

ANNOTATIE

Een eenzijdig wijzigingsbeding hoeft niet (altijd?) individueel schriftelijk met de werknemer te zijn overeengekomen

mr. dr. G.W. van der Voet

Het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Wegener

Op 18 maart 2011 sprak de Hoge Raad zich uit over de uitleg van het schriftelijkheidsvereiste bij het aangaan van een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW. In de onderhavige zaak was sprake van een collectieve winstdelingsregeling die door middel van een incorporatiebeding onderdeel uitmaakte van de individuele arbeidsovereenkomsten met de werknemers. Deze werknemers konden op grond van de winstdelingsregeling aanspraak maken op een vaste uitkering van 12,5% van hun brutojaarsalaris inclusief vakantiegeld. De winstdelingsregeling bevatte echter ook een eenzijdig wijzigingsbeding, waarin stond dat de regeling met instemming van de centrale ondernemingsraad (hierna: 'COR') kon worden gewijzigd. Doel van dit beding was het voor de werkgever mogelijk te maken om zonder onderhandelingen met alle individuele werknemers snel en adequaat in te springen op veranderde (financiële) omstandigheden. Op basis daarvan heeft Wegener het winstuitkeringspercentage vanwege tegenvallende bedrijfsresultaten op een gegeven moment met instemming van de COR teruggebracht tot 8,3% (meer in het bijzonder kwam de nieuwe regeling erop neer dat de werknemers een basisuitkering van 8,3% zouden ontvangen en een van het bedrijfsresultaat afhankelijke variabele uitkering tot maximaal 12,5%). Een aantal werknemers accepteerde deze wijziging niet en vocht de geldigheid daarvan aan bij de rechter. Zij stelden zich (onder meer) op het standpunt dat het eenzijdig wijzigingsbeding niet geldig was aangegaan, nu dit niet individueel schriftelijk met hen was overeengekomen. In eerste aanleg kregen zij gelijk, maar in hoger beroep werd Wegener c.s. in het gelijk gesteld. De werknemers stelden daarop cassatie in.

Het is voor het eerst sinds het arrest Stoof/Mammoet (HR 11 juli 2008, LJN BD1847, NJ 2008, 503) dat de Hoge Raad zich uitlaat over de uitleg van artikel 7:613 BW. In laatstgenoemd arrest liet de Hoge Raad zich uit over de verhouding van artikel 7:613 BW tot artikel 7:611 BW (en het daarop gebaseerde Taxi Hofman-criterium (HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767)). Overwogen werd dat artikel 7:613 BW 'veeleer' ziet op de 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 (r.o. 3.3.3). Van een dergelijke collectieve eenzijdige wijziging was in casu sprake. De vraag waarover de Hoge Raad zich ten aanzien van het onderhavige beding boog, was of dit ook voldeed aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:613 BW.

De Hoge Raad stelt vast dat het beding betrekking heeft op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt. De tekst van artikel 7:613 BW stelt in een dergelijk geval volgens de Hoge Raad niet de eis dat een zodanig beding ook nog moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer dan wel, bij gebreke daarvan, de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoeft. Aan de eis van schriftelijkheid was in casu dus voldaan.

De bedoeling van het schriftelijkheidsvereiste in artikel 7:613 BW

Over de vraag hoe het schriftelijkheidsvereiste voor een wijzigingsbeding begrepen dient te worden zegt artikel 7:613 BW slechts dat sprake moet zijn van een 'schriftelijk beding'. De wetstekst laat strikt genomen dus de mogelijkheid open dat het beding via een cao of een (in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerd) personeelshandboek wordt overeengekomen. Het schriftelijkheidsvereiste is echter in de wet gekomen via een amendement, dat als volgt door Tweede Kamerleden Middel en Schimmel werd toegelicht: 'Uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid dient aan het beding zelf de formele eis te worden gesteld dat het schriftelijk in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen' (*Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 15). Dit amendementvoorstel is zonder discussie aangenomen, waarbij het woord 'beding' overeenkomstig het voorstel werd vervangen door 'schriftelijk beding'. Desondanks oordeelde de Hoge Raad in de zaak Wegener anders. Volgens de Hoge Raad dwingt de toelichting op het amendement namelijk niet tot de conclusie dat deze strenge schriftelijkheidseis eveneens zou moeten gelden voor een wijzigingsbeding als het onderhavige. Met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst was volgens de Hoge Raad immers voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid waarop de betreffende passage in de toelichting doelt, aangezien over de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kon bestaan. Een zwaardere schriftelijkheidseis achtte de Hoge Raad niet nodig, aangezien het materiële toetsingscriterium in artikel 7:613 BW en de vereiste instemming van de COR de werknemers in kwestie reeds voldoende bescherming boden (r.o. 3.6.4).

Formele versus materiële eisen: communicerende vaten?

Laatstgenoemde overweging van de Hoge Raad (r.o. 3.6.4) is interessant, omdat daarmee lijkt te worden gesuggereerd dat de formele eis die wordt gesteld aan een geldige totstandkoming van het beding enerzijds en de materiële voorwaarde voor een geldig beroep daarop anderzijds, communicerende vaten zijn. A-G Timmerman is deze mening blijkens zijn conclusie in ieder geval toegedaan. Hij trekt daarin namelijk de vergelijking met de wettelijke

regeling van het concurrentiebeding en het proeftijdbeding en stelt zich daarbij op het standpunt dat het antwoord op de vraag of in een bepaald geval aan het wettelijke schriftelijkheidsvereiste is voldaan, afhankelijk is van de aard van het betreffende beding (zie i.o. 4.7 en 4.8).

Zo stelt artikel 7:652 lid 2 BW een aantal formele eisen aan het proeftijdbeding, waaronder het schriftelijkheidsvereiste. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat een proeftijdbeding dat bij cao is overeengekomen aan deze schriftelijkheidseis voldoet (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 16, onder d). De overige aan het proeftijdbeding gestelde formele eisen – waaronder de maximale duur van de proeftijd – worden echter zeer strikt door de Hoge Raad getoetst. Gewezen zij daarbij onder meer op HR 9 april 1954, 446 (Oranje/Monroe); HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (Slijkoord/Hekkema); HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (Wareman/Demu); HR 9 juli 1987, *NJ* 1988, 232 (Van Hensbergen/Albers); HR 13 september 1991, *NJ* 1992/130 (Dingler/Merkelbach) en HR 27 oktober 1995, *JAR* 1995/254 (Den Haan/The Box Fashion). Niet voor niets wordt dan ook gesproken van een ‘ijzeren proeftijd’-doctrine. Anderzijds kwam materiële toetsing van een beroep op een geldig overeengekomen proeftijdbeding tot halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw vrijwel niet voor (een werknemer was tijdens de proeftijd ‘vogelvrij’) en ook thans is de ruimte voor het aanleggen van een materiële toets bij een proeftijdontslag voor rechters zeer beperkt (zie in dit verband HR 13 januari 1995, *JAR* 1995/35 (Codfried/ISS) en HR 10 november 2000, *JAR* 2000/249 (Triple P/Tap)).

Aan het concurrentiebeding stelt de wet voorts twee formele (geldigheids)eisen: het beding moet *schriftelijk* worden overeengekomen met een *meerderjarige* werknemer (art. 7:653 lid 1 BW). Met schriftelijkheid wordt volgens de wetsgeschiedenis in dit geval wel ‘individueel schriftelijk’ bedoeld (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 439, nr. 3, p. 35). Deze strengere schriftelijkheidseis werd ingegeven door het feit dat het concurrentiebeding een zware inbreuk maakt op de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van de werknemer om te bepalen waar hij na afloop van zijn dienstverband gaat werken (art. 19 lid 3 Gw). Mogelijk houdt dit strenge formele vereiste echter tevens verband met het feit dat de materiële toetsing van het concurrentiebeding door de rechter op grond van artikel 7:653 lid 2 BW niet heel erg sterk is (het betreft slechts een gewone redelijkheidstoets).

Bezien vanuit het perspectief van de ‘communicerende vaten’ is het oordeel van de Hoge Raad, dat soepelheid dient te worden betracht ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste in artikel 7:613 BW, begrijpelijk. Het materiële criterium van het ‘zwaarwichtig belang’ is immers zeer streng wanneer men dit vergelijkt met de materiële eisen die worden gesteld aan het beroep op de hierboven besproken arbeidsrechtelijke bedingen. Voor een goed overzicht van de zwaarte van de formele en materiële eisen die in de wet en de jurisprudentie worden gesteld aan bijzondere arbeidsrechtelijke bedingen zij gewezen op de matrix van Van Slooten (zie J.M. van Slooten, ‘Het wijzigingsbeding remixed’, in: A.R. Houweling e.a. (red.), *Bedingen in het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 65). De vraag is echter hoe soepel de Hoge Raad ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste in artikel 7:613 BW nu precies heeft willen zijn.

Volgt de Hoge Raad de meerderheidsopvatting?

De Hoge Raad lijkt in het onderhavige arrest aansluiting te zoeken bij de meerderheidsopvatting in de literatuur, dat het eenzijdig wijzigingsbeding niet per se in de individuele arbeidsovereenkomst zelf dient te zijn opgenomen, maar ook via een cao of een geïncorporeerd personeelshandboek kan worden overeengekomen. Zie voor deze meerderheidsopvatting o.a.: Asser/Heerma van Voss 7-V, 2008, nr. 66; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 311 en 312; Bouwens/Duk/Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 52; N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 30; S.F.J. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003, p. 193 en I.P. Asscher-Vonk, 'Bijzondere bedingen', *ArA* 2004/3, p. 24-25. Zie voor de minderheidsopvatting o.a.: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 49 en J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

In de lagere jurisprudentie werd deze meerderheidsopvatting al een aantal maal gevolgd (zie o.a. Hof Arnhem 3 maart 2009, *JIN* 2009/394 en Rb. Utrecht 26 januari 2000, *JAR* 2006/60). Anders werd in eerste aanleg geoordeeld in de ABN AMRO-zaken ten aanzien van een eenzijdig wijzigingsbeding dat niet was opgenomen in de individuele arbeidscontracten, maar in de collectieve 'compensation en benefit regulations' (zie Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, *JAR* 2009/261 en Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, *JAR* 2009/264). In hoger beroep achtte het Hof Amsterdam het wijzigingsbeding echter wel degelijk geldig overeengekomen, alleen niet van toepassing op het ontslagvergoedingsbeleid in kwestie, aangezien dat niet was opgenomen in de collectieve regeling waar het eenzijdig wijzigingsbeding betrekking op had (Hof Amsterdam 28 september 2010, LJN BO0823 en LJN BO0027).

Het eenzijdig wijzigingsbeding in de zaak Wegener had ook slechts betrekking op de collectieve regeling waarin het was opgenomen. Aan het kenbaarheidsvereiste is in zo'n geval voldaan, omdat de werknemer die kennisneemt van de betreffende collectieve regeling, tegelijkertijd kennisneemt van het eenzijdig wijzigingsbeding. Hij weet dus van begin af aan dat de werkgever de regeling onder omstandigheden eenzijdig kan wijzigen. Een ander oordeel van de Hoge Raad had bovendien tot de complicatie kunnen leiden dat de collectieve regeling via het incorporatiebeding weliswaar van toepassing zou worden op de (individuele) arbeidsovereenkomsten met de werknemers, maar dat het wijzigingsbeding dat daarop betrekking heeft, vervolgens nog steeds individueel met deze werknemers had moeten worden afgesproken. Dit had dus tot het onwenselijke gevolg kunnen leiden dat een deel van de werknemers het beding had aanvaard en een ander deel niet (A-G Timmerman wees daar ook op in r.o. 4.8). Het proces van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zou daardoor verstoord kunnen raken.

De situatie is anders indien de werkgever heeft verzuimd een eenzijdig wijzigingsbeding in de individuele arbeidsovereenkomsten op te nemen en hij deze omissie – geruisloos – herstelt door opname van een algemeen geformuleerd eenzijdig wijzigingsbeding (dat ook ziet op de

arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst) in een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling, om deze via een (wel) in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding, alsnog onderdeel van deze arbeidsovereenkomst te doen uitmaken. Aan het vereiste van kenbaarheid lijkt in dat geval niet te zijn voldaan. Om die reden ben ik dan ook van mening dat de Hoge Raad de 'ruime leer' in de zaak Wegener niet volledig heeft omarmd, maar slechts heeft bepaald dat een eenzijdig wijzigingsbeding alleen 'schriftelijk' kan worden overeengekomen in een collectieve (en in de individuele arbeidsovereenkomst geïncorporeerde) arbeidsvoorwaardenregeling, indien dat beding uitsluitend ziet op de eventuele eenzijdige wijziging van die betreffende collectieve regeling. Het feit dat de Hoge Raad spreekt over een wijzigingsbeding '*als het onderhavige*' duidt hier ook op. Een meer algemeen eenzijdig wijzigingsbeding – dat tevens ziet op de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst – dient naar mijn mening, met het oog op de kenbaarheid voor de werknemer, derhalve wel degelijk met hem persoonlijk te worden overeengekomen.