

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106303>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-19 and may be subject to change.

ANNOTATIES

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

HR 18 maart 2011, *JAR* 2011/108 m.nt. Zondag en *JIN* 2011/320 m.nt. Van der Voet (Monsieurs c.s./Wegener)*

L.G. Verburg

1 De feiten

Op 14 maart 2000 neemt Wegener Arcade de dagbladengroep van VNU over. De betrokken VNU-medewerkers komen van rechtswege (artikel 7:662 e.v. BW) in dienst bij een werkmaatschappij behorende tot het Wegener-concern (Wegener Huis-aan-huiskranten BV, respectievelijk Wegener Dagbladen BV). Voor deze werknemers geldt sinds enige jaren een winstdelingsregeling. Het betreft een collectieve regeling zonder dat sprake is van een cao. De winstdelingsregeling maakt via incorporatie deel uit van de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer en maakt op deze wijze deel uit van de (individuele) arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers.

Artikel 11 van de winstdelingsregeling voorziet in een wijzigingsmechanisme. De werkgever is bevoegd tot eenzijdige wijziging van de bestaande afspraken onder de voorwaarde dat de centrale ondernemingsraad (de COR van VNU) met de wijziging instemt. Ik teken aan dat ook al een instemmingsrecht voortvloeit uit artikel 27 lid 1 onder a van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).

Met ingang van 1 januari 1997 luidt de afspraak dat jaarlijks voor uitkeringen onder de winstdelingsregeling een bedrag beschikbaar is dat overeenkomt met 12,5% van het in de regeling gedefinieerde bedrijfsresultaat. Ten tijde van de overname komt de uitkering zelf per werknemer uit op 12,5% van het bruto jaar-salaris. Hoe zich dit precies verhoudt tot het niveau van het oorspronkelijk voor uitkeringen beschikbare bedrag, blijkt niet uit de stukken. Tijdens de onderhandelingen over de overname komt de winstdelingsregeling expliciet op tafel. Partijen spreken met betrokkenheid en instemming van de COR van VNU af dat de

* Het arrest is eerder van commentaar voorzien door M.D. Ruizeveld, Eenzijdig wijzigingsbeding ook rechtsgeldig in collectieve regeling, *TRA* 2011/6-7, p. 61, J.J.M. de Laat, Het eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst: de kluwen verder afgewikkeld, *ArbeidsRecht* 2011/8-9, p. 38 en R.M. Beltzer, De kenbaarheid van het eenzijdige-wijzigingsbeding, *TRA* 2011/11, p. 89.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

uitkering van 12,5% van het bruto jaarsalaris onder de condities van de bestaande winstdelingsregeling van toepassing blijft.

Op 6 september 2000, een klein halfjaar na de overname, maakt Wegener met de groepsondernemingsraad van de van VNU overgenomen dagbladengroep een aanvullende afspraak. Zij spreken af (1) dat de uitkering voor de oud-VNU-medewerkers een jaarlijks vast percentage van 12,5% zal zijn, en (2) dat ingeval een winstverslechtering bij Wegener onverhoopt noodzaakt tot drastische saneringsmaatregelen, de winstdelingsregeling (geduid als garantiebepaling) wederom voorwerp van overleg zal zijn met de medezeggenschap, waarbij de rol van (instemmingsgerechtigde) gesprekspartner zal liggen bij de COR van Wegener. Het betreft een aanvullende regeling met betrekking tot de reeds bestaande bevoegdheid van de werkgever tot wijziging van het gegarandeerde uitkeringspercentage. De bij (de dagbladengroep van) Wegener betrokken vakbonden stemmen in met deze aanvullende regeling. Het arrangement wordt opgenomen in het met de bonden afgesproken Sociaal Plan van 9 november 2000.

Er treedt nadien daadwerkelijk een aanzienlijke winstverslechtering op bij Wegener. De situatie noopt tot het doorvoeren van (drastische) saneringsmaatregelen (vacaturestop, reorganisaties, samenvoeging of staken van titels, verkoop van onderdelen en bedrijfsmiddelen, de beëindiging van huurovereenkomsten, sluiting van drukkerijen, versobering van bepaalde sociale regelingen en dergelijke). De COR van Wegener stemt op 22 november 2002 als onderdeel van het totaal van de door Wegener (voor)genomen maatregelen in met het besluit de vaste uitkering van 12,5% met terugwerkende kracht vanaf het begin van 2002 in neerwaartse zin bij te stellen. Wegener deelt dit besluit diezelfde dag (22 november 2002) nog aan de oud-VNU-medewerkers mee.

Een deel van de uitkering wordt (wederom) afhankelijk gemaakt van het bedrijfsresultaat. Het vaste deel stelt Wegener op een percentage van 8,3% (de basisuitkering, qua niveau uitkomend op wat men wel duidt als dertiende maand), het resterende deel is met ingang van 1 januari 2002 weer variabel en ligt qua uitkering afhankelijk van het bedrijfsresultaat tussen nihil en maximaal 4,2% (waarmee het in totaal te behalen maximum ligt op het oude niveau van 12,5%). De COR van Wegener stemt ermee in, ook het merendeel van de betrokken oud-VNU-medewerkers gaat akkoord (circa 1650 van de in totaal circa 1800 betrokken medewerkers).

Het besluit leidt er als gevolg van de financiële situatie waarin het concern zich in 2002 en de jaren daarna bevindt inderdaad toe dat de uitkering in 2002 tot en met 2004 (de voor de procedure maatgevende periode) daalt tot het niveau van de basisuitkering van 8,3%. Gelet op de behaalde bedrijfsresultaten komt het variabele deel niet tot uitkering.

2 De procedure

2.1 De feitelijke instanties

De eisers ('Monsieurs c.s.'), een groep van oorspronkelijk 146 oud-VNU-medewerkers (nadien haken nog diverse leden van de groep om hen moverende redenen

L.G. Verburg

af), vorderen bij de kantonrechter te 'Den Bosch een verklaring voor recht dat de betrokken werkmaatschappijen van het concern (gezamenlijk aangeduid met 'Wegener'), kort gezegd, gehouden zijn tot doorbetaling van het vaste percentage van 12,5%. Zij motiveren hun vordering met het argument dat Wegener als gevolg van de afspraken en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet tot een wijziging van de winstdelingsregeling mocht overgaan. Subsidiar maken de eisers bezwaar tegen het feit dat Wegener de wijziging met terugwerkende kracht vanaf de start van 2002 heeft ingevoerd. Op het moment van het bekendmaken van het besluit op 22 november 2002 was het lopende uitkeringsjaar al bijna verstreken. Wegener beroept zich op artikel 11 van de winstdelingsregeling en het daarin vastgelegde wijzigingsmechanisme (eenzijdig onder de voorwaarde van instemming van de COR) en stelt dat zij als gevolg van de sterke daling van het netto groepsresultaat genoodzaakt was kostenbesparende maatregelen te nemen (de conditie in de afspraak van 9 november 2000). De kantonrechter stelt na een tussenvonnis van 27 april 2006 in zijn eindvonnis van 8 maart 2007 de eisers in het gelijk.

In hoger beroep kiest Wegener als appellante primair voor het anker van artikel 27 lid 1 onder a WOR, met de kennelijke opvatting (voor zover deze blijkt uit wat in cassatie is opgetekend) dat de in dit wetsartikel voorziene instemming van de ondernemingsraad tevens het akkoord van de betrokken achterban impliceert. Subsidiar doet Wegener een beroep op het bepaalde in artikel 7:611 BW en artikel 6:248 BW. Het hof komt eigener beweging tot een andere rechtsgrond voor een honorering van het hoger beroep van Wegener. Het hof vult aldus met toepassing van artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) ambtshalve de rechtsgronden aan. Het hof duidt de bepaling in de winstdelingsregeling die de werkgever de bevoegdheid geeft de regeling met instemming van de COR eenzijdig te wijzigen, als een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW (een '613'-beding) in materiële zin. Met 'in materiële zin' zinspeelt het hof op het ontbrekende formele punt dat het beding niet in de arbeidsovereenkomst zelf (in de zin van een document dat de arbeidsovereenkomst zelf handen en voeten geeft) staat. Daarbij volgt het hof de letterlijke tekst van artikel 7:613 BW op de voet, zonder een overweging te wijden aan de vraag of die letterlijke lezing past en of wat ten aanzien van een dergelijk beding formeel fout zit materieel nog wel door de beugel kan. Hier speelt een rol dat het hof in de procedure in hoger beroep een eigen, niet door het debat tussen partijen geschraagde koers vaart: het bereik van artikel 7:613 BW en de toepassing van dit wetsartikel op de onderhavige casus vormden, zo blijkt uit de conclusie van de A-G, geen onderdeel van het debat tussen partijen in hoger beroep. Het hof gaat voorbij aan de sanctie op niet-naleving van een vormvereiste als bepaald in artikel 3:39 BW (nietigheid, maar uit de wet kan expliciet of impliciet anders voortvloeien). Nu in de visie van het hof sprake is van een '613'-beding, resteert de vraag of de werkgever slaagt voor de toets of sprake is van een zwaarwichtig belang (van zodanige orde dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken). Wegener doorstaat deze toetsing door het hof met vlag en wimpel.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

Het hof overweegt wel dat een redelijke uitleg van het afgesproken wijzigingsmechanisme meebrengt dat de werknemers mogen verwachten dat besluiten van Wegener tot wijziging in enig jaar pas in werking treden in het daaropvolgende jaar. Het hof wijst daarbij op een passage uit de regeling die aan deze op zich al niet onlogische redenering een tekstuele onderbouwing geeft. Het hof voegt er aan toe dat deze uitleg eens te meer klemt, nu Wegener ingrijpt in een vaste uitering en dat het besluit vrijwel aan het einde van het uitkeringsjaar 2002 valt. De werknemers hebben derhalve een groot deel van het jaar in de gerechtvaardigde veronderstelling verkeerd dat men 12,5% zou ontvangen en daarop (mogelijk) hun uitgavenpatroon gebaseerd. Het hof ontnemt aldus aan het door Wegener in de visie van het hof rechtsgeldig genomen besluit (slechts) de terugwerkende kracht.

2.2 De conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad

De vraag of het hof bij de toetsing van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang een juiste maatstaf heeft aangelegd, wordt in cassatie, ongetwijfeld mede op cassatietechnische overwegingen (sterk verweven met de feiten), door *Monsieurs c.s.* niet meer aan de orde gesteld. In cassatie is derhalve gegeven dat sprake is van een zwaarwichtig belang. Blijft het oordeel van het hof over een geldig '613'-beding in cassatie overeind, dan is het pleit beslecht ten faveure van Wegener. Dat doet, anders dan Wegener verdedigde, geen afbreuk aan het feit dat *Monsieurs c.s.* belang hadden bij het cassatieverzoek. De A-G stelt in zijn conclusie omtrent dit belang van *Monsieurs c.s.* de vraag aan de orde in hoeverre de maatstaven neergelegd in de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 BW inhoudelijk van elkaar verschillen. Hij bespreekt de arresten *Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet* en wijst ten aanzien van het laatste arrest op de overweging van de Hoge Raad omtrent de vraag hoe het toepassingsgebied van artikel 7:611 BW zich verhoudt tot dat van artikel 7:613 BW. De A-G doelt op de passage waarin de Hoge Raad aangaf dat artikel 7:613 BW 'veeleer' ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen, niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer, maar van verscheidene werknemers. Timmerman meent dat het gevolg kan zijn dat bij toepassing van artikel 7:613 BW juist wat meer gewicht toekomt aan het gezichtspunt van de belangen van de onderneming waarvan de werknemers deel uitmaken dan bij toepassing van artikel 7:611 BW en artikel 6:248 lid 2 BW. Hij meent dat de maatstaf van artikel 7:613 BW minder zwaar dan die van de overige twee bepalingen hoeft te zijn. Dit brengt in zijn visie mee dat eisers in cassatie belang hebben bij hun cassatieberoep, een punt waar de Hoge Raad in zijn arrest impliciet mee instemt.

Het cassatiemiddel concentreert zich op twee onderwerpen: (1) is het hof met het beroep op artikel 7:613 BW op toelaatbare wijze gebleven binnen de grenzen van de rechtsstrijd (onderdeel 1 van het cassatiemiddel), en (2) was inderdaad sprake van een geldig '613'-beding (onderdeel 2 van het cassatiemiddel).

Het eerste onderwerp heeft betrekking op de rol van de rechter in de procedure en laat zich als volgt als vraag samenvatten: heeft het hof met het van stal halen

L.G. Verburg

van artikel 7:613 BW ambtshalve de rechtsgrond aangevuld (toelaatbaar, artikel 25 Rv) of heeft het hof met het oog op het openen van deze staldeuren (te veel) eigen feiten en omstandigheden ten tonele gevoerd (niet toelaatbaar, artikel 24 Rv)? A-G Timmerman komt op basis van zijn lezing van de processtukken tot de conclusie dat partijen artikel 7:613 BW bewust buiten de rechtsstrijd hebben gehouden. Hij adstrueert (in punt 4.3) zijn opvatting dat het hof buiten de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd was getreden (en dat om die reden de Hoge Raad diende te casseren) met een volzin die naar ik meen (meer dan) een enkele keer de praktijk raak typeert: 'Ter adstructie hiervan wijs ik erop dat mij uit de soms zeer uitvoerige gedingstukken is gebleken dat procespartijen over heel veel met elkaar gediscussieerd hebben, maar niet over de verschillende vragen die bij de toepassing van art. 7:613 BW rijzen.' De Hoge Raad herkent mogelijk wel de verzuchting die in dit citaat besloten ligt, maar komt op basis van de gewisselde processtukken anders dan de A-G tot de conclusie dat met de in het geding vaststaande feiten en hetgeen Wegener ten grondslag had gelegd aan haar verweer dat de gewraakte wijziging van de winstdelingsregeling toelaatbaar was, het hof voldoende feitelijke grondslag had om toepassing te geven aan artikel 7:613 BW, ook al had Wegener zich niet uitdrukkelijk op die bepaling beroepen.

Het tweede onderwerp betreft de vraag of het hof met de maatstaf die te vinden is in artikel 7:613 BW, de juiste maatstaf heeft aangelegd bij het antwoord op de vraag of de werkgever een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem, zoals het bepaalde in artikel 11 van de winstdelingsregeling verwoordt, de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Het cassatiemiddel verdedigt het standpunt dat artikel 7:613 BW alleen van toepassing kan zijn indien het beding in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer zelf is overeengekomen en dat men het '613'-beding niet rechtsgeldig kan verankeren in een collectieve regeling of in een bij de overname gemaakte aanvullende regeling, en dat, indien dit laatste wel mogelijk zou zijn, de werknemer, wil hij daaraan gebonden zijn, ten minste met die collectieve regeling moet hebben ingestemd.

De A-G wijst op de tekst van de wettelijke regeling ('schriftelijk', maar geen woord over waar dit beding moet zijn opgenomen) en refereert aan de wetsgeschiedenis (de korte toelichting op het betreffende amendement spreekt over 'schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf'). Er is dus sprake van een zekere discrepantie tussen de tekst van de wet en de toelichting op het amendement. De A-G constateert dat men in het arbeidsrecht diverse wettelijke regelingen van bedingen tegenkomt met het vereiste van schriftelijkheid en dat aan dit vereiste in de literatuur en jurisprudentie niet telkens eenzelfde uitleg wordt gegeven. Of in een bepaald geval aan het vereiste van schriftelijkheid is voldaan, is afhankelijk van de aard van het beding. Bij een concurrentiebeding is het vereiste van schriftelijkheid strenger dan bij een proeftijdbeding. De A-G kiest alles afwegende voor de opvatting dat het vereiste van schriftelijkheid van artikel 7:613 BW in die zin moet worden uitgelegd dat men het beding rechtsgeldig kan opnemen in een schriftelijke collectieve regeling die is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

De Hoge Raad overweegt dat een geval waarin sprake is van een schriftelijk vastgelegde collectieve regeling betreffende arbeidsvoorwaarden met daarin een eenzijdig wijzigingsbeding, binnen het toepassingsgebied van artikel 7:613 BW ligt. Onder verwijzing naar het Stoof/Mammoet-arrest van 11 juli 2008¹ geeft de Hoge Raad aan dat artikel 7:613 BW 'ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer, maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen'. De Hoge Raad vervolgt met het oordeel dat aan de eis van schriftelijkheid is voldaan. De tekst van artikel 7:613 BW stelt 'in een dergelijk geval' niet de eis dat men het beding ook nog moet vastleggen in de individuele arbeidsovereenkomst dan wel, bij gebreke daarvan (de Hoge Raad bedoelt: bij gebreke van het document), de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoeft. De wetsgeschiedenis dwingt ten aanzien van een wijzigingsbeding 'als het onderhavige' niet tot een andere conclusie. Met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid, nu over de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan. Extra eisen zijn in de visie van de Hoge Raad mede niet aan de orde, nu de beschermingsgedachte van artikel 7:613 BW voldoende is verdisconteerd in de maatstaf die deze bepaling geeft (de eis dat de werkgever een zwaarwichtig belang behoeft). Bovendien wordt bescherming geboden door het feit dat de wijziging is onderworpen aan het instemmingsrecht van de COR van Wegener.

3 Commentaar

De Hoge Raad laveert in dit arrest koersvast naar een aanvaardbare en efficiënte oplossing van het geschil. Een afspraak die voor een bepaald doel is getroffen, houdt definitief stand overeenkomstig de wens van de overgrote meerderheid van de betrokken spelers. In zijn noot bij het arrest in de JAR stelt Zondag dat de reikwijdte van het vereiste van schriftelijkheid in dit arrest de centrale vraag is. Daar valt, mede vanwege de door hem geconstateerde discussie in de literatuur, wat voor te zeggen. Toch is dat aspect misschien niet het meest enerverende deel van het verhaal en zeker niet het enige onderwerp waarbij een kanttekening past. Het arrest geeft nog meer stof tot nadenken. Interessant is de paragraaf waarin de Hoge Raad zich uitspreekt over het toepassingsgebied van artikel 7:613 BW. Ik richt mij daar eerst op. Ik ga in dat kader in op het door de A-G signaleerde verschil in maatstaf tussen de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 BW. Daarna komt

1 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 en NJ 2011, 185 m.nt. Heerma van Voss (Stoof/Mammoet Transport BV). De Hoge Raad verwijst in de tekst van het geannoteerde arrest naar een publicatie in NJ 2008, 503. Dat is een abuis. Het Stoof/Mammoet-arrest is eerst drie jaar na dato (!) in de NJ gepubliceerd. NJ 2008, 503 m.nt. Verhulp ziet op het arrest Philips/Oostendorp van 28 maart 2008 inzake het vereiste van schriftelijkheid betreffende een concurrentiebeding.

L.G. Verburg

het vereiste van schriftelijkheid aan bod. Ik sluit af met enige kanttekeningen bij de positie van de ondernemingsraad en de (on)mogelijkheid om aan een eenzijdige wijziging krachtens contractuele afspraak terugwerkende kracht toe te kennen.

Het duale karakter van doel en strekking van artikel 7:613 BW

De achterliggende gedachte van artikel 7:613 BW ziet op het navolgende. Aan de ene kant is er het belang van de werknemer beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst. Aan de andere kant is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij cao zijn geregeld. De eis dat de werkgever van iedere individuele werknemer instemming moet verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst, zou niet alleen kostbaar en tijdrovend zijn, maar zou bovendien tot gevolg hebben dat na verloop van tijd, wanneer hij verschillende wijzigingen heeft willen doorvoeren, het arbeidsvoorwaardenregime per werknemer verschilt. Artikel 7:613 BW beoogt deze twee belangen, die met elkaar op gespannen voet (kunnen) staan, te verenigen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij deze *pas de deux* van belangen (ik refereer aan een 'dual' karakter) ook nog rekening moest worden gehouden met twee (vooral politiek bepaalde) uitgangspunten: (1) de voorrangpositie van de cao als het geëigende instrument voor arbeidsvoorwaardenvorming, en (2) geen directe doorwerking van de instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met deze raad in de individuele arbeidsovereenkomst.²

Artikel 7:613 BW vormt derhalve een *balancing act*. Het bepaalde in '613' beschermt niet alleen de werknemer, maar heeft ook het belang van de werkgever in het vizier. De wetgever heeft het eenzijdig wijzigingsbeding, hoewel het 'bij voorbaat'-karakter het beding enigszins verdacht maakt, niet op een soort verboden zwarte lijst geplaatst.³ Artikel 7:613 BW laat aan de werkgever de ruimte een dergelijk beding overeen te komen. Aan de andere kant beschermt de bepaling de werknemer tegen, kort gezegd, onredelijk gebruik. Daaronder versta ik mede gebruik van het beding dat een disproportioneel resultaat oplevert in het licht van de betrokken wederzijdse belangen of in strijd is met het '611'-beginsel van zuiverheid van oogmerk.

Op vragen uit de Tweede Kamer over nut en noodzaak van '613' naast de algemene bepalingen omtrent de redelijkheid (in de vraagstelling verwijst men naar de artikelen 6:2 en 6:248 BW) stelden de verantwoordelijke ministers in de Nota naar aanleiding van het verslag van 20 januari 1997 dat zonder het voorgestelde

2 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 31. Zie tevens Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21-22.

3 Deze zegswijze bedoelt niet een discussie op gang te brengen over het nut van een vergelijking met de aanpak van algemene voorwaarden. Deze argumentatie is door Van Slooten overtuigend buiten de beeldvorming gebracht. J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. UvA Amsterdam), Monografieën Sociaal Recht, Deel 17, Deventer: Kluwer 1999, p. 53-54. Het gaat mij om het feit dat artikel 7:613 BW niet alleen een eenzijdig wijzigingsbeding aan banden legt, maar tevens – juist met het invoeren van die beperkingen – toestaat.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

artikel 7:613 BW de werkgever in beginsel bevoegd was met een beroep op een desbetreffend beding de wijziging door te voeren. Over de stelplicht en bewijslast aan de zijde van de werknemer leest men vervolgens: 'Indien dit niet redelijk zou zijn, zou de werknemer deze onredelijkheid moeten aantonen.' Volgens de verantwoordelijke ministers is het derhalve zonder de in het voorgestelde artikel 7:613 BW opgeworpen barricade tegen onredelijk gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding, kwaad kersen eten voor de werknemer die zich niet kan verenigen met de toepassing van een eenzijdige wijzigingsbeding. Het in de wet opnemen van het vereiste van een zwaarwichtig belang bij de wijziging en wel zodanig dat het belang van de werknemer daarvoor in redelijkheid moet wijken, verschaft niet alleen een (op zich overigens vrij abstracte; LV) maatstaf voor toetsing van het gebruik van een wijzigingsbeding, maar draagt er in de visie van de verantwoordelijke ministers tevens zorg voor dat de stelplicht en bewijslast naar de werkgever verschuift: 'Het is aan de werkgever om dat zwaarwichtige belang aan te tonen.'⁴ Het *Monsieurs c.s./Wegener*-arrest geeft een duidelijk voorbeeld van het nut van artikel 7:613 BW. Zou Wegener ook zonder een eenzijdig wijzigingsbeding in de winstdelingsregeling het uitkeringsniveau neerwaarts hebben kunnen bijstellen? Het lijkt voor mij geen twijfel dat het antwoord ontkennend luidt. De maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW biedt nauwelijks muziek.⁵ Het alternatief van het met de betrokken bonden afsluiten van een standaard-cao over de neerwaartse bijstel-

- 4 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 32. Deze regel van omkering van de bewijslast treft men ook reeds in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. Zie Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 21.
- 5 Hof Amsterdam (zp[wat wordt hiermee bedoeld?] Arnhem) 28 september 2010, JAR 2010/270 (De Jong/ABN AMRO) toont dat de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW, zeker waar de discussie over geld gaat, een zodanig ijle hoogte voor de werkgever betekent dat deze nauwelijks kans van slagen heeft. Ik constateer dat het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 BW en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers (het wetsvoorstel omtrent de *claw back*, Kamerstukken II, 32 512) dezelfde maatstaf (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar) hanteert. Deze drempel is zo hoog dat in de praktijk de raad van commissarissen van een vennootschap er vrijwel altijd verstandig aan doet er niet aan te beginnen. Spijtig van de verspilde moeite en energie die de wetgever zich getroost, tenzij men bewust aanstuurt op het bereiken van een dode mus. Het wetsvoorstel verschaft in ieder geval wapentuig zonder (toereikende) ammunitie. In een in het voorjaar van 2012 verschijnende bundel over bijzondere arbeidsverhoudingen breek ik in het hoofdstuk over de positie van de bestuurder een lans voor een andere aanpak van dat dossier.

L.G. Verburg

ling van de winstdelingsregeling zou mogelijk een oplossing kunnen bieden.⁶ De ervaring wijst evenwel uit dat de medewerking van bonden niet zonder enige tegenprestatie verkrijgbaar is. Bovendien werkt deze oplossing slechts indien het toepasselijke incorporatiebeding voldoende dynamisch is geredigeerd om zo'n toch wat atypische cao in de arbeidsovereenkomst te ontvangen. Het is nog de vraag of dat voor Wegener goed zou zitten. Ik verwacht van een goedschiks instemmen door de betrokken medewerkers niets. Ook dat laat de casus goed zien. Ruim 90% van de medewerkers is akkoord. Dat percentage geeft een kamerbrede positieve grondhouding, maar vormt bij lange na niet de hele doelgroep. Denkelijk zou een aanzienlijk deel van die 90% gelet op de omstandigheden ook akkoord zijn gegaan zonder '613'-beding. Dat akkoord zou dan echter realiter altijd voorwaardelijk zijn gegeven, in de zin dat het groene licht slechts geldt indien iedereen akkoord gaat. En daar gaat het in de praktijk steevast mis, ook in de onderhavige kwestie. Solidariteit is een schone zaak, maar gemeenlijk slechts tot aan de voordeur en zeker niet binnenshuis of in de eigen achtertuin.

Het toepassingsgebied van artikel 7:613 BW: de collectieve context

Tegen deze achtergrond en gelet op het feit dat bij een zwaarwichtig belang gedacht is aan zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden noodzakelijk,⁷ valt er het nodige te zeggen voor het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 7:613 BW ziet op gevallen met een collectieve context. In het Stoof/Mammoet-arrest ging dit nog

- 6 Vergelijk HR 8 april 2011, JAR 2011/135 m.nt. De Laat en NJ 2011, 371 m.nt. Verhulp (ABVA-KABO/Unieke Kinderopvang BV) met annotatie van C.W.G. Rayer in ArA 2011/3, p. 30-46. Het oordeel van de Hoge Raad is consistent met de leer van de doorwerking van cao-bepalingen. Verbazingwekkend was dat het hof, en ook de A-G in zijn conclusie voor het arrest, deze doorwerking een beperkt temporeel bereik gaf, te weten tot aan de totstandkoming van een nieuwe cao. Wellicht dacht men, ten onrechte, aan een situatie als aan de orde in Hof van Justitie EG 9 maart 2006, JAR 2006/83 en NJ 2006, 439 (Werhof/Freeway Traffic Systems GmbH & Co KG). Nawerking van cao-bepalingen is als leerstuk slechts een aanduiding van het onderwerp, een etiket. In feite gaat het rechtens om doorwerking, niet meer en niet minder. Indien men uitgaat van doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een cao in de arbeidsovereenkomst, maakt het vervolgens uiteraard niet meer uit hoe deze voorwaarden in de arbeidsovereenkomst terecht kwamen (via doorwerking of via rechtstreekse afspraak tussen werkgever en werknemer). Dit impliceert dat arbeidsvoorwaarden na ommekomst van de looptijd van de cao blijven doorlopen zoals dit geldt ten aanzien van alle arbeidsvoorwaardelijke afspraken in de arbeidsovereenkomst. Op dit speelveld van het arbeidsrecht discrimineert men niet naar her- of afkomst.
- 7 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 24. Het ligt voor de hand voor het nadenken over aard en omvang van de bedoelde omstandigheden aan te knopen bij de regeling van de vervangende instemming door de kantonrechter in artikel 27 lid 4, slotzin, WOR, mede vanwege het feit dat artikel 7:613 BW in wetsvoorstel 24 615 een medezeggenschapsrechtelijke achtergrond vindt. In soortgelijke zin J.J.M. de Laat, De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst, Vereniging voor Arbeidsrecht, Deel 36, Deventer: Kluwer 2008, p. 114-115. De Laat wijst niet ten onrechte tevens op de regeling van artikel 2 WAA. Ik merk op dat de wetsbepaling de zwaarwichtigheid van het belang van de werkgever plaatst in het kader van een belangenafweging tussen de belangen van werkgever en werknemer. Zie daarover bijvoorbeeld ook W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 40.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

met enige voorzichtigheid gepaard ('veeleer'). Deze 'voorzichtigheid' laat de Hoge Raad nu varen.⁸

Kiest de Hoge Raad daarmee positie in de richtingenstrijd in de literatuur omtrent het gescheiden zijn van de circuits van artikel 611 BW (ziet op individuele wijzigingen) en artikel 613 BW (ziet op collectieve wijzigingen)?⁹ Dat is nog maar (zeer) de vraag. Het gaat in mijn visie primair om een feitelijke constatering van de Hoge Raad dat artikel 7:613 BW is geschreven met het oog op een regeling van het gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding in collectieve kwesties. Die constatering is gezien de wetsgeschiedenis juist. Dat betekent nog niet dat aan de wettelijke bepaling geen gewicht toekomt in de situatie dat een dispuut is gerezen over het hanteren van een eenzijdig wijzigingsbeding in een individueel geval. Ik heb hierbij niet het oog op de toepassing van een '613'-beding in gevallen van wangedrag of onvoldoende functioneren ter onderbouwing van een korting op enige arbeidsvoorwaarde of overplaatsing. De toepassing van een '613'-beding voor dergelijke (ten tijde van het aangaan: toekomstige) situaties is in strijd met het systeem van ons arbeidsrecht.¹⁰ Ik doel op de toepassing van een '613'-beding op de wijziging van een arbeidsvoorwaarde als gevolg van bedrijfseconomische, bedrijfstechnische of bedrijfsorganisatorische omstandigheden ('eto'-redenen) zonder aanwijsbaar collectieve achtergrond. De Hoge Raad laat zich over een dergelijke toepassing van een '613'-beding niet uit; het speelt niet in het besproken arrest. Tot op heden ontbreken aansprekende voorbeelden in de jurisprudentie van gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding met een 'eto'-achtergrond in strikt individuele situaties. Dat ondersteunt de gedachte dat het eenzijdig wijzigingsbeding inderdaad in de praktijk speelt in het kader van collectieve (veelal bedrijfseigen) regelingen. Daarmee rijst de vraag wat de maatstaf is indien een werknemer in een individuele situatie in de arbeidsovereenkomst akkoord is gegaan met een eenzijdig wijzigingsbeding en zich niet kan vinden in de toepassing die zijn werkgever daaraan geeft. Die vraag komt hierna aan de orde na een beschouwing over de relatieve zwaarte van de maatstaf van '613'.

8 In dezelfde zin Van Slooten 1999, p. 56.

9 Zie punt 3.14 van de conclusie van A-G Keus bij het Stoof/Mammoet-arrest en de noot van Heerma van Voss onder dit arrest in NJ 2011, 185 onder punt 8. Zie voorts het slot van de noot van Heerma van Voss in de NJ voor een overzicht van de commentaren op dit arrest.

10 Zondag is eveneens de mening toegedaan dat een '613'-beding geen toepassing kan vinden als contractuele onderbouwing van een disciplinaire straf. W.A. Zondag, Disciplinaire maatregelen, in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, Monografieën Sociaal Recht, Deel 32, Deventer: Kluwer 2008, p. 24-25. Denk nog aan HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 m.nt. Verhulp (Van der Gulik/Vissers & Partners). De Hoge Raad overweegt dat de werkgever zich zolang de arbeidsovereenkomst bestaat niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling kan onttrekken en dat een inbreuk op deze grond op het recht van de werknemer op loon alleen mogelijk is indien sprake is van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in artikel 7:628 lid 5 BW. Op welke rechtsregel Ktr. Almelo 5 juli 2011, JAR 2011/213 het oog had met de overweging dat het mogelijk zou zijn het salaris gedurende enige weken in te houden, is onduidelijk.

L.G. Verburg

De relatieve zwaarte van de maatstaf van artikel 7:613 BW ten opzichte van die van artikel 6:248 lid 2 BW

De A-G overweegt in zijn conclusie dat de maatstaf van artikel 7:613 BW minder zwaar kan zijn dan die van de artikelen 7:611 en 6:248 lid 2 BW. In zijn conclusie voor het Stoof/Mammoet-arrest geeft A-G Keus (in de punten 3.9 en 3.14) al aan dat in de literatuur het standpunt wordt ingenomen dat de toetsing van artikel 7:613 BW een lichtere is dan die van artikel 6:248 lid 2 BW. De wetsgeschiedenis is niet duidelijk.¹¹

De zienswijze dat de maatstaf van '613' lichter is dan die van artikel 6:248 lid 2 BW, acht ik alles afwegende juist.¹² Ik constateer in de eerste plaats dat het om de maatstaf zelf gaat. Ik bedoel hiermee te zeggen dat artikel 6:248 lid 2 BW het omgekeerde doet (afpraak geldt niet bij onaanvaardbaarheid) van wat artikel 7:613 BW bewerkstelligt (afpraak geldt alleen bij zwaarwichtig belang). Het onderscheid wordt direct zichtbaar bij een wegdenken van artikel 7:613 BW. Zonder de aanwezigheid van artikel 7:613 BW kan men (gezien de wetsgeschiedenis: met kans van slagen) de stelling betrekken dat een eenzijdig wijzigingsbeding als de in artikel 248 lid 2 BW bedoelde 'regel' zonder meer geldig is, behoudens voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹³ Artikel 6:248 lid 2 BW geeft binnen (zeer) beperkte marges ruimte aan een inbreuk op het 'afpraak is afspraak'; artikel 7:613 BW geeft binnen (iets minder) beperkte marges ruimte aan de toepassing van een afspraak (te weten: het afgesproken wijzigingsbeding). '6:248 lid 2' maakt ruimte voor het verlaten van de arbeidsvoorwaardelijke status-quo; '613' maakt ruimte voor het behoud van de arbeidsvoorwaardelijke status-quo. '6:248 lid 2' geeft bewegingsruimte ten aanzien van het bestaande evenwicht in een situatie waarin die bewegingsruimte er overigens niet is; '613' beperkt de bewegingsruimte ten aanzien van het bestaande evenwicht in een situatie waarin die bewegingsruimte eenzijdig voor de werkgever krachtens afspraak bestaat. Dit verschil in schootsveld maakt al dat men een en ander niet zomaar over één kam kan scheren.

In de tweede plaats, en dit punt is in mijn ogen belangrijker dan het vorige aspect, staat een al te zware maatstaf haaks op het feit dat artikel 7:613 BW ook de werkgever de hand reikt, mede tot doel heeft te waken over het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden. Doel en strekking van

- 11 Heerma van Voss is in zijn noot onder het Stoof/Mammoet-arrest in de NJ (NJ 2011, 185, in punt 5) daarom niet zeker of de '613'-toets op het niveau ligt van artikel 6:248 lid 2 BW. Een dergelijke voorzichtige verwoording betekent over het algemeen dat de steller van mening is dat sprake is van enig verschil. Ik ben daarin inmiddels stilliger: er is verschil. De Laat spreekt zelfs over een faux pas van de regering door in de aanvang van de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 24 615 het zwaarwichtig belang op één lijn te stellen met de toets van artikel 6:248 lid 2 BW. De Laat 2008, p. 26-28.
- 12 Mijn standpunt is op dit punt na en naar aanleiding van de jurisprudentie van de laatste jaren, met name het Stoof/Mammoet-arrest, bijgesteld. Eerder liet ik blijken dat ik geen (noemenswaardig) onderscheid maakte tussen het marginale karakter van de toets van artikel 7:613 BW en de toets van artikel 6:248 lid 2 BW. Zie mijn De koers van de bestuurder (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deel 45, Deventer: Kluwer 2008, p. 20 en noot 62.
- 13 Zoals (ook) het standpunt luidde van de verantwoordelijke ministers in de nota naar aanleiding van het verslag van 20 januari 1997, Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 32.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

artikel 7:613 BW zijn niet eenzijdig gericht op het beschermen van de werknemer. A-G Timmerman verwoordt dit indirect in zijn conclusie waar hij stelt dat bij toepassing van artikel 7:613 BW juist wat meer gewicht toekomt aan het gezichtspunt van de belangen van de onderneming waarvan de werknemers deel uitmaken dan bij toepassing van artikel 7:611 BW en artikel 6:248 lid 2 BW.

Voorts pleit voor het aannemen van een lichtere toets van artikel 7:613 BW in vergelijking met de maatstaf van onaanvaardbaarheid van artikel 6:248 lid 2 BW dat bij het precies gelijktrekken van de maatstaf feitelijk geen behoefte meer is aan de regeling van artikel 7:613 BW. Dit geldt in die zin dat de wetgever bij een precies gelijk oversteken had kunnen volstaan met het verbieden van een eenzijdig wijzigingsbeding, met de toevoeging dat het onderwerp genoegzaam is afgedekt in artikel 6:248 lid 2 BW. Dit kwam expliciet tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 24 615 ter sprake.¹⁴ Had de wetgever indertijd (in het tijdperk van vóór Taxi/Hofman en Stoof/Mammoet) gekozen voor die aanpak, dan zou de werkgever niet bij voorbaat kunnen regelen dat hij eenzijdig mag wijzigen, maar wel in voorkomend geval aan de werknemer met (een zeer geringe) kans op succes kunnen voorhouden dat een vasthouden aan de bestaande afspraken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De wetgever heeft dat niet gedaan, heeft het beding juist niet verboden en alleen de toepassing aan banden gelegd. De rechtspraak mag die banden dan niet zo strak aantrekken dat er geen lucht en dus geen muziek meer in te vinden is. De casus laat zien dat er inderdaad en terecht muziek zit in artikel 7:613 BW.

De relatieve zwaarte van de maatstaf van artikel 7:613 BW ten opzichte van die van artikel 7:611 BW

Ik concentreerde mij in het voorgaande op de vergelijking tussen de artikelen 7:613 en 6:248 lid 2 BW. Hoe verhoudt zich dan de maatstaf van artikel 7:613 tot die van artikel 7:611 BW? Een eerste belangrijke constatering is dat dit niet zonder (veel) meer een vergelijking is of kan zijn tussen het leerstuk van Taxi/Hofman¹⁵ en Stoof/Mammoet¹⁶ en het leerstuk van het bereik van artikel 7:613 BW. Hoe men ook precies aankijkt tegen de genoemde arresten, de casus is daar steeds dat een eenzijdig wijzigingsbeding ontbreekt. In Stoof/Mammoet gaf de Hoge Raad aan dat bij het hanteren van de door de Hoge Raad verwoorde maatstaf, uitgangspunt is dat geen sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding. Een andere reden voor een voorzichtige benadering van het spreken in termen van '611' versus '613' bij het nadenken over de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, houdt verband met het feit dat het leerstuk van Stoof/Mammoet typisch ziet op individuele situaties, terwijl het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW op zich uiteraard ook in en voor collectieve kwesties geldt. Het leerstuk van Stoof/Mammoet is een tak van de '611'-boom. Een werkgever dient zich

14 Vergelijk A.F. Bungener, Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief (diss. UvA Amsterdam), Monografieën Sociaal Recht, Deel 45, Deventer: Kluwer 2008, p. 248-249.

15 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 (Taxi/Hofman).

16 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 en NJ 2011, 185 m.nt. Heerma van Voss (Stoof/Mammoet Transport BV).

L.G. Verburg

welbeschouwd altijd te gedragen als goed werkgever, in individuele en in collectieve situaties, in het geval dat er sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding en in het geval dat zo'n beding ontbreekt. Hetzelfde geldt van de zijde van de werknemer: hij dient zich steeds als goed werknemer te gedragen. Het leerstuk van Stoof/Mammoet geeft invulling aan het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap voor een bepaalde situatie en valt allerm minst samen met het bereik van de achterliggende notie dat werkgever en werknemer zich redelijk moeten opstellen.

Het eenzijdig wijzigingsbeding kan voorkomen in een individuele arbeidsovereenkomst met slechts één werknemer (of het dan een '613'-beding is, is nog even de vraag), in (een arbeidsvoorwaarde betreffende) verscheidene arbeidsovereenkomsten of bijvoorbeeld, zoals speelt in het onderhavige arrest, in een regeling die geldt voor circa 1800 werknemers. Wat is nog individueel benaderbaar en wat niet meer, waar gaat men precies de Rubicon over? Het is goed denkbaar dat het beding slechts is opgenomen in een enkele arbeidsovereenkomst en het dispuut ook ziet op de werkgever en de bewuste werknemer, terwijl de feitelijke achtergrond betrekking heeft op een kwestie met een collectieve ondertoon. Het meest eenvoudige voorbeeld is dat de werkgever wil dat de werknemer – die dwars ligt, maar een eenzijdig wijzigingsbeding heeft getekend – ten aanzien van een wijziging in een bepaalde afspraak of regeling op dezelfde leest wordt geschoeid als de overige werknemers – die instemmen, maar geen eenzijdig wijzigingsbeding hebben getekend. Ook in een overigens individuele kwestie kan de ondernemingsraad een rol hebben of spelen indien de betreffende te wijzigen arbeidsvoorwaarde(n) een collectiviteit raakt (raken). De positie of opstelling van de ondernemingsraad maakt een individuele kwestie op zich wellicht niet tot een collectieve aangelegenheid, maar de zienswijze van de ondernemingsraad legt ontegenzeggelijk in beginsel een door de rechter nader te bepalen gewicht in de schaal. De scheidslijn tussen individuele situaties en collectieve kwesties valt niet scherp te trekken. Ik kom hierna nog op dit punt terug.

A-G Timmerman verwoordt in zijn conclusie voor het onderhavige arrest zijn standpunt dat de maatstaf van artikel 7:613 BW lichter is dan die van artikel 7:611 BW met de zinsnede dat bij toepassing van artikel 7:613 BW juist wat meer gewicht toekomt aan het gezichtspunt van de belangen van de onderneming waarvan de betrokken werknemers deel uitmaken. Terecht maakt hij in de betreffende passage geen onderscheid tussen de verhouding 7:611/613 en de verhouding 6:248 lid 2/613. Het zou wat vreemd zijn indien de kapstok van '611' in een situatie die de wetgever in artikel 6:248 lid 2 BW op het oog heeft, de eigen afkomst verloochent. Artikel 7:611 BW is immers (niet meer of minder dan) de vertaalslag van de artikelen 6:2 en 6:248 BW (zowel 'lid 1' als 'lid 2') voor het arbeidsrecht.¹⁷

Het ligt in de aard van de materie besloten dat een werkgever met een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst een betere uitgangspositie behoort te hebben dan de werkgever die dit beding niet met de werknemer wist af te spre-

17 HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman) en HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (Parallel Entry).

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

ken.¹⁸ Dit standpunt stemt overeen met en ligt in het verlengde van het hiervoor onder punt 2 besproken duale karakter van doel en strekking van artikel 7:613 BW (de wetsebepaling dient ook het belang van de werkgever), hoe men het toepassingsgebied van deze wetsebepaling ook markeert. Met dit laatste bedoel ik: of men de wetsebepaling ten aanzien van individuele kwesties nu rechtstreeks toepast of meer als inspiratiebron ervaart en neemt. In de praktijk gaan rechters steevast aan de start van de beoordeling van een dispuut over een door de werkgever gewenste wijziging van de arbeidsvoorwaarden na of een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. Deze exercitie is betrekkelijk zinloos indien het er voor het resultaat niet toe doet.

Hoe pakt men deze exercitie evenwel in de praktijk dan aan, op welke manier geeft de rechter en geven partijen zelf bij aanwezigheid van een eenzijdig wijzigingsbeding, en dan met name in een individuele context (het onderhavige arrest toont hoe men in collectieve situaties te werk kan gaan), inhoud aan de notie van een lichtere maatstaf? Zonder praktische handvatten behoudt de verlichting een lastig draagbaar karakter. Over dit aspect gaan de volgende paragrafen.

Het toepassingsgebied van artikel 7:613 BW: de individuele context

Heerma van Voss stelt in zijn instructieve noot bij Stoof/Mammoet (NJ 2011, 185, onder punt 10) dat men de in het Stoof/Mammoet-arrest neergelegde maatstaf aldus uit kan leggen dat de Hoge Raad bedoelt dat er in feite een onderhandelingsplicht bestaat voor de werknemer. Ik acht goed verdedigbaar dat de bedoeling van de Hoge Raad een stap verder gaat en dat de werknemer als goed werknemer onder omstandigheden daadwerkelijk gehouden kan zijn tot een acceptatie van het voorstel van de werkgever. Heerma van Voss onderkent dat ook waar hij stelt dat de werknemer serieus moet praten over redelijke voorstellen, maar mag afwijzen als zijn belang daarbij voldoende opweegt tegen het werkgeversbelang. Dat is omkeerbaar: als dat niet het geval is (en het oordeel daarover is niet aan de werknemer, maar uiteindelijk aan de rechter¹⁹), moet de werknemer aanvaarden. Gaat het slechts om een onderhandelingsplicht, dan glijdt het leerstuk van Stoof/Mammoet af naar een onderhandelingsspel: de werknemer die zomaar weigert een wijzigingsvoorstel te aanvaarden zonder er verder over na te willen denken, verliest het dispuut, terwijl de werknemer die tactisch handig maar uitsluitend voor de rechterlijke tribune plooibaarheid veinst, datzelfde dispuut wint. De advocatuur weet zo'n spel meestal meesterlijk en betrekkelijk onzichtbaar te soufleren. Die kant moet het niet uit.

De Hoge Raad overweegt in Stoof/Mammoet dat de werknemer bij het ontbreken van een '613'-beding in beginsel niet gehouden is voorstellen van de werkgever

18 Idem De Laat 2008, p. 65 en p. 113 en Bungener 2008, p. 247-252. Eerder reeds o.a. R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, *Arbeid Integraal* 2004/2, p. 32-33 en C.S. Kehrer-Bot & E.L.J. Bruyninckx, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechter gewenst, *ArbeidsRecht* 2005/4, p. 26.

19 Dit geldt niet slechts voor het standpunt van de werknemer. Ook het standpunt van de werkgever is niet zaligmakend. Voor deze materie geldt hetzelfde als voor een beoordeling van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang als bedoeld in artikel 7:613 BW: de rechter wikt, weegt de feiten en belangen over en weer en beslist.

L.G. Verburg

tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden en voegt eraan toe dat daarover overeenstemming tussen werkgever en werknemer moet worden bereikt, in verband waarmee de over en weer bestaande '611'-verplichtingen van belang zijn (r.o. 3.3.3). Dat staat niet haaks op het zojuist gestelde. Het 'in beginsel' maakt duidelijk dat in de visie van de Hoge Raad de deur voor wijzigingen openstaat, zij het dat de ruimte niet veel meer zal zijn dan een kier. Ik meen dat de aard van het voorstel van de werkgever hierbij relevant is en dat de kier in omvang toeneemt naarmate het voorstel minder ingrijpend is en naar in het slot vallen neigt waar het gaat om primaire loonbestanddelen.²⁰ De toevoeging van de Hoge Raad omtrent de over en weer bestaande '611'-verplichtingen geeft eveneens voedsel aan de gedachte dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een contracteerplicht ten aanzien van een redelijk wijzigingsvoorstel, waarbij uiteraard de mogelijkheid bestaat dat dit voorstel op basis van het overleg tussen partijen nog verandering ondergaat (de overeenstemming waar de Hoge Raad op doelt heeft ook daarop betrekking). Dat laat onverlet dat inderdaad de werknemer in ieder geval niet zomaar op zijn strepen kan blijven staan en verplicht is tot overleg met zijn werkgever. De bereidheid om als werkgever en werknemer bij gewijzigde omstandigheden met elkaar in overleg te treden is derhalve een belangrijk gegeven.

Hoe stelt u zich zulk overleg voor bij 1800 werknemers? Dat lukt niet. De Hoge Raad benadrukt in het geannoteerde arrest de gedachte dat de betrokkenheid van veel werknemers het voor de werkgever onmogelijk maakt overleg te plegen in de zin van en als bedoeld in het leerstuk van Stoof/Mammoet. Dat overleg kan wel bij een individuele kwestie, maar niet bij een groter collectief, althans niet op individuele basis.

Wat bedoelt dit te zeggen? Ik meen dat de positie van de werkgever en de positie van de werknemer(s) anders komen te liggen naarmate de groep werknemers groter wordt en minder interne cohesie bevat. Met dat laatste doel ik op het feit dat een werkgever makkelijker nog op enigerlei wijze individueel getint overleg kan plegen met een kleine club werknemers die op een afdeling min of meer hetzelfde soort werk doen (en ook min of meer op dezelfde manier worden beloond) dan wanneer het gaat om een groter aantal betrokken werknemers die weinig meer met elkaar gemeen hebben dan dat men allemaal in dienst is bij deze werkgever (het voorbeeld van de 1800 werknemers van VNU, die van rechtswege in dienst kwamen bij Wegener). De schaal van individueel naar collectief is een glijdende schaal.

20 Het *pacta sunt servanda* van Hof Amsterdam (zp[waar staat dit voor?] Arnhem) 28 september 2010, JAR 2010/270 (De Jong/ABN AMRO). De gedachte dat het lastiger wordt een wijziging door te mogen drukken naarmate de arbeidsvoorwaarde een essentiële karakter krijgt, is niet onlogisch. Het strookt met het onderzoek van Jellinghaus in 2003 dat in de ons omringende landen essentiële arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig mogen worden gewijzigd. Dit betreft dan de toepassing van een eenzijdig wijzigingsbeding, maar dat maakt het punt in dit opzicht niet anders. Zie S.F.H. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname (diss. Tilburg), Monografieën Sociaal Recht, Deel 30, Deventer: Kluwer 2003, p. 306.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

Deze overwegingen voeren mij tot de overweging dat een redelijke uitleg van de bedoeling van de Hoge Raad ten aanzien van het collectieve karakter van de regeling van artikel 7:613 BW 'veeleer' ziet op de gedachte dat een eenzijdig wijzigingsbeding in een individuele arbeidsovereenkomst niet op dezelfde manier 'werkt' als een eenzijdig wijzigingsbeding in een collectieve aangelegenheid. In een collectieve kwestie kan de werkgever realiter niet met de individuele werknemers in overleg treden, het collectieve karakter staat daaraan in de weg, dat wordt te veel een Poolse landdag (ik geef de Polen onder u gaarne toe dat ik deze uitdrukking slechts van horen zeggen heb). In het onderhavige arrest mocht Wegener zonder nader overleg met de individuele werknemers een beroep doen op het eenzijdig wijzigingsbeding. In een individuele kwestie behoort de werkgever, als goed werkgever, wel met de werknemer in overleg te treden over de door de werkgever gewenste toepassing aan het eenzijdig wijzigingsbeding. Ik reik derhalve de gedachte aan dat de Hoge Raad bedoelt dat een redelijke uitleg van het bepaalde in artikel 7:613 BW meebrengt dat in individuele gevallen de werkgever ondanks een '613'-beding in beginsel een overlegplicht heeft, met de werknemer moet overleggen over de gewijzigde omstandigheden voordat de werkgever de knoop ten aanzien van de gewenste c.q. noodzakelijk geachte wijziging van een arbeidsvoorwaarde doorhakt. Ik acht in ieder geval juist dat in individuele situaties, waarin overleg met de werknemer mogelijk is, de werkgever een werknemer niet zomaar mag overvallen met de niet voor overleg en onderhandeling vatbare toepassing van een eerder afgesproken eenzijdig wijzigingsbeding. Of deze opvatting rechtstreeks voortvloeit uit een redelijke wetstoepassing van artikel 7:613 BW of een gevolg is van een inkleuring van deze bepaling door de fatsoensnorm van '611', is zonder betekenis: dit zijn twee manieren om hetzelfde tot uitdrukking te brengen.

Zo bezien geldt artikel 7:613 BW ook voor eenzijdige wijzigingsbedingen in individuele situaties,²¹ vormt deze wetsbepaling althans een inspiratiebron voor redelijke oplossingen, maar niet op de manier zoals aan de orde is bij collectieve kwesties. Hoe dan wel? Is het mogelijk het leerstuk van Stoof/Mammoet en het concept van artikel 7:613 BW met behoud van de verschillen in de contractuele situaties zo veel mogelijk op elkaar af te stemmen?

Ik herneem de maatstaf van Stoof/Mammoet vragenderwijs in drie stappen: (1) heeft de werkgever als goed werkgever in de betreffende gewijzigde omstandigheden aanleiding kunnen vinden tot het doen van het voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, (2) is het voorstel redelijk, en (3) kan in redelijkheid van de werknemer worden gevergd te aanvaarden? In het kader van de stappen onder (1) en (2) moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden en de aard en ingrijpendheid van het voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer. Mijn stelling is dat de stappen (1) en (2) ook spelen in het geval dat in een indivi-

21 Bungener is dezelfde opvatting toegeedaan; Bungener 2008, p. 208-209. Zie tevens N. Gundt, Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit? (diss Maastricht), Monografieën Sociaal recht, Deel 49, Deventer: Kluwer 2009, p. 31 e.v.

L.G. Verburg

duale situatie een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, maar dat een eenzijdig wijzigingsbeding stap (3) opzijzet. Heeft de werkgever in de betreffende gewijzigde omstandigheden aanleiding kunnen vinden tot het doen van het voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden en is het voorstel redelijk, dan moet de werknemer (die eerder akkoord ging met een eenzijdig wijzigingsbeding) aanvaarden. De afweging van de belangen die artikel 7:613 BW bij toepassing van een eenzijdig wijzigingsbeding van de werkgever en de werknemer vraagt, ligt besloten in het correct doorlopen van de eerste twee stappen. Ook de positie van de betrokken werknemer moet men immers naast die van de werkgever (en de door hem gedreven onderneming) in die eerste twee stappen in de afweging betrekken.

Mijn oplossing doet recht aan de beschermingsgedachte van artikel 7:613 BW en aan de wens van de wetgever in deze wetsbepaling om ook de werkgever de hand te reiken. Mijn aanpak van de materie lost het probleem op van de verhouding tot het leerstuk van Stoof/Mammoet in de situatie dat wel sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding. Tevens verschaft de gesuggereerde aanpak, en dat is op zich mogelijk al 'winst', een voor en in de praktijk hanteerbaar stappenplan.

Het nut van een eenzijdig wijzigingsbeding in individuele situaties is in deze visie duidelijk: de werknemer heeft zijn verweer in de derde stap van Stoof/Mammoet prijsgegeven. De rechter hoeft, indien het debat in het geding daar al aanleiding toe zou hebben gegeven, niet te onderzoeken of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel (reeds in de weging van belangen als redelijk bestempeld in de stappen sub 1 en 2) in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer kan worden gevegd. Dat argument heeft de werknemer met het aangaan van het eenzijdig wijzigingsbeding weggecontracteerd. Mijn aanpak sluit, tot slot, aan bij de tekst van artikel 7:613 BW, dat geen onderscheid maakt tussen een individuele toepassing en een toepassing in collectieve(r) aangelegenheden.

De consequenties van een buiten toepassing laten van artikel 7:613 BW in een collectieve context

Een interessante vraag is of *Monsieurs c.s.* bij winst in cassatie ook het eindspel konden winnen. Valt over deze hypothetische vraag iets zinnigs te zeggen? Indien men niet op de maatstaf van '613' kan terugvallen, ligt in deze collectieve kwestie de maatstaf denkkelijk op een voor de eisers in cassatie lastiger niveau. Mijn hiervoor verdedigde opvatting over de samenhang met het op '611' terug te voeren leerstuk van Stoof/Mammoet ziet op het eenzijdig wijzigingsbeding in een individuele context, en de onderhavige kwestie heeft een duidelijk collectieve signatuur. De A-G geeft aan uit de gedingstukken niet anders te kunnen begrijpen dan dat de procespartijen in hoger beroep de toepassing van artikel 7:613 BW buiten hun rechtsstrijd hebben willen houden. Indien de Hoge Raad dit standpunt had gevolgd, valt met de bescherming van artikel 7:613 BW ook de in artikel 3:39 BW geregelde sanctie op niet-naleving van het vormvereiste in het buiten de rechtsstrijd gehouden wetsartikel weg. Men kan hier niet selectief shoppen. Zo bezien gaf de conclusie van de A-G (partijen hebben artikel 7:613 BW buiten de rechtsstrijd willen houden met conclusie tot vernietiging en verwijzing wegens het door

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

het hof buiten de rechtsstrijd treden) *Monsieurs c.s.* bij het verdere verloop van de procedure niet zomaar een goed of gunstig gesternte mee.

Na verwijzing is ook geen sprake van een nieuwe ronde met nieuwe kansen. De procedure na verwijzing is geen zelfstandige instantie, maar vormt de voortzetting van het hoger beroep dat voorafging aan het cassatiegeding (artikel 424 Rv).²² *Monsieurs c.s.* hadden na verwijzing slechts kunnen voortborduren op de gestelde strijd met de artikelen 7:611 en 6:248 lid 2 BW. Men valt dan in beginsel terug op het oordeel in het IBM-arrest uit 1988 dat een eenzijdig wijzigingsbeding geldig is, zij het dat niet is uitgesloten dat een werknemer zijn gebondenheid aan een bepaalde wijziging zal kunnen betwisten op de grond, kort gezegd, dat die gebondenheid in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid.²³ Dat betekent: Wegener behoeft geen zwaarwichtig belang aan te tonen en de bewijslast van de onredelijkheid berust bij *Monsieurs c.s.* Mede gelet op de wetsgeschiedenis betreffende artikel 7:613 BW (zie hiervoor onder punt 4) is evident dat de maatstaf van '613' bepaald wat gunstiger voor *Monsieurs c.s.* ligt. Dat was ook de intentie van de wetgever bij de introductie van artikel 7:613 BW. De eisers in cassatie verdienen zo gezien een pluim voor het feit dat men met het instellen van cassatie een forse storm durfde te trotseren, met het aanmerkelijke risico dat bij succes de wind orkaankracht zou bereiken.²⁴

Het vereiste van schriftelijkheid

Een gekend discussiepunt is de vraag of het vereiste van schriftelijkheid betekent dat een beding schriftelijk tussen werkgever en werknemer zelf moet worden aangegaan. De wet laat steevast in het midden hoe men recht doet aan het vereiste van schriftelijkheid. Artikel 7:613 BW spreekt over een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Artikel 7:650 lid 2 BW bepaalt dat de overeenkomst waarbij boete is bedongen, schriftelijk wordt aangegaan. Artikel 7:652 lid 2 BW stelt dat de proeftijd schriftelijk wordt overeengekomen. Het eerste lid van artikel 7:653 BW verwoordt dat het concurrentiebeding een beding is tussen werkgever en werknemer dat slechts geldig is indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een (meerderjarige) werknemer. Het tweede lid van artikel 7:691 BW geeft aan dat in de uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de (uitzend)werkgever aan de derde als

22 Zoals de heer Rutten terecht kreeg tegengeworpen in Hof 'Den Bosch 18 oktober 2011, JAR 2011/296 (Rutten/Breed na verwijzing), r.o. 4.2.

23 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM).

24 Ook Van Slooten wijst, in het kader van de vraag wat valt te beschouwen als een arbeidsvoorwaarde in de zin van dit wetsartikel, op het feit dat men bij een buiten het terrein van artikel 7:613 BW vertoeven juist de beperking die het wetsartikel oplegt buiten boord zet, waardoor het voor de werknemer in beginsel moeilijker wordt tegen de wijziging op te komen. Zie J.M. van Slooten, *Het wijzigingsbeding remixed*, in: *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging* (congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2009), Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2010, p. 59-69, op p. 64.

L.G. Verburg

bedoeld in artikel 7:690 BW op verzoek van die derde ten einde komt.²⁵ Met uitzondering van artikel 7:691 lid 2 BW geeft de wetgever nergens met zoveel woorden aan op welke wijze partijen aan het vereiste van schriftelijkheid recht moeten doen, en artikel 7:691 lid 2 BW sluit overigens niet uit dat het uitzendbeding op geldige wijze separaat van de onderliggende arbeidsovereenkomst wordt aangeaan.²⁶

Men kan over het vereiste van schriftelijkheid per bezwarend beding anders denken.²⁷ Degene die een consistente aanpak van de wetgever hoog in het vaandel heeft, ziet graag dat een wettelijke bepaling bij toepassing op verschillende casusposities steeds eenzelfde uitwerking krijgt. Indien de wetgever schriftelijkheid vereist, dan zou het wel zo eenvoudig zijn als vaststaat wat schriftelijkheid betekent en welke criteria gelden. Moeten beide partijen een document hebben ondertekend? Volstaat een schriftelijk stuk en voor zover nodig genoegzaam bewijs

- 25 Strikt genomen kan men een onderscheid maken tussen de constitutieve functie van schriftelijkheid (zonder schriftelijke verwoording geen geldig beding) en de notie van semidwingend recht (zonder schriftelijke afwijkende afspraak geldt de wettelijke regel). Zie A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, *Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture*, ArA 2011/1, p. 9-32, op p. 20. Denk bij semidwingend recht bijvoorbeeld aan artikel 7:628 lid 5 BW ten aanzien van de risicoverdeling van de loonbetaling bij een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Werkgever en werknemer kunnen bij schriftelijke overeenkomst (semidwingend) ten nadele van de werknemer afwijken (op grond van 'lid 5' slechts gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst); bij cao (driekwart dwingend) kunnen partijen ook na de eerste zes maanden ten nadele van de werknemer afwijken (op grond van 'lid 7'). Een ander voorbeeld van semidwingend recht is te vinden in de artikelen 7:637 tot en met 7:641 BW omtrent afspraken over vakantiedagen.
- 26 Ik laat in het midden hoe men dit moet duiden. Grapperhaus is van oordeel dat het uitzendbeding in de uitzendovereenkomst zelf moet zijn opgenomen. F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Monografieën Sociaal Recht, Deel 15, Deventer: Kluwer 1999, p. 46. Verhulp is de mening toegedaan dat dit niet het geval is: E. Verhulp, *Flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag: Sdu 1999, p. 282.
- 27 Ik refereer aan een bezwarend beding als de verbindende factor tussen de bedingen die in de wet aan de orde zijn. Wij kennen ook het incorporatiebeding, dat statisch of dynamisch geredigeerd de betrokken cao-bepalingen in de arbeidsovereenkomst laat neerdalen. Het incorporatiebeding is, hoe belangrijk ook voor de praktijk, niet in de wet geregeld en betreft uit de aard der zaak niet een beding dat men in de cao vastlegt. Nu het incorporatiebeding geen wettelijke basis heeft, geldt evenmin het vereiste van schriftelijkheid. Een mondeling incorporatiebeding is (niet verstandig, maar wel) geldig. Ik beschouw het incorporatiebeding derhalve niet als een door artikel 7:613 BW bestreken beding. In soortgelijke zin S.Jellinghaus 2003, p. 203 en R.A.A. Duk, *Het incorporatiebeding en artikel 7:613 BW*, SMA 2006, p. 312-314, in discussie met R.M. Beltzer, *Waarom het incorporatiebeding onder artikel 6:613 BW valt*, SMA 2006, p. 308-311. Zie verder over het incorporatiebeding A.F. Bungener, *Het incorporatiebeding*, in: *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging* (congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2009), Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2010, p. 27-45.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

(slechts aan de orde bij een betwisting van de gestelde overeenkomst) dat partijen op die basis met elkaar in zee gingen?²⁸

Wat is schriftelijk in een tijd waarin vrijwel alle communicatie over en weer elektronisch verloopt?²⁹ Het lijkt me dat hier sprake is van een onderwerp dat nader onderzoek verdient.³⁰ Mijn voorschot op dat terrein richt zich op de gedachte dat ondertekening niet, althans niet altijd, noodzakelijk is (zoals dat evenmin had plaatsgevonden in het hier besproken arrest) en dat de oplossing is te vinden door vast te houden aan de notie van rechtszekerheid en kenbaarheid. Deze aanpak strookt met artikel 6:227a BW. Deze bepaling stelt dat indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaanastbaar tot stand komt, aan deze eis tevens is voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand is gekomen en (1) raadpleegbaar door partijen is, (2) de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is, (3) het moment van totstandkoming met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, en (4) de identiteit van de partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Mijn aanpak kan bovendien mee-ademen met de ontwikkelingen op het gebied van communicatie en nieuwe media. Indien de politiek dit anders ziet,

- 28 In HR 9 december 2011, JAR 2012/16 en NJ 2012, 5 (TomTom) verloor de vennootschap haar standpunt dat een geldig proeftijdbeding was overeengekomen niet op de grond dat niet was voldaan aan het vereiste van schriftelijkheid, maar op de grond dat het proeftijdbeding stond in een stuk waarover geen overeenstemming werd bereikt, terwijl het beding niet voorkwam in een stuk (een bijlage bij een e-mail) op basis waarvan in de visie van het hof (welk standpunt in cassatie overleed bleef) wel overeenstemming was bereikt. Hof Leeuwarden 13 december 2011, JAR 2012/35 m.nt. Konijn legt de lat bij een proeftijdbeding bij (1) een eenzijdige schriftelijke bevestiging, indien de mondelinge afspraak tussen partijen vaststaat, of (2) een door de werknemer geplaatste handtekening onder een document dat verwijst naar een regeling met de toepasselijkheid waarvan de werknemer instemt en waarin een proeftijdbeding ('vast', dat wil zeggen: niet facultatief) is opgenomen. De betreffende regeling behoeft derhalve niet te zijn bijgevoegd.
- 29 In Rb. Amsterdam 12 december 2011, LJN BU7540 (Cruijff c.s./Ajax c.s.) overweegt de voorzieningenrechter: 'In het huidige tijdperk van elektronische communicatiemiddelen dient een brief per e-mailbericht eveneens tot de mogelijkheden van verzending van een oproepingsbrief te worden gerekend. Bovendien valt uit de overgelegde producties van zowel eisers als gedaagden, waaronder e-mailberichten tussen partijen, af te leiden dat onderlinge communicatie per e-mail ook bij hen tot de mogelijkheden behoort en gebruikelijk is. Op die grond kan dan ook niet worden geconcludeerd dat een gebrek aan de oproeping kleeft, (...)' Vergelijk ook de conclusie van A-G Verkade voor HR 28 maart 2008, NJ 2008, 503 m.nt. Verhulp (Philips/Oostendorp), onder punt 5.7. Een e-mail met elektronische bijlage volstaat zijns inziens in deze tijd. Hij werpt voorts de gedachte op dat verwijzing met een *hyperlink* of *deeplink* geen groot verschil te zien geeft en is bereid ook met die wijze van afspreken genoeg te nemen, indien althans de werkgever in de begeleidende brief met zoveel woorden verwijst naar het in de bedoelde arbeidsvoorwaarden opgenomen concurrentiebeding. In het betreffende arrest neemt de Hoge Raad op dit laatste punt een ruimhartiger standpunt in, evenwel zonder in te gaan op de elektronische varianten. Zie voor een zes jaar na de feitelijke gang van zaken nog verrassend eigentijds voorbeeld van het gebruik van de e-mail het in de vorige noot genoemde arrest van de Hoge Raad inzake de CFO van TomTom. Zie Rb. Dordrecht 8 september 2011, LJN BS1170 voor een rechtsgeldig geacht proeftijdbeding in een via e-mailverkeer tot stand gekomen arbeidsovereenkomst.
- 30 In soortgelijke zin, maar dan als onderwerp dat de rechter in de toekomst nog zal moeten beslissen, De Laat 2011, op p. 4. Ook A.R. Houweling besteedt aandacht aan het onderwerp van de digitalisering in zijn bijdrage over het vereiste van schriftelijkheid in een in de eerste helft van 2012 verschijnende bundel over bedingen in de arbeidsovereenkomst.

L.G. Verburg

kan men de wet wijzigen en daarin met meer oog voor detail (en liefst met een voortuitziende blik ten aanzien van te verwachten ontwikkelingen op communicatievlak) regelen wat wij bij het vereiste van schriftelijkheid moeten verstaan onder 'schriftelijk'.

In de literatuur neemt men (vrij) algemeen aan dat met uitzondering van het concurrentiebeding regeling van de bijzondere in de wet neergelegde bedingen bij cao of in een personeelshandboek voldoet aan het vereiste van schriftelijkheid.³¹ Ten aanzien van het proeftijdbeding geeft de wetsgeschiedenis duidelijkheid.³² Meer specifiek ten aanzien van het eenzijdig wijzigingsbeding constateerde Gundt in haar dissertatie van 2009 terecht dat de jurisprudentie en literatuur in (overgrote) meerderheid al uitgingen van de gedachte dat een '613'-beding rechtsgeldig viel af te spreken bij cao of collectieve bij de onderneming geldende regeling.³³ Het hier besproken arrest bevestigt dat deze zienswijze met betrekking tot het '613'-beding inderdaad stand houdt.

De vreemde eend in deze bijt is de regeling van het vereiste van schriftelijkheid bij het concurrentiebeding. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7:10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek stelden de verantwoordelijke ministers dat de redactie van artikel 7:653 BW enigszins was gewijzigd om tot uitdrukking te brengen dat het concurrentiebeding schriftelijk overeengekomen moet worden tussen werkgever en werknemer en niet geldig is als het in een collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen, maar geen deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst.³⁴

Het vereiste van schriftelijkheid dient het doel van de rechtszekerheid. De werknemer behoeft zekerheid omtrent de bevoegdheid van de werkgever. Het gaat tevens om kenbaarheid. De Hoge Raad refereert in het hier besproken arrest naast elkaar aan de rechtszekerheid (weten wat mag en niet mag) en kenbaarheid (kunnen weten wat mag en niet mag).³⁵ De Hoge Raad verwijst niet naar de waar-

- 31 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 193, p. 197, p. 205, ten aanzien van het wijzigingsbeding p. 312. Zie voorts I.P. Asscher-Vonk, *Bijzondere bedingen*, ArA 2004/3, p. 4-38, voor wat betreft het wijzigingsbeding op p. 23-25, en W.A. Zondag, *Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak*, ArA 2006/3, p. 4-54, op p. 19. Zie ook Asser/Heerma van Voss (2008) 7-V*, nrs. 65-66.
- 32 Voor de proeftijd geldt het vereiste van schriftelijkheid sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999. Op een vraag van Kuip of schriftelijk ook bij cao betekende, antwoordde de minister bij de parlementaire behandeling van het betreffende wetsvoorstel dat dit inderdaad het geval was; Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 16. Zie over het proeftijdbeding voorts A.R. Houweling, *De proeftijdregeling in tijden van beproeving*, in: *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging (congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2009)*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2010, p. 9-25.
- 33 Gundt 2009, p. 28 e.v. Zie tevens de literatuurverwijzing in de noot van Van der Voet bij het hier besproken arrest in JIN 2011/320.
- 34 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 35.
- 35 Hof Leeuwarden 13 december 2011, JAR 2012/35 m.nt. Konijn, verwijst in een kwestie rond een proeftijdbeding ten aanzien van het doel naar duidelijkheid omtrent het beding (ziet op de rechtszekerheid) en het te beschermen werknemersbelang dat de werknemer niet onvoorbereid wordt geconfronteerd met een onverwacht plotseling verlies van zijn arbeidsplaats (heeft betrekking op de kenbaarheid).

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

borgfunctie als doel van het vereiste van schriftelijkheid. De waarborgfunctie speelt bij het vereiste van schriftelijkheid wel een rol (waarover hierna meer), maar komt bij het eenzijdig wijzigingsbeding inderdaad niet werkelijk uit de verf.

Wat maakt het concurrentiebeding zo anders? Het concurrentiebeding beperkt de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst vrijelijk te kiezen voor een nieuwe werkomgeving. Het beding vormt dus een inbreuk op de grondwettelijk vastgelegde vrije keuze van arbeid (artikel 19 lid 3 Grondwet). Dit grondwettelijke aspect speelt een rol bij vragen over proportionaliteit, matiging of vernietiging, maar verschaft op zich geen solide onderbouwing van een aanscherping van de voor de schriftelijkheid te kiezen vorm. Ik meen dat die aanscherping (het beding valt niet af te spreken bij cao of in een collectieve regeling) een gevolg is van het feit dat juist bij het concurrentiebeding de waarborgfunctie als doel van het vereiste van schriftelijkheid een belangrijke rol vervult. Het vereiste van schriftelijkheid is mede daarin gelegen dat het een bijzondere waarborg verschaft dat de werknemer de consequenties van het (bezwarende) beding goed heeft overwogen. Het vereiste van schriftelijkheid beoogt te bereiken dat de werknemer de mogelijkheid heeft gehad voor het overwegen van zijn standpunt. De wetsgeschiedenis heeft de waarborgfunctie van het vereiste van schriftelijkheid ten aanzien van het concurrentiebeding expliciet aan de orde gesteld en een einde willen maken aan de praktijk van concurrentiebeperkende bedingen in cao's. De Hoge Raad heeft deze waarborgfunctie met aandacht verwoord in de AVM-arresten van 5 januari 2007 en het arrest Philips/Oostendorp.³⁶

Zonder schriftelijke verwoording kan de werknemer niet weten welke concurrentiële beperkingen gelden. Dit speelt overigens zonder schriftelijke tekst vrijwel altijd ook aan de zijde van de werkgever. Zonder dat men kan lezen en nalezen zijn de consequenties van het aangaan van het concurrentiebeding niet overzienbaar. Er zijn 1001 mogelijke varianten op het thema van de concurrentiebeperking na einde dienstverband. Hierin verschilt het concurrentiebeding nadrukkelijk met andere bezwarende bedingen als het '613'-beding of het proeftijdbeding

36 HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 (AVM/Osinga) en HR 5 januari 2007, JAR 2007/38 (AVM/Spaan). Deze arresten zijn geannoteerd door C.J. Loonstra in Hadden Osinga en Spaan maar eerder geleefd: over 'zwaarder drukken' en de werking van het concurrentiebeding, ArA 2007/3, p. 85-105. HR 28 maart 2008, JAR 2008/113, NJ 2008, 503 m.nt. Verhulp en JIN 2008/288 m.nt. A.R. Houweling (Philips/Oostendorp). Zie over het vereiste van schriftelijkheid in de tijd van vóór deze arresten F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie* (diss. UvA Amsterdam), Monografieën Sociaal Recht, Deel 4, Deventer: Kluwer 1995, p. 211 en A.R. Houweling, *Het schriftelijkheidsvereiste bij het concurrentiebeding ex artikel 7:653 BW anno 2006*, ArA 2006/2, p. 63-79. Zie over hetzelfde onderwerp van na de arresten in (bepaald) kritische zin F.W.G. Ambagtsheer, *Het schriftelijkheidsvereiste op z'n retour*, *ArbeidsRecht* 2008/8-9, p. 38 en F.B.J. Grapperhaus, *De zwarte doos van het arbeidsrecht*. Over het belang van de schriftelijkheid van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, in: *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging* (congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2009), Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2010, p. 47-58. Op p. 53 noemt Grapperhaus niet zonder goede grond de waarborgfunctie als de eerste van de drie functies die hij aan het vereiste van schriftelijkheid toekent (de tweede functie ziet op de rechtszekerheid en de derde functie op de tekst als uitgangspunt bij uitleg en belangenafweging). Zie voorts A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 45 e.v.

L.G. Verburg

en, zij het in mindere mate, met het boetebeding (ook de hoogte van de boete en de bestemming zijn zonder schriftelijke tekst onbekende grootheden). Bij het '613'-beding zit de variatie niet in de tekst van het beding zelf, maar in de arbeidsvoorwaarde(n) waarop het beding betrekking heeft. Het proeftijdbeding geeft zelfs in de aanduiding al precies de inhoud van het beding weer en de gemiddelde werknemer weet vrij aardig wat de kenmerken zijn. Stelt de jurist dat een '613'-beding of een proeftijdbeding is overeengekomen, dan weet de goede verstaander wat speelt en vormt het nalezen van de tekst van het beding een terechte controle, maar verwacht men een passage aan te treffen die verwoordt dat de werkgever gerechtigd is eenzijdig een wijziging aan te brengen of dat bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd de eerste twee maanden gelden als proeftijd. Dit speelt in soortgelijke zin bij het uitzendbeding. Zo ligt dat niet bij een concurrentiebeding. Hier is het lezen van de tekst van het beding noodzakelijk om te begrijpen welke afspraak wordt nagestreefd. Een concurrentiebeding dat gedurende een jaar na het einde van het dienstverband indiensttreding verbiedt bij de toeleveranciers van de werkgever (kan voor de werkgever van enorm belang zijn in het geval dat het er maar een paar zijn, zeker als de werknemer aan de inkoopkant werkzaam was), ziet er anders uit en heeft een ander bereik dan het concurrentiebeding dat voor eenzelfde periode verbiedt dat de werknemer in dienst treedt bij concurrenten (soortgelijke bedrijven als de werkgever in de kolom/keten tussen producent en consument) of 'slechts' verbiedt dat de werknemer in zee gaat met de afnemers met wie de werknemer in het laatste jaar van het dienstverband voor zijn werkgever zakelijke contacten heeft onderhouden (het relatiebeding waarvan de aard en de omvang van de beperking samenhang vertonen met de mate waarin de werknemer met afnemers zakelijke contacten onderhield). Bij het concurrentiebeding speelt de waarborgfunctie van het zich vergewissen een veel pregnanter rol dan bij andere bedingen. Bij de andere bedingen heeft het vereiste van schriftelijkheid vooral de rechtszekerheid en kenbaarheid tot achtergrond.

Wijkt de Hoge Raad in het hier besproken arrest af van wat bij het '613'-beding de wetsgeschiedenis aangeeft? De schriftelijkheidseis is vanuit de Tweede Kamer aangereikt. Het betreffende amendement van de leden Middel en Schimmel van 10 april 1997 luidde dat het moest gaan om een schriftelijk beding met als toelichting: 'In het wetsvoorstel wordt bepaald dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een wijzigingsbeding, indien hij bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft. De bepaling stelt geen formele eisen aan het wijzigingsbeding. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid dient aan het beding zelf de formele eis te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen.'³⁷ De verwijzing naar 'in de arbeidsovereenkomst zelf' is niet zo duidelijk als het lijkt. In de eerste plaats geldt dat het amendement niet expliciet aanstuurde op een corresponderende wettelijke regeling. De toelichting bevatte evenmin een nadere toelichting op de betekenis van 'in de arbeidsovereenkomst zelf'. In het wetgevingsproces rond de introductie van het '613'-beding werd al eerder gerefereerd aan 'in de arbeidsovereenkomst' en ook in die gevallen ontbrak een uitleg. Daarbij is van belang dat zonder nadere toelichting helemaal

37 Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 15.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

niet zo duidelijk is of het de bedoeling is een beperking aan te brengen op wat men nog wel en wat niet meer wil laten vallen onder de definitie van het gehanteerde begrip 'arbeidsovereenkomst'. De arbeidsvoorwaardelijke afspraken in een cao die via een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst zijn geïncorporeerd, maken ongetwijfeld deel uit van de arbeidsovereenkomst.³⁸ Het maakt niet uit of deze afspraken ook nog expliciet zijn opgenomen in het document dat de arbeidsovereenkomst belichaamt. Het incorporatiebeding voorkomt juist dat het contract tussen werkgever en werknemer een kloek en daarom praktisch gesproken onleesbaar boekwerk wordt. Ik voeg eraan toe dat men zich in de praktijk ter voorkoming van onnodige fouten en vergissingen juist graag beperkt tot het verwijzen naar bestaande regelingen. Niet om de kenbaarheid te belasten, maar om de beheersbaarheid van de documentatie te bewaken en te voorkomen dat degenen die met het dagelijkse personeelswerk bezig zijn zelf verstrikt raken in het ontwerpen of overnemen van allerlei ingewikkelde afspraken/regelingen. Van Slooten heeft al eerder aandacht gevraagd voor het feit dat 'de arbeidsovereenkomst' vaak verspreid is over verschillende documenten.³⁹ Welk document het zwaartepunt van de relatie vormt, is niet altijd duidelijk en kan ook na verloop van tijd mede als gevolg van verwijzingen naar of juist incorporatie van eerdere stukken veranderen. Op de allerhoogste functieniveaus is het niet ongebruikelijk om van tijd tot tijd al hetgeen verspreid over diverse documenten is overeengekomen weer zo veel mogelijk in één document vast te leggen. Op de functieniveaus daaronder gebeurt dit niet of veel minder.

Daar komt nog bij dat artikel 7:613 BW wel refereert aan 'in de arbeidsovereenkomst', maar dat doet in het kader van de verwijzing naar de arbeidsvoorwaarde waaraan het '613'-beding kleeft. Het gaat om een 'in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde'. Juist in het geannoteerde arrest speelt het voorbeeld van een arbeidsvoorwaarde die 'in de arbeidsovereenkomst' voorkomt zonder dat de arbeidsvoorwaarde ook daadwerkelijk in het document staat dat de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer vastlegt. Het zou vreemd zijn ten aanzien van een arbeidsvoorwaarde die in de arbeidsovereenkomst voorkomt (en wel krachtens een incorporatiebeding) een '613'-beding buiten toepassing te laten op de enkele grond dat het beding in de arbeidsovereenkomst zelf moet staan. Wie daar voorstander van is, meet met twee maten.

In haar annotatie bij het hier besproken arrest in JIN 2011/320 verdedigt Van der Voet de stelling dat een algemeen geformuleerd eenzijdig wijzigingsbeding (de werkgever is ten aanzien van alle arbeidsvoorwaarden gerechtigd tot een eenzijdige wijziging) wel met de werknemer individueel moet zijn afgesproken. Indien ik haar zo mag begrijpen dat een eenzijdig wijzigingsbeding geen ruimer bereik kan hebben dan de regeling waarin het beding is opgenomen, ben ik dit met haar eens. Staat een algemeen geformuleerd eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeids-

38 Hof Arnhem 3 maart 2009, JIN 2009/394 m.nt. Zondag wijst op het feit dat juist in verband met de regeling van artikel 7:613 BW per 3 maart 1998 de wetgever in een overgangsbepaling zorgde voor een (wettelijke) incorporatie in de arbeidsovereenkomst van arbeidsreglementen in de zin van de oude artikelen 7:613, 613a, 613b en 613c. Zie artikel VIII van de Wet van 14 februari 1998 (Stb. 1998, 107).

39 Van Slooten 2010, p. 59-69, op p. 64.

L.G. Verburg

overeenkomst zelf (in de zin van het document dat kennelijk alle afspraken omvat), dan heeft het beding betrekking op alle arbeidsvoorwaarden. Staat het algemeen geformuleerd '613'-beding in een bepaalde arbeidsvoorwaardenregeling, dan geldt het beding voor de arbeidsvoorwaarden in die regeling, maar niet ten aanzien van andere arbeidsvoorwaarden. Het '613'-beding volgt de voorwaarden waaraan het beding blijkens tekst, context en bedoeling, te bepalen op basis van de geijkte uitlegmethoden, is gekoppeld. Deze zienswijze strookt met de rechtszekerheid en kenbaarheid en, naar mijn overtuiging, met de praktijk.

Bij het '613'-beding schuilt de waarborg in de beperkingen die de wetgever in artikel 7:613 BW overigens aanbrengt in de zin dat de werkgever een zwaarwegend belang op tafel moet kunnen leggen dat bovendien zwaarder weegt dan het belang van de werknemer bij behoud van het bestaande. Het vereiste van schriftelijkheid heeft vooral de rechtszekerheid over de bevoegdheden van de werkgever tot achtergrond. Dat is inherent aan het feit dat bij het aangaan van het beding onduidelijk is wanneer en waarom de werkgever later ooit een beroep op het '613'-beding zal doen. In zoverre biedt het vereiste van schriftelijkheid geen soelaas. De aard van de materie brengt mee dat de werkgever zich juist de mogelijkheid voorbehoudt eenzijdig wijzigingen door te voeren in een toekomstige feitelijke constellatie waarvan de contouren op het moment van het aangaan van het beding de grote onbekenden vormen. Anders gezegd: de werknemer kan ten tijde van het aangaan van het beding, evenals de werkgever zelf, de consequenties niet goed overwegen, omdat het beding niet aangeeft hoe het er bij wijziging zal uitzien, maar slechts regelt dat van een eenzijdige wijziging sprake kan zijn. Het hier besproken arrest geeft ook op dit punt een mooi praktijkvoorbeeld.

Er zijn meer verschillen ten aanzien van de diverse bedingen. Het proeftijdbeding treedt direct bij de start van het dienstverband en derhalve in beginsel kort na het aangaan van de arbeidsovereenkomst in werking en heeft een relatief korte looptijd; het concurrentiebeding treedt eerst na verloop van tijd in werking en soms zelfs pas vele jaren later. Het '613'-beding zal wellicht nooit van stal worden gehaald omdat daarvoor nooit aanleiding zal zijn of omdat een beroep niet nodig is vanwege de omstandigheid dat partijen er samen met wederzijds goedvinden uitkomen. Per beding bestaan er nog andere beperkingen en de verschillen daarin geven het vereiste van schriftelijkheid mogelijk een andere rol en dynamiek. Terecht constateert A-G Timmerman in zijn conclusie (onder punt 4.7) dat aan het vereiste van schriftelijkheid niet telkens eenzelfde uitleg wordt gegeven; er is sprake van afhankelijkheid van de aard van het beding. Dat gezegd hebbende lijkt de Hoge Raad er thans vooralsnog in te zijn geslaagd alleen het concurrentiebeding een status aparte te laten behouden. Dat doet echter geen afbreuk aan de constatering van de A-G.

De consequenties van het hypothetische geval van een succesvol beroep op het niet voldoen aan het vereiste van schriftelijkheid in de hier besproken casus

Een andere kwestie is de vraag wat de consequentie zou zijn geweest van een succesvol cassatieberoep ten aanzien van het punt van het vereiste van schriftelijkheid. Zouden *Monsieurs c.s.* na verwijzing hebben kunnen terugvallen op de sanctie van artikel 3:39 BW ten aanzien van het niet naleven van een vormvereiste? Ik

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

meen dat succes allerminst gegeven is. De hoofdregel is nietigheid, maar uit de wet kan expliciet of impliciet anders voortvloeien. Tekst en strekking van het vormvoorschrift zijn beslissend. Juist met betrekking tot het vereiste van schriftelijkheid heeft de Hoge Raad in de AVM-arresten (omtrent een concurrentiebeding) verwoord dat het uitgangspunt dat aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag ligt, dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan, meebrengt dat men moet aannemen dat een bezwarend beding niet onder alle omstandigheden zijn geldigheid volledig verliest, maar ('slechts') voor zover de omstandigheden dit nodig maken met het oog op de bescherming die het wetsartikel (in casu artikel 7:613 BW en in de AVM-arresten artikel 7:653 lid 1 BW) de werknemer biedt tegen het niet weloverwogen aangaan van een beding en anderzijds het te beschermen belang van de werkgever bij het beding.⁴⁰ Ik acht zeer wel verdedigbaar dat deze voor de rechtspraktijk belangwekkende zienswijze in de onderhavige kwestie (het wijzigingsbeding is op papier gezet, juist in het stuk dat de betrokken regeling vastlegt) tot de conclusie voert dat de sanctie van artikel 3:39 BW niet zover reikt dat zij een beroep op het wijzigingsbeding in artikel 11 van de winstdelingsregeling in de gegeven situatie barricadeert.

De positie van de ondernemingsraad

Wegener nam in hoger beroep het standpunt in dat een akkoord van de ondernemingsraad op grond van artikel 27 lid 1 WOR (in casu lid 1 onder a: de winstdelingsregeling wordt expliciet genoemd) tot gevolg heeft dat de onder de regeling vallende werknemers zijn gebonden. Dat is niet het geval. De visie van de ondernemingsraad kan van belang zijn bij de bindingsvraag in de zin dat het aspect een factor is bij de weging van alle omstandigheden van het geval, maar de ondernemingsraad heeft geen vertegenwoordigingsbevoegdheid. Werknemers zijn geen lid van de ondernemingsraad (tenzij natuurlijk als zodanig verkozen) zoals men wel lid kan zijn van een vakbond. De ondernemingsraad is geen vakbond en ook niet als zodanig in het leven geroepen. Het instrumentarium van de Wet cao is niet van toepassing.⁴¹ Het akkoord van een ondernemingsraad werkt niet door in de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer (zie hiervoor aan het slot van punt 2). Het hof ging aan dit standpunt van Wegener voorbij en het onderwerp was in cassatie niet aan de orde.

40 HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 (AVM/Osinga) en HR 5 januari 2007, JAR 2007/38 (AVM/Spaan).

41 Ik laat het onderwerp van het effect van de cao-afpraak dat op ondernemingsniveau binnen de de cao uitgezette lijnen met de ondernemingsraad nadere detailafspraken kunnen worden gemaakt (de cao als raamcao, het terrein van de decentralisatie van de regeling van arbeidsvoorwaarden in de cao) buiten beschouwing. Zie daarover recentelijk C.W.G. Rayer & M. van Leeuwen-Scheltema, De CAO en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad, in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), De toekomst van het cao-recht, Reeks vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 39, Deventer: Kluwer 2011, p. 19-40. Een voorbeeld van de binding van werkgever en werknemers aan een afspraak tussen ondernemer en ondernemingsraad via een delegatiebepaling in de cao is te vinden in Ktr. Amsterdam 14 november 2011, JAR 2011/302 (Telegraaf Media Groep).

L.G. Verburg

Iets anders is dat aan de visie van de COR belang wordt gehecht in het kader van een '613'-beding.⁴² Een instemmend geluid van de ondernemingsraad biedt steun aan het standpunt van de werkgever.⁴³ Dat gebeurt ook in het onderhavige arrest, waar het hof aan het slot van r.o. 4.3.7 de opvatting van de COR van Wegener over de aanwezigheid van een situatie die zodanig is verslechterd dat drastische maatregelen noodzakelijk zijn, als steun ervaart voor het oordeel dat die situatie inderdaad speelt. De Hoge Raad voert de betrokkenheid van de ondernemingsraad ten tonele in het kader van de korte beschouwing omtrent de gedachte dat artikel 7:613 BW op het punt van het vereiste van schriftelijkheid geen extra waarborgen vereist, nu de bescherming voldoende is verdisconteerd in de maatstaf die deze bepaling geeft (de vormgeving van de belangenafweging). In mijn visie gaat het hier niet om een dragende overweging voor het oordeel dat geen extra waarborgen zijn vereist met betrekking tot het vereiste van schriftelijkheid (deze laatste toevoeging is noodzakelijk nu in het kader van de weging van het zwaarwegend belang van de werkgever de opstelling van de COR wel relevant is). Dat blijkt uit het 'bovendien' in de betreffende passage uit het arrest. Ik meen derhalve dat het oordeel van de Hoge Raad over de geldigheid van een '613'-beding in een collectieve regeling niet anders luidt, indien het '613'-beding niet voorziet in een verplicht groen licht van de zijde van de ondernemingsraad. Ik heb daarbij mede het oog op een kwestie die buiten het bereik van het instemmingsrecht van artikel 27 lid 1 WOR valt, maar het punt kan ook spelen in de situatie dat bij de onderneming geen ondernemingsraad is ingesteld. Het is overigens mooi dat wij weer eens in een arrest van de Hoge Raad mogen lezen dat de opvat-

42 De gang van zaken rond de introductie van artikel 7:613 BW is al vaak beschreven, o.a. in D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Monografieën Sociaal recht, Deel 44, Deventer: Kluwer 2007, p. 109 e.v en door Zondag in zijn noot (onder punt 7) bij Hof Arnhem 3 maart 2009, JIN 2009/394. Zie ook Kamerstukken I 1997/98, 24 615, nr. 81a, p. 9. De betrokken bewindslieden geven in dit Kamerstuk aan dat de instemming van of overeenstemming met de ondernemingsraad geen directe doorwerking heeft in de individuele arbeidsovereenkomst, maar: 'In het oorspronkelijk wetsvoorstel zoals dat was ingediend bij de Tweede Kamer, was het vermoeden opgenomen dat de werkgever een dergelijk zwaarwichtig belang heeft wanneer de regeling is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad. Naar aanleiding van de behandeling in de Tweede Kamer is dat wettelijk vermoeden geschrapt. Dit neemt niet weg dat bij het antwoord op de vraag of het belang van de werkgever voldoende zwaarwichtig is, een rol kan spelen of er overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad over de wijziging in de arbeidsvoorwaardenregeling die de werkgever nastreeft.' Vergelijk nog Gundt 2009, p. 57-59.

43 Maar niet altijd. Vergelijk Ktr. Amsterdam 26 april 2011, JAR 2011/116. De kantonrechter achtte een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden in het kader van een fusie mogelijk, wanneer het er om gaat voorwaarden voor de berekening van bonussen en provisies gelijk te stellen voor het hele verkooppersoneel. Er was evident sprake van een zwaarwichtig belang als bedoeld in artikel 7:613 BW. Dit oordeel beperkte zich evenwel tot het aspect van het berekenen van het loon van de werknemer. Het ging de rechter te ver te oordelen dat een hoger dan gewenst ziekteverzuim een zwaarwichtig belang gaf om de doorbetalingsregeling in geval van verzuim wegens ziekte aan te passen, ook wanneer sprake is van overeenstemming met de ondernemingsraad.

Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid

ting van de ondernemingsraad er daadwerkelijk toe doet. Meestal treft men dit soort overwegingen bij de opstelling van de vakbonden.⁴⁴

De toepassing van een '613'-beding met terugwerkende kracht?

Het hof ontnemt aan het besluit van Wegener de terugwerkende kracht. Ik ben het met die gedachte eens. Ik breng in herinnering dat de Utrechtse kantonrechter in juli 2010 in de zaak ASR/Senten een '613'-beding een bruikbaar middel vond om met terugwerkende kracht de spelregels van een bonusregeling te veranderen.⁴⁵ ASR had door de crisis grote verliezen geleden. De ondernemingsraad en andere gerechtigden toonden begrip voor het besluit om op deze grond en met toepassing van het '613'-beding een over het betreffende bonusjaar verdiende bonus achteraf toch niet uit te betalen (waarbij net als in het hier besproken arrest de bonusregeling niet zelf al aangaf dat de bonus in een verliesgevende situatie niet tot uitbetaling kwam). Ik heb eerder verdedigd dat deze toepassing van het '613'-beding in beginsel geen pas geeft en dat de juiste norm voor een met terugwerkende kracht aan de knoppen draaien is te vinden in (de ijle hoogte van) de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW. In artikel 7:613 BW staat niet expliciet dat terugwerkende kracht niet mogelijk is. Ik pareer met de gedachte dat een niet met terugwerkende kracht ingrijpen een vanzelfsprekendheid is c.q. behoort te zijn in een wettelijke bepaling die zo nadrukkelijk de redelijkheid en billijkheid in het vizier heeft.⁴⁶ Anders gezegd: bij toepassing van een 613-beding met terugwerkende kracht (achteraf zeggen: u hebt conform de afgesproken spelregels recht op een bonus of een winstdeling, maar ik betaal u toch niet uit) krijgt dit beding qua meetlat voor een succesvol inroepen de kleur van artikel 6:248 lid 2 BW.⁴⁷

4 Tot slot

Dit is een belangrijk arrest. De Hoge Raad markeert het collectieve karakter van het '613'-beding en laat ruimte voor een (klankbord)functie van deze wetsbepaling in individuele situaties. Ik heb gepoogd een brug te slaan naar het leerstuk van Stoof/Mammoet en meen dat het nuttig effect van mijn brug in ieder geval is te vinden in het stappenplan dat men bij toepassing van een '613'-beding in individuele situaties kan hanteren. Ten aanzien van het vereiste van schriftelijkheid strookt de keuze van de Hoge Raad met de aard van het beding. Gelet op de steeds veranderende communicatievormen lijkt evenwel sprake van een achterhoede-

44 Zo overwoog de Hoge Raad in het TPG/Bollemeijer-arrest dat in de bescherming van de werknemer, die in die casus ten grondslag lag aan het dwingendrechtelijk karakter van de betreffende wetsbepaling, was voorzien door de betrokkenheid van de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao. HR 20 december 2002, JAR 2003/19 en NJ 2003, 153 (TPG/Bollemeijer).

45 Ktr. Utrecht 7 juli 2010, JAR 2010/226 (ASR/Senten).

46 L.G. Verburg, Variabele beloning, in: Van Slooten c.s. (red.), Beloning in beweging (congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2011, p. 53-74, op p. 60.

47 Vergelijk Ktr. Rotterdam (vzr.) 13 november 2009, JAR 2009/294 (bonusregeling bij Robeco) met commentaar van Zaal in TRA 2010/4, 40. In deze casus speelde eveneens de voorwaarde van instemming van de ondernemingsraad bij toepassing van het betreffende '613'-beding. De toepassing van het beding met terugwerkende kracht had geen succes.

L.G. Verburg

discussie tussen volwassenen die de leeftijd hebben bereikt waarop men de (klein)kinderen vraagt hoe dit verder gaat. Kortom, omtrent de toekomst van het vereiste van schriftelijkheid is het, mede gelet op het uitgangspunt dat aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag ligt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt, tijd voor vernieuwende vergezichten.