

Het eerste criterium betreft de vraag of er sprake was van gewijzigde omstandigheden op basis waarvan de werkgever een wijzigingsvoorstel doet. Dit is een objectief criterium waarbij de belangen van de werknemer geen rol spelen.³⁰ Alleen een wijziging van omstandigheden *an sich* is echter niet voldoende. De werkgever moet concreet kunnen aantonen welke wijziging van omstandigheden hem de aanleiding

²⁴ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/71.

²⁵ Zondag 2006, p. 4 e.v.

²⁶ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5648, m.nt. P.A. Stein. (*Guitoneau/Midnet Tax*) r.o. 3.2 & 3.3.

²⁷ HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513 (*Drie-S Invest/Mammoet*) r.o. 3.8.

²⁸ Bouwens 2021, p.20.

²⁹ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

³⁰ Het Hof had deze vraag in eerste instantie opgesplitst in twee vragen: is er een wijziging van de omstandigheden, en kan de werkgever in die wijziging aanleiding vinden tot het doen van een voorstel.

heeft gegeven om de werknemer een wijzigingsvoorstel te doen. Voorbeelden van gewijzigde omstandigheden zijn een verslechterde financiële toestand, overnames, reorganisaties en disfunctioneren.

In het Taxi Hofman-arrest oordeelde de Hoge Raad dat niet relevant is in wiens risicosfeer de gewijzigde omstandigheden liggen.³¹ In Stoof/Mammoet heeft de Hoge Raad geen afstand genomen van dat standpunt. Dat betekent dat zowel een slechte financiële toestand (risico werkgever) als disfunctioneren (risico werknemer) een relevante wijziging in de omstandigheden kan zijn.

b. Beoordeling of het voorstel redelijk is

Als blijkt dat de werkgever een aanleiding had om het voorstel te doen, moet vervolgens beoordeeld worden of het voorstel ook redelijk is. Deze toets wordt ook wel de alle-omstandighedentoets genoemd.³² De Hoge Raad overweegt in Stoof/Mammoet namelijk dat het criterium niet enkel wordt ingevuld door het goed werknemerschap, maar ook door het goed werkgeverschap.³³

De alle-omstandigheden toets is een belangenafweging. Bij de beoordeling of het voorstel van de werkgever redelijk is, moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen worden. De Hoge Raad noemt daarbij een aantal relevante gezichtspunten: de aard van de gewijzigde omstandigheden (zoals harmonisatie na een fusie of bezuinigingen bij bedrijfseconomische problemen), de aard en ingrijpendheid van het voorstel (wel of geen overgangsregeling, tijdelijkheid van de wijziging), de belangen van de werkgever en de onderneming (bedrijfseconomische omstandigheden, instemming andere werknemers) alsmede de positie van de werknemer en diens belang bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarden.

c. Kan aanvaarding van de werknemer worden gevergd

Ten slotte dient beoordeeld te worden of de werknemer het voorstel van de werkgever in redelijkheid had moeten aanvaarden. In de literatuur is er wel onenigheid over nut en noodzaak van deze toets. Alle omstandigheden zijn immers aan bod gekomen in de tweede (“alle-omstandigheden”) toets. Volgens Loonstra & Zondag kunnen in deze toets nog persoonlijke, bij de werkgever onbekende omstandigheden meegenomen worden.³⁴ Grapperhaus daarentegen kwalificeert het criterium als “moeizaam”. Hij vermoedt dat het criterium niet anders is dan de uitkomst van de toepassingen van de criteria 1 en 2 tezamen.³⁵ In de (lagere) rechtspraak worden de twee criteria ook vaak samengevoegd.³⁶ Volgens Sagel lijkt het tweede criterium een meer objectieve toets (is het voorstel in zijn algemeenheid redelijk voor

³¹ HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, (*Van der Lely/Taxi Hofman*) r.o. 3.4.

³² Laagland & Kloostera, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:611, aant. 9 (online, bijgewerkt t/m 3 mei 2020).

³³ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

³⁴ Loonstra & Zondag 2010, p. 321.

³⁵ Grapperhaus 2008, p. 15.

³⁶ Vgl. Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899 (*V&D*), r.o. 31.

een werknemer) te zijn, waar het derde criterium ruimte moet bieden voor de strikt persoonlijke omstandigheden van de betreffende werknemer.³⁷

Pas als alle drie de criteria een positieve uitkomst hebben, kan de werkgever de wijziging in stand laten (of doorvoeren, als hij dat nog niet gedaan had).

Op grond van art. 7:611 BW kan de werkgever zelfs van zijn werknemer verlangen dat hij instemt met een verlaging van zijn arbeidsduur (en dus salaris), ook al komt dit in feite neer op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst.³⁸ De maatstaf kan echter niet gebruikt worden om werknemer te dwingen in te stemmen met een voorstel tot beëindiging van zijn *gehele* dienstverband, zo blijkt uit het vrij recente Xella-arrest.³⁹ Een andere uitkomst zou mijns inziens ook indruisen tegen het (gesloten) ontslagstelsel. Over het (eenzijdige) wijzigingsontslag wordt nader aandacht besteed in hoofdstuk 4.

³⁷ Sagel 2023, p. 33.

³⁸ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*) en vrij recent nog in HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

³⁹ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest tevens dat de Stoof/Mammoet criteria zich niet lenen voor een omgekeerde toepassing (dus werkgever die in moet stemmen met wijzigingsvoorstel werknemer).

§ 5 Eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW

Art. 7:613 BW schrijft voor dat een werkgever slechts een beroep kan doen op een (a) *schriftelijk* beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst opgenomen (b) *arbeidsvoorwaarde* te wijzigen, als hij voor de beoogde wijziging een (c) *zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* moet wijken.

Het art. is in 1998 in het Burgerlijk Wetboek opgenomen als onderdeel van een wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden.⁴⁰ De wetgever zag dat er in de praktijk steeds minder gebruik gemaakt werd van het arbeidsreglement⁴¹ en steeds meer van wijzigingsbedingen⁴². Het feit dat de wijzigingen op grond van een wijzigingsbeding veelal zonder betrokkenheid van de individuele werknemer, vakorganisatie of ondernemingsraad tot stand kwamen, bracht de wetgever tot de invoering van art. 7:613 BW.

Het uitgangspunt van de bepaling is dat arbeidsvoorwaarden in beginsel niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd, tenzij daar aantoonbaar zwaarwichtige belangen voor zijn.⁴³ De wetgever beoogde hiermee de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door werkgevers terug te dringen.⁴⁴ De doelstelling van het nieuwe art. 7:613 BW was om enerzijds aan werknemers een adequaat niveau van bescherming tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden te bieden en anderzijds rekening te houden met het belang van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen.⁴⁵

§ 5.1 *Schriftelijk*

Een eenzijdig wijzigingsbeding dient schriftelijk te worden overeengekomen. Het schriftelijkheidsvereiste uit art. 7:613 BW is echter minder strikt dan het schriftelijkheidsvereiste van bijvoorbeeld het concurrentiebeding (art. 7:653 BW).⁴⁶ Een wijzigingsbeding in een winstdelingsregeling dat via een incorporatiebeding van toepassing verklaard was op de arbeidsovereenkomst, doorstond de schriftelijkheidstoets van de Hoge Raad.⁴⁷ De Hoge Raad oordeelde dat door de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst, voldoende tegemoet gekomen was aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid.⁴⁸

⁴⁰ Wet van 14 februari 1998, *Stb.* 1998, 107, en in werking getreden op 4 maart 1998.

⁴¹ Een arbeidsreglement is wat nu ook vaak een personeelshandboek of personeelsgids wordt genoemd. Het arbeidsreglement bevat(te) allerlei relevante en veelal collectieve arbeidsvoorwaarden.

⁴² Wijzigingsbedingen zijn bedingen opgenomen in de arbeidsovereenkomst of arbeidsvoorwaarden, waarbij de werkgever zichzelf het recht voorbehoudt de voorwaarden eenzijdig te kunnen wijzigen.

⁴³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

⁴⁶ Voor de geldigheid van een eenzijdig wijzigingsbeding is het niet noodzakelijk dat het specifiek in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen wordt, waar dat voor een concurrentiebeding in principe wel het geval is.

⁴⁷ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:GHR:2011:BO9570 (*Wegener*).

⁴⁸ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:GHR:2011:BO9570 (*Wegener*), r.o. 3.6.4.

§ 5.2 *Arbeidsvoorwaarde*

Bij toepassing van art. 7:613 BW is het onderscheid tussen primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden in beginsel niet relevant.⁴⁹ Ook is niet van belang of één specifieke arbeidsvoorwaarde gewijzigd wordt, of dat het gaat om meerdere arbeidsvoorwaarden tegelijk, bijvoorbeeld door middel van een personeelshandboek.⁵⁰ Wanneer er sprake is van een arbeidsvoorwaarde is, is aan de orde gekomen in paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

§ 5.3 *Zwaarwichtig belang*

Volgens de tekst van art. 7:613 BW mag de werkgever arbeidsvoorwaarden slechts wijzigen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Op de vraag wanneer er sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer daarvoor moet wijken, is geen eenduidig antwoord te geven. De rechter moet een belangenafweging maken, waarbij van belang is dat de arbeidsovereenkomst in principe alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Het gewicht van de belangen van de werkgever wordt daarbij mede bepaald door het gewicht van de daar tegenoverstaande belangen van de werknemer.⁵¹

§ 5.4 *Invulling van de belangenafweging*

De normen van art. 7:613 BW zijn door de wetgever volledig opengelaten.⁵² De rechter heeft zodoende de vrijheid om op basis van verschillende gezichtspunten tot een afgewogen oordeel te komen.⁵³

In de Memorie van Toelichting bij de invoering van art. 7:613 BW gaf de wetgever een opsomming van relevante omstandigheden.⁵⁴ Als we deze gezichtspunten combineren met het oordeel van de Hoge Raad in het Fair Play arrest, kunnen we stellen dat bij beoordeling van de vraag of het belang van de werknemer moet wijken voor het belang van de werkgever, een betekenis toekomt aan de volgende omstandigheden:

- a) Gaat het om een wijziging van primaire of secundaire arbeidsvoorwaarden?
- b) In welke financieel-economische situatie verkeert de onderneming?
- c) In hoeverre is de ondernemingsraad betrokken bij de wijziging?
- d) Is er sprake van een redelijke overgangstermijn?
- e) Gaat het om een permanente of tijdelijke wijziging?

⁴⁹ De Laat e.a. 2020, p.75.

⁵⁰ In de literatuur gaan wel geluiden op dat 7:613, mede vanuit de collectiefrechtelijke achtergrond, enkel gebruikt dient te worden als de wijziging een (potentieel) collectief karakter heeft. Art. 7:613 is doorgevoerd als onderdeel van een pakket wijzigingen op de Wet op de Ondernemingsraden. Sommige auteurs zijn dan ook van mening dat art. 7:613 enkel bedoeld is voor collectieve wijzigingen en daarmee uitdrukkelijk niet voor wijzigingen met een individueel karakter.

⁵¹ HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864 (Fair Play I).

⁵² Van Bochove 2013, p. 307.

⁵³ Gezichtspunten zijn volgens Nieuwenhuis geen harde vereisten, zoals het schriftelijkheidsvereiste, maar slechts een vindplaats van argumenten. Nieuwenhuis 2007 p. 283 e.v.

⁵⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21.

f) Zijn er omstandigheden van buiten (zoals een wetswijziging) die dwingen tot de wijziging?

Naast bovenstaande gezichtspunten worden ook belangen als belangenverstrengeling⁵⁵, wangedrag van de werknemer⁵⁶, disfunctioneren⁵⁷, harmonisatie van arbeidsvoorwaarden⁵⁸ en verduurzaming⁵⁹ meegewogen, maar deze zijn zeer zelden⁶⁰ doorslaggevend.

Op basis van het bovenstaande kan afgeleid worden dat de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang erg casuïstisch beoordeeld wordt. Alle omstandigheden van het geval, zowel aan de zijde van de werkgever als aan de zijde van de werknemer, kunnen in meer of mindere mate een rol spelen bij de beoordeling of de werkgever de wijziging van arbeidsvoorwaarden eenzijdig door mocht voeren. Dit past ook weer bij de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, waar in de inleiding van dit hoofdstuk kort aandacht aan besteed is.

⁵⁵ Rb. Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979.

⁵⁶ Rb. Noord-Nederland 8 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4307.

⁵⁷ Rb. Noord-Nederland 19 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:2248.

⁵⁸ Rb. Den Haag 24 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16073.

⁵⁹ Rb. Amsterdam 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8240.

⁶⁰ In Rb. Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979 achtten de kantonrechter en het Hof het belang van werkgever wel zwaarwichtig genoeg.

§ 6 Verbintenrechtelijke wijzigingsmechanismen

Ook buiten Titel 10 van Boek 7 BW zijn wijzigingsmechanismen ontwikkeld. Deze mechanismen maken, mede door de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek, ook onderdeel uit van de gereedheidskist van de werkgever als hij arbeidsvoorwaarden (eenzijdig) wenst te wijzigen. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW en het leerstuk van de *imprévision* ex art. 6:258 BW.

§ 6.1 De redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW

Onder bepaalde omstandigheden kan de arbeidsovereenkomst gewijzigd worden door de werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW. De redelijkheid en billijkheid kunnen op twee manieren invloed uitoefenen op een (arbeids-)overeenkomst: door middel van de aanvullende werking en door middel van de beperkende werking.

Art. 6:248 lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Indien de arbeidsovereenkomst over bepaalde onderwerpen geen regeling treft, kan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid deze leemte dus opvullen.⁶¹ Ook het uitleggen van contractsbepalingen zou je kunnen scharen onder de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶² De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ziet op de rechtsgevolgen van een reeds bestaande overeenkomst. Van een echte inhoudelijke wijziging is dan ook eigenlijk geen sprake.⁶³

Alleen bij de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW kan de (arbeids-)overeenkomst daadwerkelijk inhoudelijk worden gewijzigd. Een bepaling kan opzij gezet worden als de toepassing ervan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Samenloop tussen de aanvullende en de derogerende werking is ook mogelijk. Denk dan aan een situatie waarbij op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid een bepaalde afspraak opzij wordt gezet. De leemte die daardoor ontstaat kan vervolgens opgevuld worden door de aanvullende werking. Bij de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid moet volgens de Hoge Raad wel altijd de bedoeling van partijen in acht genomen worden.⁶⁴

⁶¹ HR 6 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2606 (*Stokkermans/Kuijken en Asselbergs*) r.o. 3.6.

⁶² HR 13 maart 1981 ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).

⁶³ Bungener 2008, p. 223.

⁶⁴ HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2582 (*Guitsink/Inter Services BV*) r.o. 3.2.

Toepassing op het arbeidsrecht

De rechter neemt bij het toepassen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht een zeer terughoudende houding aan. Dit geldt ook als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen een arbeidsverhouding toegepast dient te worden, zo blijkt uit bijvoorbeeld *Parallel Entry/KLM*.⁶⁵ In het arrest *Frans Maas* uit 2000 oordeelde de Hoge dat ongewijzigde voortzetting van een ziekteprotocol weliswaar “niet redelijk” was, maar dat “niet redelijk” een andere, lichtere maatstaf is dan de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2 BW.⁶⁶ In het vrij recente IFF-arrest oordeelt de Hoge Raad, onder verwijzing naar het *Stoof/Mammoet* arrest, dat de toetsingsmaatstaf van art. 7:611 BW minder streng is dan de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 BW.⁶⁷

§ 6.2 *Onvoorziene omstandigheden; de imprévision van art. 6:258 BW*

Een ander wijzigingsmechanisme dat voortkomt uit het verbintenissenrecht, is het leerstuk van wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden; de *imprévision*. De *imprévision* vindt haar oorsprong in de dertiende eeuw en is gebaseerd op het uitgangspunt dat iedere overeenkomst wordt gesloten onder de (stilzwijgende) voorwaarde dat de omstandigheden niet veranderen: *clausula rebus sic stantibus*.⁶⁸ Op grond van dit leerstuk, dat neergelegd is in art. 6:258 BW, kan de rechter op verlangen van één van de partijen de gevolgen van de overeenkomst wijzigen (of deze zelfs geheel ontbinden), als er zich omstandigheden voordoen die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

De *imprévision* moet volgens de parlementaire geschiedenis gezien worden als een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 BW.⁶⁹ De rechter dient terughoudend te zijn in de toepassing van art. 6:258 BW; slechts bij hoge uitzondering zijn de omstandigheden van dien aard dat ongewijzigde instandhouding niet verwacht mag worden.⁷⁰

Om een wijziging op grond van art. 6:258 BW te kunnen rechtvaardigen, dient allereerst vastgesteld te worden of er sprake is van een *onvoorziene omstandigheid (a)*. Vervolgens dient beoordeeld te worden *of ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden (b)*. Daarna komt de *risicoverdeling (c)* aan de orde. Ten slotte dient de rechter *de aard en omvang van de wijziging (d)* en/of ontbinding vast te stellen.

⁶⁵ HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312 (*Parallel Entry/KLM*).

⁶⁶ HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942 (*Frans Maas*) r.o. 3.4.

⁶⁷ HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759, r.o. 4.1.1 – 4.1.2.

⁶⁸ Hijma e.a. 2016, p. 312.

⁶⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 973-974.

⁷⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 974. Ondersteuning in de jurisprudentie is te vinden in HR 27 april 1994 ECLI:NL:HR:1984:AG4797 (*NVB/Sipke Helder*) en HR 10 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1532 (*FNV/Campina*).

a) *Onvoorziene omstandigheid*

Van ‘onvoorziene omstandigheden’ kan slechts dan sprake zijn als de partijen bij het sluiten van het contract bepaalde omstandigheden niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) hebben voorzien en deze omstandigheden zich na de sluiting van het contract hebben voorgedaan. De omstandigheid moet, bij het sluiten van de overeenkomst, nog in de toekomst gelegen zijn.⁷¹ Of daar sprake van is, moet door uitleg van de overeenkomst worden vastgesteld.⁷²

b) *Ongewijzigde instandhouding redelijkheid en billijkheid?*

Het tweede vereiste voor een geslaagd beroep op art. 6:258 BW is dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden. Daar kan sprake van zijn als er zich een “ernstige versterking in de waardeverhouding tussen de prestaties” voordoet.⁷³

c) *Risicoverdeling*

Het volgende aspect dat aan de orde komt bij de beoordeling of een overeenkomst gewijzigd kan worden op grond van onvoorziene omstandigheden, is de risicoverdeling uit art. 6:258 lid 2 BW. Een wijziging wordt niet uitgesproken als de omstandigheden voor rekening dienen te komen van degene die zich erop beroept.

d) *Aard en omvang van de wijziging*

Als de rechter van oordeel is dat de omstandigheden van zodanige aard zijn dat ongewijzigde instandhouding niet verlangd kan worden, heeft hij veel vrijheid in het vaststellen van die wijziging. Zo kan hij oordelen dat een tijdelijke wijziging voldoende is, of de wijziging aan bepaalde voorwaarden verbinden (art. 6:260 lid 1 BW).

Toepassing op het arbeidsrecht

Van wijziging wegens onvoorziene omstandigheden wordt in het arbeidsrecht vrij weinig gebruik gemaakt. Kijkend naar de jurisprudentie over art. 6:258 BW in combinatie met het arbeidsrecht, is duidelijk dat daadwerkelijk terughoudend getoetst wordt. De toepassing van art. 6:258 BW zal waarschijnlijk niet snel tot een andere (betere) uitkomst leiden dan toepassing van art. 7:613 of 7:611 BW.⁷⁴ Holtus is zelfs van mening dat binnen het arbeidsrecht aan de *imprévision* geen zelfstandige slagkracht toegekend moet worden, nu in het arbeidsrecht zelf reeds een wijzigingsvoorziening is getroffen.⁷⁵ A-G De Bock concludeerde dat de lat voor art. 7:611 BW lager ligt dan die van art. 6:258 BW, wat de nut en noodzaak van art. 6:258 BW in het arbeidsrecht wellicht (meer) vermindert.⁷⁶

⁷¹ HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Schreuders/ABP*) r.o. 4.3.2.

⁷² HR 24 december 2012 ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Heineken*) r.o. 3.2.3.

⁷³ HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987: AC2558 (*Kriek/Smit*).

⁷⁴ Loonstra & Zondag 2010, p. 324.

⁷⁵ Holtus 2020, p. 37.

⁷⁶ Concl. A-G. de Bock 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899, voetnoot 269.

Geredeneerd met de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht in het achterhoofd, zijn deze standpunten enigszins te volgen. De horde van de onvoorziene omstandigheid en de ongewijzigde voortzetting zullen in de praktijk wel genomen kunnen worden. De bottleneck zit hem, mijns inziens, in de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer. Het is voor te stellen dat bepaalde wijzigingen in de omstandigheden eerder voor rekening van de werkgever als meest gereede partij dienen te komen, waardoor een wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 6:258 BW minder snel zal slagen.⁷⁷

Volgens Van der Heijden geeft de risicoverdeling van art. 7:628 BW invulling aan art. 6:258 BW.⁷⁸ Hij is van mening dat als een omstandigheid op grond van art. 7:628 BW voor rekening van de werkgever dient te komen, dit ook in de weg staat aan een wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden. Mijns inziens is dit iets te kort door de bocht geredeneerd. Art. 7:628 BW ziet immers enkel op de doorbetaling van salaris als er (gedeeltelijk) geen arbeid wordt verricht. Een wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden kan ook zien op een wijziging van compleet andere arbeidsvoorwaarden, zoals een winstdelingsregeling, onkostenvergoeding, standplaats of functie.

De risicoverdeling van art. 7:628 gebruiken als invulling van art. 6:258 lid 2 BW gaat naar mijn mening dan ook niet (altijd) op. Verdedigbaar is wel dat de kantonrechter de risicoverdeling van art. 7:628 BW in ogenschouw neemt bij het oordelen over een wijzigingsverzoek tot vermindering van het salaris in het geval van een lockdown. Bij een (zeer) lange lockdown kan de risicoverdeling van art. 7:628 echter ook tot onevenredig nadeel voor de werkgever leiden.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld: Rb. Gelderland 15 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4885 waarin werkgever en werknemer een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten met daarin een overbruggingsregeling tot de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer. Door de wijziging van de AOW-gerechtigde leeftijd van de (inmiddels ex-)werknemer wordt deze overbruggingstermijn langer dan de werkgever in eerste instantie ingecalculereerd had. De kantonrechter overwoog vervolgens dat de werkgever door deze *plottwist* niet in een zodanig klemmende situatie terecht komt dat zij niet trouw hoeft te zijn aan de in de vaststellingsovereenkomst gemaakte afspraken.

⁷⁸ Van der Heijden 1993, p.117.

§ 7 Onderlinge verhoudingen; wanneer gebruik je welk wijzigingsmechanisme?

Al deze wijzigingsmechanismen onder elkaar doen toch de vraag rijzen: in welke situatie moet de werkgever welk wijzigingsmechanisme gebruiken? Deze vraag houdt de arbeidsrechtelijke kringen ook al langere tijd bezig. Zo wordt door Beltzer wel gesproken over “schier onontwarbare kluwen”.⁷⁹ Met de normen van art. 7:611 BW, art. 7:613 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW kan de arbeidsovereenkomst worden gewijzigd, maar het is niet (helemaal) duidelijk of en in hoeverre er een verschil bestaat tussen de toepassing van die normen op het wijzigen van de arbeidsovereenkomst. Bij al deze normen wordt namelijk een redelijkheidstoets aangelegd, die ingevuld moet worden op basis van alle relevante feiten en omstandigheden.

Om te bepalen welk mechanisme gebruikt dient te worden, zijn de volgende drie vragen relevant:

- a) Is er een eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen?
- b) Is er sprake van gewijzigde omstandigheden op het werk?
- c) Betreffen de te wijzigen arbeidsvoorwaarden individuele of collectieve afspraken?

§ 7.1 Wel of geen eenzijdig wijzigingsbeding

Een eerste onderscheid tussen art. 7:613 BW en de overige wijzigingsmechanismen is vrij eenvoudig te schetsen. Als er een eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen is, geldt de maatstaf van art. 7:613 BW. Wanneer er geen wijzigingsbeding is opgenomen, is de werkgever aangewezen op de andere mechanismen.

§ 7.2 Gewijzigde omstandigheden op het werk

Voor de vraag welk mechanisme gebruikt dient te worden, is het vervolgens relevant of er sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk. Zonder gewijzigde omstandigheden is een wijziging op grond van art. 7:611 BW immers niet mogelijk.⁸⁰ Dan geldt de maatstaf van art. 6:248 BW. Wanneer de omstandigheden door partijen niet alleen gewijzigd zijn, maar tevens niet voorzien waren, kan art. 6:258 BW wellicht (ook) uitkomst bieden.

§ 7.3 Collectief of individueel

Een ander verschil tussen de toepassing van art. 7:613 BW en art. 7:611 BW is dat art. 7:613 BW in de basis ontworpen is voor wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden. Het art. werd immers ingevoerd als onderdeel van de Wet op de Ondernemingsraden.⁸¹ Dit verschil in karakter blijkt ook enigszins uit het arrest *Stoof/Mammoet*, waarin de Hoge Raad overweegt dat art. 7:613 BW *veeleer* ziet op gevallen waarin de werkgever zich het recht heeft voorbehouden de arbeidsvoorwaarden te wijzigen ten opzichte

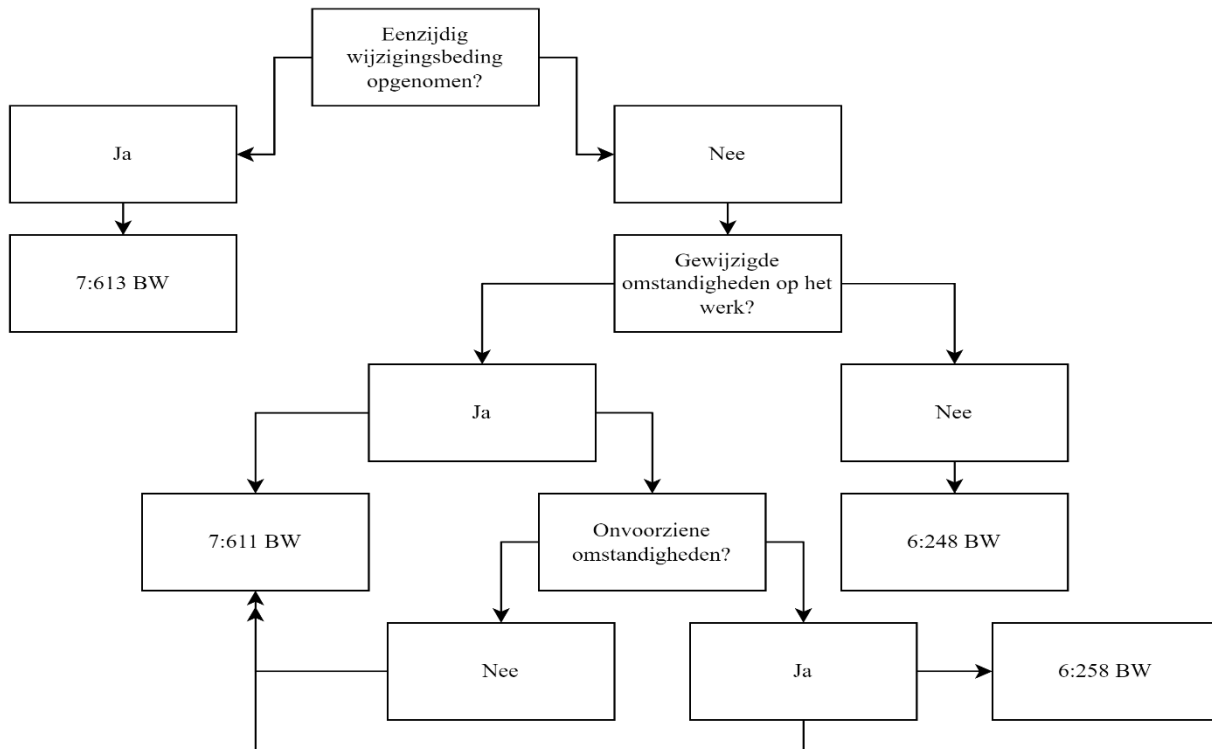
⁷⁹ Beltzer 2004, p. 31-36.

⁸⁰ De eerste toets van *Stoof/Mammoet* is de vraag of er sprake was van gewijzigde omstandigheden op basis waarvan de werkgever een wijzigingsvoorstel mocht doen. Zie paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

⁸¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3.

van verscheidene werknemers.⁸² In het Wegener arrest komt dit onderscheid niet als zodanig meer naar voren.⁸³ De Hoge Raad heeft zeer recent geoordeeld dat een wijziging op grond van art. 7:611 BW op zowel collectieve als individuele wijzigingen toegepast kan worden.⁸⁴

Bovenstaande kan in een schematisch overzicht als volgt in kaart gebracht worden:



⁸² HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*). In de noot geeft Heerma van Voss aan dat hij meent dat de Hoge Raad met het woord 'veeleer' niet bedoeld heeft een normatief onderscheid te maken tussen de werkingssfeer van art. 7:613 BW en art. 7:611 BW, maar slechts een feitelijke situatie heeft willen beschrijven. De HR heeft dit in het IFF arrest weerlegd.

⁸³ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570 (*Wegener*).

⁸⁴ HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 (*IFF*) r.o. 3.2.2.

HOOFDSTUK 3: EENZIJDIGE WIJZIGING EN CORONA

§ 1 Inleiding

In januari 2020 kwamen de eerste coronabesmettingen in het nieuws. Vanaf toen is het snel gegaan. In februari diende de eerste besmetting zich aan in Nederland en halverwege maart werd de eerste gedeeltelijke lockdown aangekondigd. Tijdens deze gedeeltelijke “intelligente” lockdown sloten onder andere de horeca, scholen en de kinderopvang. Vanaf eind maart van dat jaar kwam daar ook de verplichte (gedeeltelijke) sluiting van niet essentiële detailhandel en contactberoepen bij. Deze maatregelen zorgden voor veel werkgevers voor grote problemen. Door de (gedeeltelijke) sluiting kregen zij te maken met een fikse omzetsdaling, maar het personeel moest conform contract “gewoon” doorbetaald worden. Ter behoud van werkgelegenheid en inkomensondersteuning werd er daarom in een ongekend hoog tempo een noodpakket aan maatregelen aangekondigd, voor zowel grote als kleine(re) ondernemers en zzp’ers. Ondanks de steunmaatregelen voelden veel werkgevers zich genooddaakt om (drastische) wijzigingen door te voeren in de arbeidsvoorwaarden. Het is niet eerder voorgekomen dat het loon van werknemers zo vaak gekort of opgeschort werd als tijdens de coronacrisis.⁸⁵

In het vorige hoofdstuk van deze scriptie zijn de diverse wijzigingsmechanismen uitgebreid beschreven. De vraag die nu aan de orde komt is: hoe worden de wijzigingsmechanismen in de rechtspraak toegepast op wijzigingen van arbeidsvoorwaarden die voortkomen uit de coronacrisis? Mogen werkgevers in tijden van corona de binnen hun onderneming geldende arbeidsvoorwaarden aanpassen om de crisis door te komen? Het wijzigen van arbeidsvoorwaarden kan namelijk een methode zijn om meer vergaande maatregelen zoals ontslagen te voorkomen.

In dit hoofdstuk wordt allereerst besproken hoe rechters omgaan met de toepassing van de arbeidsrechtelijke wijzigingsmechanismen van art. 7:611 BW en art. 7:613 BW in het licht van de coronacrisis. Vervolgens wordt besproken of en in hoeverre de wijzigingsmechanismen van art. 6:248 BW en art. 6:258 BW invloed hebben (gehad) op de corona wijzigingsrechtspraak.

⁸⁵ De Groot 2020, p.2.

§ 2 Toepassing van de arbeidsrechtelijke wijzigingsmechanismen ten tijde van corona

Uit de inmiddels steeds ruimer beschikbare (lagere) rechtspraak omtrent het wijzigen van arbeidsvoorwaarden ten tijde van de coronacrisis, is een aantal conclusies te trekken. Uit de rechtspraak komt vrij eensgezind naar voren dat het eenzijdig wijzigen van een primaire arbeidsvoorwaarde (waaronder het loon) niet eenvoudig is. In het arrest *Fair Play* heeft de Hoge Raad een maatstaf voor het criterium ‘zwaarwichtigheid’ geïntroduceerd: de belangen van de werkgever moeten zodanig zwaarwichtig zijn dat de belangen van de werknemer tot doorbetaling van zijn (volledige) loon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken.⁸⁶ Een loonoffer is echter niet per definitie onmogelijk. Wijziging van andere, veelal niet primaire arbeidsvoorwaarden, zoals de reiskostenvergoeding of de standplaats, is ook in de rechtspraak aan de orde gekomen.

Wijziging op grond van art. 7:611 BW tijdens de coronacrisis

Zoals in hoofdstuk 2 besproken, is in situaties waarin tussen werkgever en werknemer geen eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen is, art. 7:611 BW van toepassing. In de rechtspraak is het bestaan van een aanleiding om een voorstel te doen, het eerste criterium uit *Stoof/Mammoet*, redelijk snel aangenomen. De horde zit hem vooral in het tweede en derde criterium: is het voorstel redelijk en kan acceptatie van het voorstel in redelijkheid van de werknemer worden gevergd.

Een kantonrechter in Overijssel boog zich begin 2022 over een geschil tussen *Stork* en een tweetal werknemers over een loonsverlaging. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever in de (door werkgever onderbouwde) slechte financiële omstandigheden aanleiding had kunnen vinden voor het doen van een voorstel tot wijziging.⁸⁷ De kantonrechter beoordeelt vervolgens het tweede en derde criterium vrijwel gelijktijdig en komt tot het oordeel dat het niet onredelijk was om van werknemers een loonoffer te verlangen. In casu had de werkgever alles uit de kast getrokken om een weloverwogen besluit te nemen en de belangen van de werknemers zo weinig mogelijk te schaden.⁸⁸

In een zaak die aan het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao werd voorgelegd, overwoog de kantonrechter dat de werkgever in tijden van crisis weliswaar bijzondere voorzieningen had kunnen treffen die van de werknemers vergen dat zij tijdelijk genoeg moeten nemen met verminderde (primaire) arbeidsvoorwaarden, maar het wel op de weg van de werkgever ligt om deugdlijk te onderbouwen waarom zij in redelijkheid tot dit betreffende voorstel heeft kunnen komen. De bewijslast ligt op de werkgever.⁸⁹

In een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam oordeelde de kantonrechter ook dat de coronacrisis omstandigheden met zich mee kan brengen die van dien aard zijn dat van werknemer kan worden

⁸⁶ HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864 (*Fair Play I*).

⁸⁷ Rb. Overijssel 8 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:384 (*Stork*) r.o. 4.13.

⁸⁸ Rb. Overijssel 8 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:384 (*Stork*) r.o. 4.24.

⁸⁹ GiEA Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:161 (*Nultwintig*) r.o. 4.9.

gevraagd met een (tijdelijke) loonopschorting akkoord te gaan.⁹⁰ Werkgever dient de noodzaak van de maatregel dan wel deugdelijk te onderbouwen, wat in onderhavige situatie niet is gebeurd. In een andere zaak in Amsterdam tussen de broodjeszaak SS-Dam en een werknemer stond de voorzieningenrechter kort stil bij het feit dat de werkgever in beginsel een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat van de medewerkers gevraagd kan worden om -in overleg- bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken op te schorten of zelfs helemaal prijs te geven. Bij het eenzijdig en zonder overleg doorvoeren van een zwaar loonoffer (50%) kan echter niet van de werknemer verlangd worden dat hij met het voorstel instemt.⁹¹

Uit deze vier uitspraken blijkt een vrij duidelijke lijn. De coronacrisis kan, mits voldoende door werkgever onderbouwd, aanleiding geven tot het doen van een wijzigingsvoorstel. Of dit voorstel redelijk was en de werknemer dit voorstel vervolgens naar redelijkheid niet mocht weigeren, is zeer afhankelijk van de wijze waarop de werkgever het besluit genomen én onderbouwd heeft. De werkgever die weloverwogen, zorgvuldig en transparant te werk is gegaan (zoals Stork) heeft een betrekkelijk grotere kans van slagen dan de werkgever die zonder overleg de helft van het salaris opschort (zoals SS Dam).

Wijziging op grond van art. 7:613 BW tijdens de coronacrisis

In gevallen waarin tussen werkgever en werknemer een geldig eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, dient een eenzijdige wijziging getoetst te worden aan de maatstaven van art. 7:613 BW. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds aangegeven is, het meest relevante criterium is het “zwaarwichtig belang”.

De kantonrechter Midden Nederland had eind 2021 over een geschil te oordelen tussen een werkgever die de ploegendiensten (en daarmee de ploegentoeslag) om bedrijfseconomische redenen afgeschaft had, en een werknemer die het niet eens was met die eenzijdige wijziging. Na het vaststellen dat er een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen was, werd de zwaarwichtigheidsmaatstaf uit het Fair Play arrest toegepast. De kantonrechter oordeelde vervolgens dat de bedrijfseconomische redenen van de werkgever zodanig zwaarwichtig waren dat de belangen van de werknemer (wijziging van werktijden en een salarisverlaging van 17%) daarvoor redelijkerwijs moesten wijken. De kantonrechter nam daarbij in zijn overwegingen mee dat het verlies van de ploegentoeslag door een overgangsregeling gecompenseerd was, dat de financiële omstandigheden van de werkgever een wijziging rechtvaardigden en dat het werken in ploegendiensten niet langer noodzakelijk en kostentechnisch verantwoord waren.⁹² De wijziging werd door de kantonrechter dan ook in stand gehouden.

⁹⁰ Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536 (*Container Solutions*) r.o. 13.

⁹¹ Rb. Amsterdam (vzr.) 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734 (*SS Dam*) r.o. 10.

⁹² Rb. Midden-Nederland 3 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5381, r.o. 2.11.

Een ander corona-geval deed zich voor in Rotterdam. De werkgever wenste de in een personeelsregeling beloofde loonsverhogingen uit te stellen vanwege de acute financiële problemen waar hij zich door de coronapandemie in bevond. De werknemers waren van mening dat hier sprake was van een loonoffer: er werd hen toekomstig loon ontzegd. Omdat in de personeelsregeling een wijzigingsbeding opgenomen was, toetste de kantonrechter de wijziging aan de maatstaf uit art. 7:613 BW. De kantonrechter oordeelde dat de belangen van de werkgever in deze situatie zodanig zwaarwichtig waren, dat de belangen van de werknemers daarvoor redelijkerwijs moesten wijken. In zijn oordeel nam de kantonrechter mee dat de werknemers weliswaar in hun (toekomstige) financiële positie werden aangetast, maar dat van een 'loonoffer' in de zin van het Fair Play-arrest geen sprake was. Daarnaast speelde mee dat de werknemers eerder al een stukje salarisverhoging hadden ontvangen en dat het een tijdelijke wijziging betrof. Tot slot woog de kantonrechter mee dat de OR, na het raadplegen van een deskundige, heeft ingestemd met het uitstellen van de salarisverhoging.⁹³

Uit de rechtspraak met betrekking tot wijzigingen op grond van art. 7:613 BW, kan een soortgelijke conclusie getrokken worden als bij de wijzigingen die op grond van art. 7:611 BW doorgevoerd zijn. Als een werkgever door de coronapandemie in de financiële problemen komt, kan dit een zodanig zwaarwichtig belang opleveren dat het belang van de werknemers daarvoor redelijkerwijs moet wijken. Het is wel duidelijk dat het zonder deugdelijke voorbereiding en overleg met de werknemers (drastische) wijzigingen doorvoeren niet op de goedkeuring van de rechter kan rekenen. Ook is het overleg met de vakbond, en in mindere mate met de ondernemingsraad een factor die meegewogen wordt.⁹⁴ Zoals Houweling kort maar krachtig samenvat: 'in tijden van crisis begrijpen we dat iedereen zijn steentje moet bijdragen, maar dan moet de werkgever wel uitleggen waarom hij zelf de last niet kan dragen'.⁹⁵

De lat voor eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van zowel art. 7:611 als art. 7:613 BW blijft, ook gedurende de coronacrisis, hoog. Toch is het doorvoeren van een versoering door een werkgever die door het coronavirus het water aan de lippen heeft staan, niet onmogelijk.⁹⁶ Als de werkgever duidelijk kan aantonen dat de omstandigheden zo dringend zijn dat hij niet anders kan dan een eenzijdige wijziging doorvoeren, is een andere uitkomst wel mogelijk.

⁹³ Rb. Rotterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3754, r.o. 3.6.

⁹⁴ Laat, de, c.s. 2020, p. 87-88.

⁹⁵ Houweling 2020, p. 163.

⁹⁶ Barentsen & Sagel 2020, p. 2739.

§ 3 Wijziging op basis van art. 6:248 en/of art. 6:258 BW

§ 3.1 Wijziging op grond van de redelijkheid en billijkheid

Arbeidsrechtelijke rechtspraak over de werking van de redelijkheid en billijkheid ligt niet voor het oprapen. In een uitspraak van het Hof Den Haag over het toekennen van een bonus ondanks een negatief bedrijfsresultaat, kwam de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts zijdelings aan de orde. Werkgever stelde dat het toekennen van de bonus bij een negatief bedrijfsresultaat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het Hof verwierp het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zonder daar al te veel woorden aan vuil te maken. De werkgever had volgens het Hof de negatieve gevolgen onvoldoende onderbouwd. Daarnaast vond het Hof dat in zijn algemeenheid niet kan worden geoordeeld dat een bonus in een verlieslatende situatie onaanvaardbaar is.⁹⁷

Een andere situatie waarin de redelijkheid en billijkheid een rol speelde deed zich voor in een geschil tussen een restaurant en een werknemer. Het restaurant heeft tijdens een personeelsbijeenkomst het voltallige personeel verzocht om alle vakantiedagen en overuren op te nemen tijdens de horeca-lockdown. Het volledige keukenteam heeft met dit verzoek ingestemd. De werknemer heeft als enige de verklaring niet getekend, maar volgens de kantonrechter blijkt nergens uit dat hij het niet eens was met de afspraak. Ondanks het bestaan van deze *gentlemen's agreement* vordert de werknemer na het niet verlengen van zijn arbeidsovereenkomst uitbetaling van zijn vakantie- en overuren. De kantonrechter acht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de werknemer zich, ondanks de *gentlemen's agreement*, op het uitbetalen van de niet-opgenomen vakantie- en overwerkuren beroept.⁹⁸

De redelijkheid en billijkheid komen dus ook in coronatijd slechts zijdelings aan de orde.

⁹⁷ Hof Den Haag 12 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:507 (FNV/Santon) r.o. 17-18.

⁹⁸ Rb. Den Haag 29 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16044, r.o. 5.6-5.7.

§ 3.2 *Onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 BW*

In het vorige hoofdstuk werd reeds besproken dat de lat uit Stoof/Mammoet lager ligt dan de lat uit art. 6:258 BW. Dit heeft tot gevolg dat vóór de coronacrisis een wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden op grond van art. 6:258 BW zelden voorkwam. Wellicht is de coronacrisis een “nieuwe kans” voor het leerstuk van de onvoorziene omstandigheid binnen het arbeidsrecht?

Onvoorziene omstandigheid?

“De coronacrisis moet, gelet op de omvang daarvan en de gevolgen voor de economie en de maatschappij, in beginsel worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid”.⁹⁹ Deze overweging van een kantonrechter uit Amsterdam is de afgelopen 2,5 jaar regelmatig teruggekomen in de rechtspraak. In het arbeidsrecht is het gebruik van art. 6:258 BW nog niet echt tot bloei gekomen. Ergens is dat ook te begrijpen. De werkgever heeft immers de wijzigingsmechanismen van art. 7:611 én art. 7:613 BW tot zijn beschikking. De coronacrisis is echter, als onvoorziene omstandigheid *pur sang*, wellicht de uitgelezen mogelijkheid om ook dit wijzigingsmechanisme binnen het arbeidsrecht tot bloei te brengen.

In de rechtspraak wordt over het algemeen aanvaard dat de coronacrisis kwalificeert als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW.¹⁰⁰ De meeste partijen zullen een uitbraak van een pandemie niet voorzien hebben, en dus ook niet verdisconteerd hebben in hun contract. Voor contracten die na maart 2020 zijn gesloten, is corona wellicht niet langer aan te merken als een toekomstige onvoorziene omstandigheid.¹⁰¹

Mag ongewijzigde instandhouding verwacht worden?

Het tweede vereiste voor een geslaagd beroep op art. 6:258 BW is dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden. Daar kan sprake van zijn als er zich een “fundamentele verstoring van het evenwicht van de overeenkomst” voordoet.¹⁰² In het geval van een (gedeeltelijke) bedrijfssluiting kan er zich wel degelijk een verstoring van het evenwicht in de overeenkomst voordoen. Denk dan bijvoorbeeld aan het geval waarin werknemers een volledig salaris verdienen, daarnaast vakantiedagen en vakantiegeld op blijven bouwen en het uit moeten betalen van bepaalde toeslagen. Als daar vanuit de kant van de werknemer in zijn geheel gedurende langere tijd geen arbeid tegenover staat, kan er sprake zijn van een verstoring van het evenwicht. De kantonrechter Amsterdam oordeelde in mei 2020 vergelijkbaar. Hij was van mening dat werkgever door de uitbraak van het coronavirus een zwaarwichtig belang had, dat in beginsel met zich meebrengt dat van de

⁹⁹ Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3508.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 20 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2647 (*Coltavast/Metroprop*) r.o. 4.7 en Rb. Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768 (*Vitesse/Gelredome*) r.o. 4.1.

¹⁰¹ De omstandigheid moet immers wel toekomstig zijn, vgl. HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Schreuders/ABP*) r.o. 4.3.2.

¹⁰² Rb. Amsterdam (vzr.) 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant de Wallen*).

medewerkers gevraagd kan worden om – in overleg – bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken op te schorten of zelfs helemaal prijs te geven.¹⁰³

Share the pain?

Uit de niet-arbeidsrechtelijke rechtspraak blijkt dat kantonrechters bereid zijn een door een partij doorgevoerde wijziging in een overeenkomst te accepteren, als die overeenkomst door de coronapandemie “uit balans” is geraakt. Vaak wordt er in die gevallen verwezen naar het *share the pain* beginsel: beide partijen dragen de pijn evenredig (50-50).¹⁰⁴ En waar zijn de voorbeelden hiervan bij arbeidsovereenkomsten? Het *share the pain* beginsel is ook terug te vinden in de uitspraken over de toepassing van art. 6:258 BW op de inleenovereenkomst tussen een payrollonderneming en de inlener¹⁰⁵ en een uitzendbureau en de inlener.¹⁰⁶ Ook de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid (‘NOW’) speelt hierbij een belangrijke rol.¹⁰⁷

Hoe zit het dan met de *share the pain* gedachte in een relatie werkgever-werknemer? Stel dat de rechter vaststelt dat er inderdaad een verstoring in het evenwicht is door de onvoorziene omstandigheden. Het onverkort toepassen van het *share the pain* principe (50-50) zal, gezien de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, niet onverkort toegepast kunnen worden. De werknemer deelt immers (over het algemeen) ook niet mee in de winst als het opeens heel goed gaat. Daarnaast weegt mee dat het belang van de werknemer (bijvoorbeeld het ontvangen van loon) een zodanig zwaarwichtig belang is dat aan de andere kant van de weegschaal een minstens net zo zwaar ondernemingsbelang gelegd moet worden.¹⁰⁸ De werkgever zal dus van goeden huize moeten komen, wil hij aannemelijk maken dat ongewijzigde instandhouding van de arbeidsovereenkomst niet verwacht kan worden. In zijn proefschrift oppert Zondag een 70-30 verdeling. Wellicht biedt deze verdeling, die eerder neerkomt op een *ease the pain* principe, een beter uitgangspunt dan 50-50.¹⁰⁹

Risicoverdeling

Het volgende aspect dat aan de orde komt bij de beoordeling of een individuele arbeidsovereenkomst gewijzigd kan worden wegens de uitbraak van het coronavirus als onvoorziene omstandigheid, is de risicoverdeling uit art. 6:258 lid 2 BW. In hoofdstuk 2 paragraaf 6.2 is reeds besproken dat op grond van dit artikel een wijziging niet wordt uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich er op beroept.

¹⁰³ Rb. Amsterdam (vzr.) 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734 r.o. 10.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant de Wallen*).

¹⁰⁵ Rb. Midden-Nederland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:836, r.o. 4.28-4.29 & 4.34-4.35

¹⁰⁶ Vgl. Rb. Noord-Holland 12 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:150, r.o. 5.7 en Rb. Gelderland (vzr.) 30 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4079.

¹⁰⁷ Tjittes is van mening dat eventuele voordelen uit compenserende overheidsmaatregelen bij de vaststelling van het nadeel betrokken moeten worden, zie R.P.J.L. Tjittes, ‘Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel’, gepubliceerd op *LinkedIn* op 17 maart 2020.

¹⁰⁸ Graaf, de, 2020, p. 9.

¹⁰⁹ Zondag 2001, p.137.

Op grond van art. 7:628 BW bestaat recht op loon voor de periode waarin de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet verricht, tenzij het geheel gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. De coronacrisis is in beginsel geen oorzaak die voor rekening van de werknemer behoort te komen.¹¹⁰ In gevallen van loonoffers of -opschortingen zal de werkgever dan ook niet snel een succesvol beroep op een wijziging op grond van art. 6:258 BW kunnen doen. Het één op één toepassen van de risicoverdeling uit art. 7:628 BW op dit criterium uit art. 6:258 BW, en daarmee de toepasselijkheid van art. 6:258 BW voor het arbeidsrecht vrijwel uitsluiten, lijkt mij echter niet altijd correct. Art. 7:628 BW verschilt namelijk in toepassing van art. 6:258 BW, in die zin dat art. 7:628 BW toegepast dient te worden binnen de kaders van bestaande contractuele afspraken. Art. 6:258 BW ziet juist op de situatie waarin die contractuele afspraak zelf gewijzigd wordt. Daarnaast zou de onverkorte toepassing van het leerstuk van 7:628 BW op art. 6:258 BW ertoe kunnen leiden dat een contractuele loonaanspraak zonder eenzijdig wijzigingsbeding nooit gewijzigd kan worden als de oorzaak van de wijziging in de risicosfeer van de werknemer ligt.¹¹¹ Mijns inziens zou het mogelijk moeten zijn een contractuele loonaanspraak (al dan niet tijdelijk) te wijzigen, als daarmee het verstoorde evenwicht in de arbeidsverhouding hersteld kan worden. Denk dan aan situaties van een langdurige lockdown.¹¹²

Een nieuwe kans?

Mijns inziens biedt art. 6:258 BW wel de *mogelijkheid* om een contractuele loon- en/of urenaanspraak te wijzigen, ondanks het feit dat het niet verrichten van arbeid op grond van art. 7:628 BW in redelijkheid niet voor rekening van de werknemer behoort te komen. Factoren als het recht op loonkostensubsidie NOW voor de werkgever en een eventueel recht op een werkloosheidsuitkering voor de werknemer kunnen relevant zijn voor een andere verdeling van het risico, zoals bijvoorbeeld het *ease the pain* principe (70-30) van Zondag.

Toch betwijfel ik ten zeerste of de wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden binnen het arbeidsrecht tot bloei gaat komen. De lat van wijziging op grond van art. 7:611 BW ligt immers lager dan een wijziging op grond van art. 6:258 BW.¹¹³ Met De Graaf en Dekker ben ik van mening dat er, helemaal gezien de recente ontwikkelingen uit het IFF-arrest, nog nauwelijks ruimte lijkt te zijn voor een nuttige toepassing van art. 6:258 BW naast de leerstukken uit art. 7:611 en art. 7:613 BW.¹¹⁴

¹¹⁰ Zie bijv. Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838 (*Valkenier*).

¹¹¹ De Graaf & Dekker 2020, p. 10.

¹¹² In Rb. Noord-Nederland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2222 oordeelde de kantonrechter dat de werknemers hun loonaanspraak dienden te behouden gedurende een door overheidsmaatregelen opgelegde bedrijfssluiting wegens vogelgriep. De rechter overwoog echter ook dat dit anders had kunnen liggen als de bedrijfssluiting langer had geduurd (r.o. 3.4).

¹¹³ Vgl. Concl. A-G de Bock 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899, noot 269.

¹¹⁴ De Graaf & Dekker 2020, p. 4.

HOOFDSTUK 4: ALTERNATIEVEN

§ 1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de diverse wijzigingsmechanismen in het licht van de coronacrisis besproken. Geconcludeerd kan worden dat er, zelfs in de exceptionele omstandigheden die de uitbraak van het coronavirus met zich meegebracht heeft, voor de werkgever beperkte mogelijkheden zijn om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Welke mogelijkheden heeft de werkgever dan tot zijn beschikking, om zijn bedrijf toch enigszins levensvatbaar door een crisis heen te kunnen loodsen?

In dit hoofdstuk wordt een aantal alternatieve oplossingen behandeld. Een aantal van deze oplossingen is inmiddels in de rechtspraak ook aan bod gekomen. Een ander aantal oplossingen betreft eerder ideeën voor nieuwe of aangepaste wetsartikelen, uitkeringen of cao-bepalingen. Een eerste “alternatief” dat in dit hoofdstuk aan de orde komt is het *geen arbeid, wel loon, tenzij..* principe van art. 7:628 BW. Vervolgens zal het verplicht opnemen van vakantiedagen behandeld worden, gevolgd door de mogelijkheid van deeltijdontslag. Vanaf paragraaf 4 komt een aantal (relatief) nieuwe alternatieven aan de orde. Het gaat dan om de structurele NOW-subsidie (paragraaf 4), de corona-clausule in cao's (paragraaf 5) en de jaarurensystematiek (paragraaf 6). Ten slotte wordt er in paragraaf 7 aandacht besteed aan de nieuwe Crisisregeling Personeelsbehoud.

§ 2 Geen arbeid, wel loon, of toch niet?

Op grond van art. 7:628 BW heeft een werknemer recht op doorbetaling van zijn loon als hij de overeengekomen werkzaamheden geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het niet verrichten van de werkzaamheden *in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen*. Het uitgangspunt is dus: *geen arbeid, wel loon, tenzij...* Het lot wil dat dit uitgangspunt vóór 1 januari 2020 anders was. Toen gold namelijk het uitgangspunt *geen arbeid, géén loon, tenzij*. De wetgever heeft met het invoeren van het nieuwe art. 7:628 BW echter niet de bedoeling gehad de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer te wijzigen.¹¹⁵

Uitgangspunt van art. 7:628 BW is dat het loon doorbetaald moet worden, tenzij de omstandigheid waardoor niet gewerkt kan worden in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen. Omstandigheden die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dienen te komen, zijn bijvoorbeeld een nietige beëindiging¹¹⁶, schorsing of op non-actiefstelling¹¹⁷ en het niet voorhanden zijn van nieuwe projecten¹¹⁸.

De werkgever mag, in ruil voor doorbetaling van het loon, echter wel van de werknemer verwachten dat hij vervangende werkzaamheden accepteert. Als de werknemer die passende vervangende werkzaamheden weigert, dan komt het niet verrichten van werk voor rekening en risico van de werknemer.¹¹⁹

§ 2.1 Risicoverdeling tijdens de coronacrisis

Hoe wordt deze bepaling toegepast op situaties waarin werknemers, bijvoorbeeld vanwege een lockdown, tijdelijk geen of minder arbeid verrichten? In de rechtspraak is wel een lijn te ontwaren. Over één ding zijn de kantonrechters het over het algemeen wel eens; de coronacrisis is in beginsel geen omstandigheid die voor rekening van de werknemer dient te komen.¹²⁰ Die vaststelling heeft tot gevolg dat de gevolgen van de coronacrisis in de meeste gevallen (vrijwel) volledig voor rekening van de werkgevers komen. Dat wordt, volgens de kantonrechter Amsterdam, gerechtvaardigd door het feit dat enerzijds het wegvallen van werk niet aan de werknemer kan worden toegerekend en anderzijds dat werkgevers aanspraak kunnen maken op steunmaatregelen zoals de NOW.¹²¹ De kantonrechter in Haarlem oordeelde zelfs dat een (vaste) overwerkvergoeding doorbetaald moest worden, ondanks het niet verrichten van arbeid door de werknemer.¹²²

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 87-88. Recent is dit uitgangspunt bevestigd door de Hoge Raad in HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823, r.o. 3.2.

¹¹⁶ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209.

¹¹⁷ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (*Van der Gulik/Visser*).

¹¹⁸ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4913 r.o. 3.3.3.

¹¹⁹ Rb. Rotterdam (vzr.) 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9951.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838 (*Valkenier*).

¹²¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4354.

¹²² Rb. Noord-Holland 25 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1248, r.o. 5.3-5.6.

De kantonrechter in Breda oordeelde in een geschil tussen een pretpark en een valkenier dat de financiële problemen door de coronacrisis geen omstandigheden zijn die aan de werknemer kunnen worden tegengeworpen, en daarmee volledig voor rekening van de werkgever komen.¹²³ Toch zijn niet alle kantonrechters zo stellig als de kantonrechter in Breda. In het vonnis inzake de Amsterdamse Broodjeszaak oordeelde de kantonrechter dat in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden een afwijkende risicoverdeling tot de mogelijkheden behoort.¹²⁴ Wanneer hier sprake van is en wat die afwijkende risicoverdeling dan zou kunnen zijn, wordt uit dit vonnis echter niet duidelijk.

Toch zijn er ook situaties waarin de loonvordering van de werknemer wel werd afgewezen. Het gaat dan wel om situaties waarin de werknemer op een of andere manier niet bereid was om (passende) arbeid te verrichten of waarin het niet verrichten van arbeid in de risicosfeer van de werknemer lag.¹²⁵ Zodra de werknemer weigert gehoor te geven aan redelijke opdrachten van de werkgever, zoals het verrichten van passende vervangende arbeid¹²⁶ of het opvolgen van veiligheidsvoorschriften¹²⁷, verschiet het risico wél naar de werknemer.

Op basis van de beschikbare rechtspraak is er ook binnen de kaders van art. 7:628 BW vrij beperkte bewegingsruimte voor de werkgever. Slechts bij weinig bereidwilligheid aan de zijde van de werknemer heeft de werkgever de mogelijkheid om het salaris niet te betalen.

Het muizengaatje: schriftelijke afwijking

De wet biedt voor een (zeer) klein aantal arbeidsovereenkomsten in art. 7:628 BW echter wél ruimte voor het niet betalen van het overeengekomen salaris. Op grond van art. 7:628 lid 5 BW mag gedurende de eerste zes maanden van de (keten van) arbeidsovereenkomst(en) bij schriftelijke overeenkomst van het *geen arbeid, toch loon*-principe worden afgeweken. Dit heeft tot gevolg dat werknemers met een dergelijke bepaling in de arbeidsovereenkomst, personeelsgids of cao¹²⁸ gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst geen recht op doorbetaling van het salaris hebben als zij geen arbeid verrichten. Het is dan niet relevant in wiens risicosfeer het niet verrichten van arbeid valt.

Keerzijde van het afwijken van art. 7:628 BW maakt dat bij het opnemen van een dergelijk beding in de arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd als een oproepovereenkomst in de zin van art. 7:628a BW. Bij een oproepovereenkomst heeft de werkgever een aantal extra verplichtingen. Zo moet de werkgever, als de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd, aan de werknemer een aanbod doen voor een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in die voorafgaande periode van 12 maanden, moet hij de werknemer tijdig oproepen en elke

¹²³ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838 (*Valkenier*).

¹²⁴ Rb. Amsterdam (vzr.) 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734, r.o. 11.

¹²⁵ Schneider 2022, p. 25-30.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam (vzr.) 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9951 r.o. 4.6-4.9 en Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1709, r.o. 5.8-5.16.

¹²⁷ Rb. Limburg 11 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2022:2814, r.o. 4.10-4.13.

¹²⁸ Zie bijvoorbeeld art. 4.18 van de Horeca-cao. In de model-arbeidsovereenkomsten voor de invalkracht van de Koninklijke Horeca Nederland (KHN) staat deze uitzondering standaard opgenomen.

oproep, minimaal drie uren doorbetalen, ook als de werknemer niet daadwerkelijk drie uren gewerkt heeft. Het niet voldoen aan deze verplichtingen leidt, ook in coronatijd, automatisch tot een arbeidsovereenkomst voor het gemiddelde aantal uren.¹²⁹ Ook leidt de kwalificatie als oproepovereenkomst op grond van art. 27 lid 1 Wfsv tot het verplicht moeten toepassen van de hoge Aof-werkgeverspremie, welke momenteel vijf procentpunt hoger ligt dan de lage WW-premie.¹³⁰

Uit de rechtspraak kan geconcludeerd worden dat de coronacrisis geen (grote) verandering in de toepassing van art. 7:628 BW teweeggebracht heeft. Sommige auteurs zijn wel van mening dat er middels art. 7:628 BW een alternatieve risicoverdeling bewerkstelligd moet kunnen worden, omdat de coronacrisis als exceptionele en onvoorziene gebeurtenis aangemerkt moet worden.¹³¹ Ik kan mij hier wel enigszins in vinden. Het lijkt mij niet redelijk dat in een situatie waarin een werkgever gedurende langere periode door overheidsmaatregelen moet sluiten, sprake is van een risico dat volledig voor rekening van de werkgever dient te komen.

Het volledig stopzetten van een salarisdoorbetaling is echter, mede gezien de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, vrijwel nooit gerechtvaardigd.¹³² De werknemer is immers voor zijn levensonderhoud afhankelijk van het loon dat hij van de werkgever krijgt. Een tussenweg zou wellicht gevonden kunnen worden in het gedeeltelijk doorbetalen van het salaris, of het opnemen van vakantie tijdens de periode waarin de werknemer geen arbeid verricht, maar wel recht heeft op loon. Het (verplicht) opnemen van vakantie komt in de volgende paragraaf aan de orde.

¹²⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4948, r.o. 5.3 en Rb. Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924, r.o. 6-16. Overigens kan een werknemer ook een recht op een vaste arbeidsomvang bewerkstelligen middels het rechtsvermoeden van arbeidsomvang uit art. 7:610b BW. Het relevante verschil tussen deze twee opties zit hem in de partij die het initiatief dient te nemen: een aanbod voor vaste uren dient op initiatief van de werkgever plaats te vinden. Voor een beroep op het rechtsvermoeden dient de werknemer zelf het initiatief te nemen.

¹³⁰ Artikel 4 Regeling tot vaststelling premiepercentages werknemers- en volksverzekeringen, maximumpremieloon werknemersverzekeringen en opslag kinderopvangtoeslag 2022.

¹³¹ Zie bijvoorbeeld L.B. de Graaf, 'Risicoverdeling loondoorbetaling bij niet-werken', *JAR* 2022/168 (noot bij Rb. Overijssel 24 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1646).

¹³² Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.2 voor meer hierover.

§ 3 Verplicht vakantiedagen opnemen.

In de vorige paragraaf kwam het (eenzijdig) aanwijzen van vakantiedagen door de werkgever al kort aan de orde. Als gedurende een bepaalde periode niet gewerkt kan of mag worden, maar deze omstandigheid op grond van art. 7:628 BW in redelijkheid niet voor rekening van de werknemer komt, is de werkgever loon verschuldigd. De werknemer ontvangt wel loon, hoeft geen arbeid te verrichten en hoeft daar ook geen vakantiedag voor in te leveren. Het aanwijzen van vakantiedagen is een mogelijkheid voor de werkgever om zijn vermogenspositie relatief eenvoudig te verbeteren. Vakantiedagen zijn vaak een vrij grote reservering/balanspost voor de werkgever.

De jurisprudentie is echter vrij duidelijk over het eenzijdig aanwijzen van vakantiedagen: de werkgever kan niet eenzijdig bepaalde dagen als vakantiedagen aanmerken en die dagen in mindering brengen op het tegoed.¹³³ Die handelwijze is namelijk in strijd met de systematiek uit art. 7:638 lid 2 BW (werkgever stelt de vakantie vast overeenkomstig de wensen van de werknemer). Volgens de kantonrechter Rotterdam kan de uitbraak van COVID-19 niet als grondslag dienen om een werknemer te verplichten verlofuren op te nemen.¹³⁴ Dit alternatief lijkt daarmee slechts kans van slagen te hebben indien vooraf (bijvoorbeeld bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst of bij cao) overeengekomen is dat de werkgever een aantal (bovenwettelijke) vakantiedagen eenzijdig als verlof aan mag merken.

Tot op heden zijn er (nog) geen zaken bekend waarbij de werkgever de vakantiedagen van zijn werknemers eenzijdig mocht aanwijzen, ook niet op grond van de in de vorige hoofdstukken besproken wijzigingsmechanismen. Het is duidelijk dat de werkgever, ondanks de coronacrisis, nog steeds niet zomaar eenzijdig vakantiedagen mag vaststellen.¹³⁵ De kaders van art. 7:638 lid 2 BW blijven, ook gedurende de coronacrisis, overeind.¹³⁶ Voor werkgevers kan het wel verstandig zijn om in de arbeidsvoorwaarden op te nemen dat onder bepaalde omstandigheden een klein aantal bovenwettelijke vakantiedagen als verplichte vakantie aangewezen kan worden.

Hierbij dient nog wel opgemerkt te worden dat in overleg tussen werkgever en werknemer erg veel mogelijk is. In hoofdstuk 3 werd ook al stil gestaan bij de communicatie tussen werkgever en werknemer over de situatie waar de werkgever zich in bevindt. Indien werkgever duidelijk uitlegt aan werknemers wat haar (financiële) situatie is, zal menig werknemer best bereid zijn om gedurende de periode waarin niet gewerkt kan worden een deel van de vakantiedagen op te nemen. Op die manier wordt de pijn toch enigszins verdeeld tussen werkgever en werknemer.

¹³³ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731, r.o. 5.14.

¹³⁴ Rb. Rotterdam (vrz.) 23 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3869, r.o. 6.7.

¹³⁵ Vos 2020, p. 4-12.

¹³⁶ Boele & Winde 2020, p. 24-25.

§ 4 Deeltijdontslag

Een derde mogelijkheid om de financiële positie van de werkgever op een efficiënte manier te realiseren, is het deeltijdontslag. Het arbeidsrecht heeft als uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is en dus niet gedeeltelijk kan worden beëindigd.¹³⁷ Op dit uitgangspunt is echter een aantal uitzonderingen te maken.

Een eerste uitzondering op het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, is het in artikel 4 van de Ontslagregeling geregelde deeltijdontslag. De Ontslagregeling is een regeling die voornamelijk regels bevat die gelden bij ontslag om bedrijfseconomische redenen ex art. 7:669 lid 3 sub a BW. Op grond van de (toelichting bij) de Ontslagregeling is deeltijdontslag na toetsing van het UWV onder omstandigheden mogelijk. Voordat deze structurele aanpassing aan het UWV voorgelegd kan worden, dienen werkgever en werknemer in het kader van goed werkgever- en werknemerschap in overleg te gaan over een aanpassing van de arbeidsduur.¹³⁸ Als het niet lukt om in onderling overleg tot een bevredigend resultaat te komen, kan op de hoofdregel een uitzondering gemaakt worden. Een deeltijdontslag om bedrijfseconomische redenen is enkel mogelijk als het *onvermijdelijk* is. Daar is sprake van als de werkzaamheden zonder het deeltijdontslag niet meer (goed) uitgevoerd kunnen worden.¹³⁹

Andere uitzonderingen op de hoofdregel komen voort uit het veelbesproken Victoria arrest. In het Victoria arrest overwoog de Hoge Raad dat een arbeidsovereenkomst gedeeltelijk beëindigd kan worden op vijf manieren:

- a) bij schriftelijke overeenkomst (wederzijds goedvinden);
- b) na algeheel ontslag met een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst;
- c) na gedeeltelijke beëindiging wegens een tekortkoming in de nakoming;
- d) na acceptatie van een redelijk voorstel op grond van het goed werknemerschap (Stoof/Mammoet);
- e) na een voorstel van de werknemer op grond van de Wet flexibel werken.¹⁴⁰

De kantonrechter in Amsterdam oordeelde in 2018 dat een reductie van uren zonder instemming van de werknemer als een deeltijdontslag wegens bedrijfseconomische redenen moet worden aangemerkt.

¹³⁷ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

¹³⁸ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000202290, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 12.

¹³⁹ De toelichting op de Ontslagregeling geeft als voorbeeld de situatie waarin er sprake is van twee monteurs van zonwering. Het plaatsen van de rolluiken vraagt de fysieke inzet van twee monteurs tegelijk. Het ontslaan van één monteur leidt niet tot een bevredigend resultaat. De rolluiken kunnen dan immers niet meer geplaatst worden. Zie: Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000202290, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 12.

¹⁴⁰ De Hoge Raad overweegt ten aanzien van dat laatste dat een dergelijk voorstel ook gedaan kan worden als verweer of tegenverzoek in een ontbindingsprocedure. Dat kan tot gevolg hebben dat een redelijke grond ex 7:669 lid 3 BW afwezig is en het ontbindingsverzoek afgewezen moet worden. Mogelijk moet de werkgever dan instemmen met het verzoek van werknemer. Dat moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Volgens de kantonrechter is het beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht.¹⁴¹ De Hoge Raad benadrukt in het Victoria arrest nog eens dat er bij een ontbinding op grond van art. 7:671b BW in beginsel géén ruimte is voor een gedeeltelijke ontbinding. De wetgever heeft er volgens de Hoge Raad bewust voor gekozen om de mogelijkheid van partiële ontbinding niet (expliciet) in de wet op te nemen. De Hoge Raad geeft daarbij nog aan dat er in de politiek wel aandacht is voor de mogelijkheid van partiële ontbinding (bijvoorbeeld in het rapport van de Commissie Borstlap), waardoor de rechter terughoudend dient te zijn in de rechtsvorming op dit gebied.¹⁴²

Bij een deeltijdontslag op basis van optie b, d en e kan de werknemer volgens de Hoge Raad onder omstandigheden recht hebben op een gedeeltelijke transitievergoeding, mits er sprake is van een structurele vermindering van de arbeidsomvang van tenminste 20%.¹⁴³ Bij het herplaatsen in een andere functie met een lagere beloning, bestaat het recht op een gedeeltelijke transitievergoeding echter niet.¹⁴⁴

Gezien de grilligheid van de coronacrisis en de daaruit voortvloeiende overheidsmaatregelen, lijkt deeltijdontslag niet het beste instrument. Bij een deeltijdontslag is de werkgever in veel gevallen immers verplicht om de wettelijke opzegtermijn in acht te nemen en een transitievergoeding te betalen.¹⁴⁵ Gedurende de opzegtermijn konden de overheidsmaatregelen weer zodanig wijzigen dat het ontslag niet meer nodig was. Daarnaast was het (gedeeltelijk) ontslaan van personeel financieel niet aantrekkelijk vanwege de boetes en/of verplichtingen die verbonden waren aan de NOW subsidie.¹⁴⁶

Voor de coronacrisis is het deeltijdontslag dus geen geweldige oplossing.¹⁴⁷ Dit betekent echter niet dat het voor een eventuele nieuwe crisis geen nuttig instrument kan zijn. Het nadeel voor de werknemer blijft enigszins beperkt, mede dankzij het (gedeeltelijke) recht op een transitievergoeding en soms ook een WW-uitkering.

¹⁴¹ Rb. Amsterdam 16 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5052, r.o. 7 & 8.

¹⁴² Barentsen & Sagel 2020, p. 2741.

¹⁴³ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

¹⁴⁴ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*).

¹⁴⁵ Voor meer over de transitievergoeding in crisistijden zie: C. Gunning & K.A. Görgün, 'De (on)houdbaarheid van de transitievergoeding in crisistijd', *ArbeidsRecht* 2021/39, p. 3-6.

¹⁴⁶ Denk daarbij aan het ontslagverbod bij de eerste en tweede tranche van de NOW en de verplichting voor het begeleiden van de werknemer van werk naar werk op straffe van een korting bij de overige tranches.

¹⁴⁷ Zie voor meer over het conflict tussen de NOW en (verplicht) reorganiseren J. Terpstra 'De NOW en bedrijfseconomisch ontslag: de spagaat van de werkgever die loonkostensubsidie aanvraagt, maar tegelijkertijd moet reorganiseren', *TvO* 2020, nr. 4 en T.O. Boot, 'De NOW-3: loonsubsidie of reorganiseren: geen eenvoudige keuze?' *ArbeidsRecht* 2021/1, p. 3-8.

§ 5 Alternatieven uit de cao's

In de vorige paragrafen van dit hoofdstuk is voornamelijk aandacht besteed aan de wijzigingsmogelijkheden die het individuele arbeidsrecht biedt. In deze paragraaf wordt bekeken in hoeverre het collectieve arbeidsrecht een rol kan spelen om de interne flexibiliteit van de werkgever in tijden van crisis te verbeteren. In deze paragraaf komen achtereenvolgens de min-urensystematiek en de jaarurensystematiek aan de orde.

§ 5.1 *Min-urensystematiek*

Er is een aantal cao's die de mogelijkheid biedt om (binnen een bepaalde bandbreedte) de medewerker min- of plus-uren op te laten bouwen, welke op een later moment ingehaald dan wel opgenomen kunnen worden, ongeacht voor wiens rekening en risico het opbouwen van deze uren komt.¹⁴⁸ Andere cao's schrijven voor dat min-uren alleen ingehaald dienen te worden indien het opbouwen daarvan voor rekening en risico van de werknemer dient te komen.¹⁴⁹ Dit is een essentieel verschil, nu de coronacrisis (en de meeste andere grote crisissen) redelijkerwijs niet (geheel) voor rekening van de werknemer kunnen komen.

Een werkgever die bepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomst op een goede manier wist toe te passen in de coronacrisis, was de grote retailer Wibra. Wibra valt onder de cao Retail Non-Food. Deze cao biedt werkgevers de mogelijkheid om werknemers een contract aan te bieden voor een gemiddeld aantal uren per week met daaraan gekoppeld een vast maandsalaris. De werkgever kan de werknemer vervolgens binnen een bepaalde bandbreedte flexibel inzetten. Gedurende de coronalockdown liet de Wibra haar werknemers zoveel uren werken als mogelijk was. De te weinig gewerkte uren registreerde Wibra als zogenoemde "min-uren". De medewerkers van de Wibra moesten deze uren in de rest van het betreffende kalenderjaar inhalen.

Vakbond FNV was het niet eens met deze handelswijze en besloot een procedure tegen de Wibra te starten. Het geschil werd voorgelegd aan de rechtbank Gelderland. De voorzieningenrechter vond de betreffende regeling uit de cao in beginsel niet in strijd met de wet en achtte de handelswijze van Wibra in de gegeven omstandigheden niet onaanvaardbaar.¹⁵⁰

Werkgevers die onder een cao vallen die geen risico-eisen stelt aan het opbouwen van min-uren, kunnen in navolging van de Wibra in het vervolg wellicht eenvoudig(er) inspelen op fluctuerend werkaanbod in crisistijd.

Voor werkgevers die onder een cao vallen waarin wél risico-eisen gesteld worden of waarin de min-urensystematiek niet aan de orde komt, ligt het een stuk lastiger. Illusterend is een uitspraak van de voorzieningenrechter Midden-Nederland. Een werkgever in de metaalsector (cao Metaalektro) had, in

¹⁴⁸ Bijvoorbeeld de cao Particuliere Beveiliging (art. 24 van de cao) en de cao Zorgvervoer en Taxi (art. 3.12.2 van de cao).

¹⁴⁹ Bijvoorbeeld in de cao VVT (art. 3.6 van de cao) en de cao Horeca (art. 2.12 van de cao).

¹⁵⁰ Rb. Gelderland (vzr.) 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414.

overleg met de ondernemingsraad, een “urenbank” ingesteld. Deze urenbank hield in dat in de periode van april 2020 tot september 2020 minder uren gewerkt zouden worden dan de contractueel overeengekomen uren. De te weinig gewerkte uren (‘min-uren’) moesten vervolgens in de periode na april 2021 ingehaald worden buiten de reguliere werktijd (‘inhaaluren’). De werknemers weigeren vervolgens de inhaaluren te werken als gevolg van de door FNV aangekondigde overwerkstaking.

In geschil is of de werkgever het recht had de loonwaarde van de gestaakte inhaaluren te verrekenen met het salaris van de werknemers. De voorzieningenrechter is van mening dat de werkgever dit recht niet had, nu het niet kunnen werken van alle uren in 2020 in beginsel een omstandigheid is die voor rekening van de werkgever dient te komen. Het volledige salaris diende conform art. 7:628 BW doorbetaald te worden. De uitbetaling van de niet gewerkte uren kan volgens de kantonrechter, gelet op het voorgenoemde, niet als voorschot op het loon of teveel betaald loon worden gezien. Het loon was namelijk verschuldigd, ongeacht of uitvoering wordt gegeven aan de inhaaluren op basis van de urenbank. De kantonrechter achtte het verrekenen van de gestaakte uren ook in strijd met het goed werkgeverschap.¹⁵¹

Werkgevers die onder een cao vallen zonder de mogelijkheid om min-uren in te laten halen (of te verrekenen), ongeacht voor wiens rekening en risico het opbouwen van deze uren komt, kwamen er zodoende, ook in de coronacrisis, wellicht bekaaid vanaf.

§ 5.2 Jaarurensystematiek

Een voorziening die een soortgelijk karakter heeft als de urenbank en de min-urensystematiek, is de jaarurensystematiek. De jaarurensystematiek is een methode die gebruikt kan worden als een werkgever behoefte heeft aan flexibele inzet van de werknemers. Bij een jaarurensystematiek gaat men uit van een bepaalde arbeidsduur per jaar. Over het aantal uren per jaar spreken de werknemer en werkgever een vast bedrag aan loon af. Dit bedrag gedeeld door 12 is het vaste maandsalaris. Binnen de jaarurensystematiek is het loon losgekoppeld van het feitelijk aantal gewerkte uren in die maand. Het feitelijk gewerkte aantal uren per maand kan verschillen. De jaarurensystematiek wordt gebruikt in bijvoorbeeld de cao Kinderopvang, de cao Ziekenhuizen en de cao Gehandicaptenzorg.

Voor de jaarurensystematiek geldt hetzelfde struikelblok als voor de min-urensystematiek. Als er jaarlijks te weinig uren gewerkt zijn, is het afhankelijk van de cao of het mogelijk is deze uren in te laten halen dan wel te verrekenen met het loon.

¹⁵¹ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1826.

§ 6 Structurele NOW

In de vorige paragrafen van dit hoofdstuk zijn vooral reeds bestaande mechanismen besproken waarin de werkgever ten koste van de werknemer bepaalde besparingen moet doorvoeren. In plaats van het (extra) belasten van werknemers voor omstandigheden waar zij in een groot deel van de gevallen geen invloed op hebben, wordt in de juridische literatuur als alternatieve oplossing een ‘structurele NOW-regeling’ voorgesteld. De NOW-regeling is een steunmaatregel welke de overheid heeft opgetuigd om werkgevers die door de coronacrisis te maken krijgen met omzetverlies, tegemoet te komen.¹⁵² Een structurele NOW regeling kan bijvoorbeeld inhouden dat de NOW een regulier instrument wordt voor behoud van werkgelegenheid bij conjunctuurgolven. Daarmee zou ervoor gezorgd kunnen worden dat de werkgelegenheid in tijden van crisis minder fluctueert. In dit hoofdstuk wordt besproken in hoeverre het interessant zou kunnen zijn om de reeds bestaande NOW-regeling als een structureel crisisinstrument in te blijven zetten.

6.1 De structurele NOW volgens De Beer en de SER

Een van de auteurs die voorstelt om de NOW tot structureel instrument te maken is De Beer. De Beer stelt concreet voor dat als een onderneming die een forse terugval in omzet ondervindt (minimaal 20%) en zijn medewerkers tijdelijk minder laat werken, hij daarvoor een tegemoetkoming ontvangt van 75-70% van de loonkosten van de uren die niet worden gewerkt. Voor het restant (25%) zouden vakbonden en werkgevers kunnen afspreken dat het verschil wordt gedeeld tussen de onderneming en het personeel (*share the pain*).¹⁵³ De Beer overweegt daarbij dat de tegemoetkoming wellicht stapsgewijs afgebouwd dient te worden, zodat de onderneming nog wel een prikkel heeft om (indien nodig) meer structurele maatregelen te nemen.

De SER komt in haar advies van juni 2021 met een vergelijkbaar voorstel.¹⁵⁴ In haar advies stelt de SER een regeling voor waarin de werkgever eenzijdig kan besluiten de arbeidsduur voor alle werknemers tijdelijk met maximaal 20% te verlagen bij bedrijfseconomische omstandigheden die anders tot ontslag zouden hebben geleid.¹⁵⁵ Voor 75% van de loonkosten over de verlaagde arbeidsduur is de werkgever dan verzekerd voor een NOW-achtige compensatieregeling van rijkswege.¹⁵⁶

¹⁵² Met behulp van de NOW kunnen werkgevers de werknemers het salaris doorbetalen en kunnen banen behouden blijven. De voorwaarde voor de eerste tranche van de NOW (“NOW 1”) was dat de werkgever gedurende een periode van drie aaneengesloten maanden gemiddeld een omzetverlies van minimaal 20% moest hebben. De tegemoetkoming NOW 1 bedroeg 90% van de som *percentage omzetverlies * loonsom*. Later werd dit percentage verlaagd tot 80% en daarna weer verhoogd naar 85%.

¹⁵³ De Beer 2021, p. 122.

¹⁵⁴ Sociaal Economische Raad, ‘Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving. Ontwerpadvies 21/08’, juni 2021.

¹⁵⁵ Sociaal Economische Raad, ‘Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving. Ontwerpadvies 21/08’, juni 2021, p.21.

6.2 Bezwaren

Ondanks de goede bedoelingen van beide voorstellen, heb ik hiertegen toch een aantal bezwaren. Allereerst is het van groot belang om een onderscheid te maken tussen een economische crisis en een bedrijfscrisis. Het lijkt mij niet de bedoeling dat bedrijven die door bijvoorbeeld mismanagement in de financiële problemen zijn gekomen, in leven worden gehouden door een overheidssubsidie.¹⁵⁷ Een ander bezwaar van mijn kant is het toetsingskader. Wie bepaalt of de financiële problemen groot genoeg zijn om in aanmerking te komen voor de subsidie? Is dat het UWV? De rechtbank? De ondernemer zelf? Indien het UWV dit moet gaan toetsen, is daarvoor binnen het UWV voldoende kennis en kunde aanwezig om te kunnen beoordelen of de financiële problemen binnen de onderneming inderdaad veroorzaakt zijn door een economische crisis, en niet door mismanagement?

Een derde bezwaar is een meer formeel bezwaar. Kan het verlenen van de subsidie niet gekwalificeerd worden als ongeoorloofde staatssteun? De NOW-regeling is door de Europese Commissie toegestaan op basis van de Kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19 uitbraak (hierna: Kaderregeling). Door de Kaderregeling mogen overheden steun verlenen zonder daarvan melding te hoeven doen bij de Europese Commissie. De Kaderregeling is verlengd tot en met eind juni 2022. Van een nieuwe verlenging is (vooralsnog) geen sprake.

6.3 Structureel instrument?

Mijns inziens biedt de zienswijze van zowel De Beer als de SER wel degelijk aanknopingspunten om te onderzoeken of en in hoeverre de NOW gebruikt kan worden als structureel instrument voor het behoud van werkgelegenheid tijdens de crisis. De NOW is echter ontworpen als spoedwetgeving, waarbij de mogelijkheid tot misbruik niet ondenkbaar is.¹⁵⁸ Er zal dan nog wel meer onderzoek gedaan moeten worden naar het toetsingskader en de mogelijkheid om misbruik te maken van de regeling. Evaluatie van de NOW regeling en een vergelijking met de regelingen die in de rest van de wereld in het kader van de coronacrisis zijn opgetuigd¹⁵⁹, zouden hierbij zeer relevant kunnen zijn.

¹⁵⁷ Volgens oud-curator R.J. Blom is mismanagement de belangrijkste oorzaak van een faillissement. Dat heeft dan dus ‘bitter weinig te maken met de economie, de markt en al die andere factoren’. Zie R.J. Blom, ‘De echte oorzaken van een faillissement’, Faillissementsdossier.nl, 25 juni 2014.

¹⁵⁸ Wouter Koolmees, destijds minister van Sociale Zaken, deed in de persconferentie op 31 maart 2020 een beroep op *ieders morele verantwoordelijkheid om niet te frauderen*. In een brief aan Tweede kamer (Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020 (*Kamerstukken II* geeft Koolmees aan: De afrekening achteraf is niet zonder risico op misbruik en oneigenlijk gebruik.

¹⁵⁹ Zie bijv. B.P. ter Haar, ‘De Nederlandse arbeidsrechtelijk gerelateerde COVID-19 maatregelen in rechtsvergelijkend perspectief’, *TAC* 2020, nr. 4, p. 178-197.

§ 7 Het wijzigingssysteem volgens de Commissie Borstlap

Een laatste alternatief dat besproken zal worden, is een complete herziening van het arbeidsrechtelijke (eenzijdige) wijzigingsstelsel. Voorziet het wijzigingsstelsel zoals dat anno 2023 geldt nog in de behoeften van zowel werkgevers als werknemers, of is een fundamentele hervorming noodzakelijk? De Commissie Borstlap heeft zich eind 2019/begin 2020 over (mede) deze vraag gebogen.

In haar rapport van 23 januari 2020 formuleert de Commissie-Borstlap een voorstel voor een nieuw stelsel voor het realiseren van flexibiliteit in de arbeidsvoorwaarden. De Commissie adviseert in haar rapport om werkgevers eenzelfde soort wijzigingsrecht toe te kennen als de rechten van werknemers op grond van de Wet flexibel werken (Wfw).¹⁶⁰ Volgens de Commissie zal een werkgever het recht moeten krijgen om aan werknemers een aanbod te doen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden op het terrein van arbeidsomvang, salaris (tot een bepaald percentage), functie, werklocatie en arbeidstijden, indien bedrijfseconomische omstandigheden daartoe aanleiding geven. De werknemer moet de wijziging accepteren, tenzij sprake is van zwaarwegende belangen aan zijn kant. De cao-partijen en/of de medezeggenschap zullen hier volgens de Commissie een rol moeten spelen in de uitwerking van dit wijzigingsmechanisme.¹⁶¹

In haar rapport brengt de Commissie zelf een aantal bezwaren naar voren. Een van die bezwaren is dat de geadviseerde regeling een nieuwe vorm van deeltijdontslag met zich meebrengt. De Commissie stelt dan ook dat deeltijdontslag met waarborgen omkleed moet worden, zoals een inkomensgrens of een afbouwregeling.¹⁶² Op die manier kan de werknemer wennen aan de nieuwe situatie, of voor het verminderde aantal uren elders aan het werk gaan. Anderzijds beargumenteert de Commissie dat interne wendbaarheid het aangaan van duurzame arbeidsrelaties stimuleert. De Commissie is daarnaast van mening dat deze systematiek de voorkeur heeft boven het huidige systeem van deeltijdontslag, waar het urenverlies deels wordt gedragen door het collectief (de WW).

¹⁶⁰ De Wfw geeft werknemers het recht om eens in de zoveel tijd een verzoek bij werkgever in te dienen voor het wijzigen van bepaalde arbeidsvoorwaarden als arbeidsomvang, arbeidsplaats en arbeidstijd. De werkgever kan het verzoek alleen weigeren als er aan zijn kant zwaarwegende bedrijfsbelangen aanwezig zijn. De Wfw kent momenteel verschillende toetsingskaders, afhankelijk van het type arbeidsvoorwaarde dat gewijzigd wordt.

¹⁶¹ Eindrapport Commissie-Borstlap, p. 65.

¹⁶² Eindrapport Commissie-Borstlap, p. 65.

§ 8 De Crisisregeling Personeelsbehoud van Minister van Gennip

Zeer recent is er door de huidige Minister van SZW een kamerbrief naar de Tweede Kamer gestuurd waarin gesproken wordt over een vorm van deeltijd-WW, te weten de ‘Crisisregeling Personeelsbehoud’ (hierna: CP). In de brief schrijft de Minister dat de regeling gericht moet zijn op het opvangen van crises en calamiteiten die buiten het reguliere ondernemersrisico vallen.¹⁶³

Werkgevers kunnen maximaal zes maanden gebruik maken van de CP. Voorwaarde is wel dat het bedrijf nog “levensvatbaar” moet zijn. Wanneer daar sprake van is, wordt uit de Kamerbrief niet duidelijk. Gedurende de periode van zes maanden krijgen werkgevers de mogelijkheid om werknemers tijdelijk te herplaatsen met behoud van salaris. Daarnaast is het voor de werkgever mogelijk om werknemers tijdelijk minimaal 20% minder uren te laten werken. Over het aantal niet-gewerkte uren dient de werkgever 80% van het loon te betalen, waarvan 60% gecompenseerd kan worden met een tegemoetkoming vanuit de overheid. Er is uitdrukkelijk afgezien van een koppeling van de tegemoetkoming aan de WW-rechten van werknemers.

In het voorjaar zal door de minister een vervolg gegeven worden aan de regeling zoals deze in de Kamerbrief uitgewerkt is.

Waar de Kamerbrief verder geen aandacht aan besteedt, is de vraag welk orgaan gaat toetsen of er inderdaad sprake is van een crisis of calamiteit die buiten het reguliere ondernemersrisico valt en of het bedrijf dat gebruik wil gaan maken van de regeling nog ‘levensvatbaar’ is en nog ‘binnen een korte periode weer op volle kracht kan werken’. Mijns inziens is voor een dergelijke toetsing bijzonder veel specialistische kennis van zaken nodig.¹⁶⁴ Wellicht is (een nieuw op te richten afdeling van) het UWV het aangewezen orgaan om deze beoordelingen te gaan uitvoeren.

¹⁶³ Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2023, nr. 29544-1176, p. 15.

¹⁶⁴ Zie bezwaren in paragraaf 6.2 over de structurele NOW. Bij de eventuele invoering van de CP spelen mijns inziens soortgelijke bezwaren een rol.

HOOFDSTUK 5: CONCLUSIE

In deze masterscriptie is onderzocht in hoeverre het Nederlandse arbeidsrecht werkgevers in tijden van crisis (zoals de coronacrisis), de mogelijkheid biedt om de met zijn werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden (eenzijdig) te wijzigen.

Om tot een antwoord op deze probleemstelling te komen, is allereerst onderzocht welke wijzigingsmechanismen het Nederlandse arbeidsrecht kent. Uit dit onderzoek is gebleken dat de wijzigingsmechanismen van art. 7:611 BW en art. 7:613 BW voor het arbeidsrecht het meest relevant zijn. In bepaalde omstandigheden kunnen ook de verbintenisrechtelijke wijzigingsmechanismen, te weten de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW en de *imprévision* van art. 6:258 BW, een rol spelen.

Vervolgens is geanalyseerd hoe deze wijzigingsmechanismen zijn toegepast in geschillen waarbij de wijziging zijn oorsprong vond in de coronacrisis. Uit deze analyse blijkt dat de lat voor eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van zowel art. 7:611 BW als art. 7:613 BW erg hoog ligt, ook gedurende de coronacrisis. Desondanks is het doorvoeren van versoeringen in de arbeidsvoorwaarden niet onmogelijk. Als de werkgever in kwestie kan aantonen dat hij in zodanige omstandigheden verkeert dat hij niet anders kan dan een eenzijdige wijziging in de arbeidsvoorwaarden door te voeren, bestaat de mogelijkheid dat de wijziging geoorloofd is. In tijden van crisis kan immers van een ieder verwacht worden dat hij een steentje bijdraagt. De werkgever moet dan wel kunnen onderbouwen dat en waarom hij de last niet zelf kan dragen. De aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft, ook gedurende de coronacrisis, geen doorslaggevende waarde gehad binnen het arbeidsrecht. Ook voor de *imprévision* lijkt in deze situatie geen bijzondere rol te zijn weggelegd.

Ten slotte is onderzocht welke alternatieven het Nederlandse (arbeids)recht de werkgever biedt om interne wendbaarheid in de arbeidsvoorwaarden te kunnen creëren. Uit dit onderzoek is gebleken dat het de werkgever is die het risico voor het niet kunnen werken in tijden van crisis op basis van art. 7:628 BW over het algemeen voor zijn rekening dient te nemen. Of deze risicoverdeling in tijden van langdurige crisis redelijk is, valt te betwijfelen. Het eenzijdig aanwijzen van vakantie in tijden waarin niet gewerkt kan worden, is in veel gevallen niet mogelijk. In overleg kunnen werkgever en werknemer echter wel tot een tussenoplossing komen. Het alternatief van deeltijdontslag lijkt, voornamelijk vanwege de wettelijke opzegtermijn en de transitievergoeding, voor een crisis als de coronacrisis geen passend alternatief. Dit betekent echter niet dat het in een andere crisis geen nuttig instrument kan zijn.

Werkgevers die onder de werkingssfeer van een cao vallen, kunnen gebruik maken van de min-uren of jaarurensystematiek. Deze systematiek geeft werkgevers onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid om de arbeidstijd flexibel in te delen. In sommige cao's kan de werkgever van de werknemer verlangen dat hij de in een bepaalde periode te weinig gewerkte uren op een later moment inhaalt, zonder dat daar

salaris tegenover staat, ongeacht voor wiens risico het niet verrichten van arbeid komt. Het salaris voor die uren is immers al ontvangen in de periode waarin te weinig gewerkt is.

Naast de bestaande alternatieven zijn er twee aanbevelingen uit de literatuur onderzocht. De eerste onderzochte toekomstige mogelijkheid is het invoeren van de NOW als structureel crisisinstrument. De NOW biedt wel degelijk aanknopingspunten om te onderzoeken of het gebruikt kan worden als structureel instrument voor het behoud van werkgelegenheid tijdens een crisis. Evaluatie van deze regeling is echter wel noodzakelijk.

De tweede mogelijkheid is de aanbeveling tot herziening van het wijzigingsstelsel zoals dat geadviseerd is door de Commissie Borstlap. Volgens de Commissie zal een werkgever het recht moeten krijgen om werknemers een aanbod te doen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden op het terrein van arbeidsomvang, salaris (tot een bepaald percentage), functie, werklocatie en arbeidstijden, indien bedrijfseconomische omstandigheden daartoe aanleiding geven. De werknemer moet de wijziging accepteren, tenzij sprake is van zwaarwegende belangen aan zijn kant.

Aanbevelingen

Mijn initiële aanbeveling bestond uit het onderzoeken van de mogelijkheden voor een aanpassing cq aanvulling van art. 7:613 BW, om de bepaling meer crisisbestendig te maken en werkgevers meer (interne) wendbaarheid te bieden in mindere tijden. Recent is door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een eerste idee geopperd voor het invoeren van een nieuw wijzigingsregime, de CP. Mijns inziens biedt de nieuwe regeling wel degelijk aanknopingspunten om de mogelijkheden tot het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden in tijden van crisis iets te verruimen. Ik zie echter ook een aantal knelpunten, voornamelijk op het gebied van de concretisering van het toetsingskader en de beoordeling daarvan. Mijn aanbeveling is dan ook om de ontwikkelingen omtrent de CP goed in de gaten te houden en kritisch te blijven kijken naar de uitvoerbaarheid van de regeling.

Door de complexiteit van de huidige situatie is het vinden van een balans tussen de belangen van werkgevers en werknemers in tijden van crisis essentieel voor het behoud van een gezonde arbeidsverhouding en de continuïteit van organisaties. Het is voor werkgevers dan ook van belang om zorgvuldig te handelen en de belangen van werknemers in acht te nemen, waarbij onderlinge communicatie cruciaal is.

LITERATUURLIJST

Barentsen & Sagel 2020

B. Barentsen & S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2020, afl. 35, p. 2729-2751.

De Beer 2021

P. de Beer, 'Van gedwongen ontslag naar het delen van de pijn', *TvO* 2021, nr. 4, p. 120-124.

Beltzer 2004

R.M. Beltzer, 'De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248', *Arbeid Integraal: Bulletin Arbeid, Sociale Zekerheid & Recht*, 2004, afl. 8, p. 31-36.

Bles 1909

A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13den Juli 1907 (Staatsblad nr. 193)*, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante, 1909, deel 1.

Van Bochove 2013

L. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractbreuk* (diss. Rotterdam), Wolf Legal Publishers 2013.

Boele & Winde 2020

K. Boele en L. Winde 'Corona: geen werk, geen vakantie. De rol van art. 7:628 BW bij beantwoording van de vraag of de werkgever eenzijdig vakantie mag vaststellen', *TAP* nr. 5, p. 24-25.

Bouwens 2021

W. Bouwens, 'Niet-aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen', *ArA* 2021, afl. 3, p. 20-29.

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijke perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.

De Graaf & Dekker 2020

L.B. de Graaf & F.M. Dekker, 'Corona en wijziging van de individuele en collectieve arbeidsovereenkomst via artikel 6:258 BW.' *TAC* 2020, nr. 3, p.1-9.

Grapperhaus 2008

F.B.J. Grapperhaus 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden. De Taxi-Hofman-regel verduidelijkt in het Mammoet-arrest' *TRA* 2008, Afl. 0.

De Groot 2020

E.W. de Groot, 'Hoe COVID-19 ook ons arbeidsrecht domineert, een 'nieuw normaal' in het arbeidsrecht?' *TRA* 2020, afl. 86, p. 1-3.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van der Heijden 1993

P.F. van der Heijden, *Onvoorziene omstandigheden en de arbeidsovereenkomst*, in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht: preadvies van de Werkgroep Herziening Ontslagrecht*, Alphen a/d Rijn 1993.

Van der Heijden 1999

P.F. van der Heijden, *De wederkerige dienstbetrekking*, in P.F. van der Heijden (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: SDU Uitgevers 1999.

Hijma 2016

J. Hijma, e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst (Studiereeks Burgerlijk Recht 3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Holtus 2020

L. Holtus 'Eenzijdige wijziging, een hernomen introductie' in J.J.M. de Laat e.a., *Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst (Vva-reeks)*, Den Haag: 2020.

Houweling 2020

A.R. Houweling, 'Arbeidsrecht in nood: coronacrisis en de arbeidsrechter', *TAC* 2020, nr. 4, p. 158-165.

Konijn 1999

Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Laagland & Klootstra

F.G. Laagland & J. Klootstra, 'Wijziging van de arbeidsovereenkomst', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, (art. 7:611 BW, aant. 9), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

De Laat e.a. 2020

J.J.M. de Laat e.a., *Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Reurich 2005

L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, *studiereeks Recht en Praktijk nr. 135*, Deventer: Kluwer 2005.

Sagel 2023

S.F. Sagel, 'Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW? (I)', *ArbeidsRecht* 2023, afl. 11, p. 29-34.

Schneider 2022

R.S. Schneider, 'De invloed van COVID-19 op enkele thema's in de arbeidsrechtspraak', *ArbeidsRecht* 2022/45, afl. 11, p. 25-30.

Tjittes 2020

R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', gepubliceerd op *LinkedIn* op 17 maart 2020.

Vos 2020

J.R. Vos, 'Vakantie in tijden van corona', *TAP* 2020, nr. 4, p. 4-12.

Zondag 2006

W.A. Zondag, 'Wikken en wegen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak.' *ArA* 2006, afl. 3.

JURISPRUDENTIELIJST

- HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*).
- HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2558 (*Kriek/Smit*).
- HR 10 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1532 (*FNV/Campina*).
- HR 8 april 1994, ECLI:NR:HR:1994:ZC1322, (*Agfa/Schoolderman*).
- HR 27 april 1994 ECLI:NL:HR:1984: AG4797 (*NVB/Sipke Helder*).
- HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2582 (*Guitsink/Inter Services BV*).
- HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Briljant Schreuders/ABP*).
- HR 6 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2606 (*Stokkermans/Kuijken en Asselbergs*).
- HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, (*Van der Lely/Taxi Hofman*).
- HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2921 (*Huijerjans/Kuijpers*).
- HR 25 februari 2000, ECLI :NL:HR:2000:AA4942 (*Frans Maas*).
- HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5648, m.nt. P.A. Stein. (*Guitoneau/Midnet Tax*).
- HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4913.
- HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (*Van der Gulik/Vissers*).
- HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513 (*Drie-S Invest/Mammoet*).
- HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312 (*Parallel Entry/KLM*).
- HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).
- HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (*Van Beek/Zorgverzekeraarsgroep*).
- HR 24 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5262 (*Halliburton*).
- HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570 (*Wegener*).
- HR 24 december 2012 ECLI:NL:HR:2021:1974 (*Heineken*).
- HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209.
- HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*).
- HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (concl. A-G de Bock) (*Xella*).
- HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864 (*Fair Play I*).
- HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).
- HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*).
- HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823.
- HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 (*IFF*).
- Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5022.
- Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:317.
- Hof Den Haag 12 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:507 (*FNV/Santon*).
- Rb. Noord-Nederland 19 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:2248.
- Rb. Noord-Nederland 8 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4307.
- Rb. Den Haag 24 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16073.

Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899 (*V&D*).

Rb. Noord-Nederland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2222.

Rb. Amsterdam 16 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5052.

Rb. Amsterdam 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8240.

Rb. Rotterdam 5 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8979.

Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1709.

Rb. Amsterdam 20 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2647 (*Coltavast/Metroprop*).

Rb. Amsterdam (vzr.) 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734 (*SS Dam*).

Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838 (*Valkenier*).

Rb. Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768 (*Vitesse/Gelredome*).

Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731.

Rb. Amsterdam (vzr.) 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant de Wallen*).

GiEA Curacao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:161 (*Nultwintig*).

Rb. Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3508.

Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536 (*Container Solutions*).

Rb. Gelderland (vzr.) 30 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4079.

Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4354.

Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4948.

Rb. Rotterdam (vzr.) 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9951.

Rb. Noord-Holland 25 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1248.

Rb. Limburg 11 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2022:2814.

Rb. Rotterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3754.

Rb. Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924.

Rb. Rotterdam (vzr.) 23 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3869.

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1826.

Rb. Gelderland (vzr.) 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414.

Rb. Gelderland 15 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4885.

Rb. Midden-Nederland 3 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5381.

Rb. Den Haag 29 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16044.

Rb. Noord-Holland 12 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:150.

Rb. Overijssel 8 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:384 (*Stork*).

Rb. Midden-Nederland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:836.