

Fair Play Centers BV

Belangenafweging bij eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden



Absoluut of relatief?

De Hoge Raad spreekt zich in dit arrest uit over de toetsingsnorm van het zwaarwichtig belang in art. 7:613 BW. Er zijn in rechtspraak en literatuur twee benaderingen.

De absolute benadering, waarbij de werkgever eerst een zelfstandig zwaarwichtig belang moet aantonen en vervolgens – nadat dat vaststaat – aan de orde komt of de belangen van de werknemers daarvoor moeten wijken.

En de relatieve benadering, waarbij het gewicht van het werkgeversbelang mede wordt bepaald door het gewicht van het werknemersbelang. Het moet gaan om een zodanig zwaarwichtig belang aan de kant van werkgever dat de belangen van de werknemers moeten wijken. Hierbij komen aspecten als de (totstandkoming van) toestemming van de OR, een overgangsregeling, minder vergaande alternatieven en een meerderheidsopvatting eerder aan de orde. Het verschil tussen beide benaderingen zit in de volgorde van de belangenafweging, niet noodzakelijkerwijs in de uitkomst.

De relatieve benadering houdt naast bescherming van de werknemer de institutionele behoefte van werkgever om collectieve arbeidsvoorwaarden te ordenen voor ogen en zoekt een balans tussen beide. Volgens W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk (Arbeidsovereenkomstenrecht, 2015, par. 2.6) zou het vreemd zijn wanneer een werkgever arbeidsvoorwaarden niet kan wijzigen, als de werknemer bij behoud maar een zeer klein belang heeft. Ook Verhulp pleit voor een relatief begrip van het zwaarwichtig belang (E. Verhulp, 'Flexibele arbeidsrelaties', in: Monografieën Sociaal Recht,

nr. 25, 2017, par. 1.2.2). Het voordeel van de relatieve benadering is dat werkgevers iets meer armslag krijgen voor wijziging. Het nadeel is dat de term 'zwaarwichtig' mogelijk minder helder wordt.

De Hoge Raad kiest overeenkomstig het advies van de A-G (r.o. 3.6 conclusie van 16 juli 2019 ECLI:NL:PHR:2019:645) voor de relatieve benadering (r.o. 3.1.3 en 3.1.4). Opvallend genoeg gaat de Hoge Raad echter niet over tot vernietiging en verwijzing van de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 20 februari 2018 (ECLI:NL:GHSHE:2018:719). Dat is opvallend omdat het hof het begrip zwaarwichtig belang absoluut heeft benaderd: omdat niet is gebleken van een zwaarwichtig belang kwam het hof naar eigen zeggen 'aan een belangenafweging niet toe' (r.o. 3.18).

De Hoge Raad leest het arrest van het hof alsof het de relatieve benadering heeft toegepast. Het hof heeft gesignaleerd dat een loonoffer werd gevraagd en grote betekenis toegekend aan het feit dat daarvoor geen bedrijfseconomische noodzaak bestond. De Hoge Raad vat dit op als een belangenafweging.

Zowel de Hoge Raad als het hof overwegen dat het bestaan van een zwaarwichtig belang 'niet enkel volgt uit de instemming van de OR met de wijziging van de primaire arbeidsvoorwaarde'. De werkgever moet onverminderd het zwaarwichtig belang aantonen. Wat wel de rol is van instemming van de GOR blijft in deze zaak onbesproken. Dat valt slecht te rijmen met een relatieve benadering en de heersende leer dat aan collectief overleg en instemming een belangrijke betekenis toekomt (Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr 9, p. 32). De instemming van de GOR was hier pas na intensieve onderhandelingen en het voorstel voor een minder vergaand alternatief bereikt. Dat is van belang voor het gewicht dat aan die instemming moet worden gegeven. (zie ook: W.A. Zondag, Sdu Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 7 art. 613 (Arbeidsrecht Thematisch) C5.5.2).

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof in stand gelaten en niet wegens een motiveringsgebrek vernietigd en terugverwezen. Hoewel een feitelijke toets niet aan de Hoge Raad is, denk ik uiteindelijk dat verwijzing hier hetzelfde resultaat had opgeleverd. Uit de zaak lijkt immers te volgen dat de werkgever geen aanvullende argumenten had voor een bedrijfseconomische noodzaak.

Maatstaf art. 7:613 BW versus art. 7:611 BW

Met de keuze voor de relatieve benadering heeft de Hoge Raad de toetsingsnorm van het zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW dichterbij de driedubbele redelijkheidstoets van Stoof/Mammoet (HR 26 juni 1998, «JAR» 1998/19) gebracht. Ook daar bestaat de tweede stap bij de vraag of het voorstel van werkgever redelijk is uit een afweging van alle omstandigheden van het geval, waarbij de belangen van werknemer(s) al meegewogen worden. Is het voorstel niet redelijk, dan komt men aan de derde stap (kan wijziging redelijkerwijs van de (individuele) werknemer gevegd worden?) niet toe. De werkgever moet dus zowel bij art. 7:613 BW als bij art. 7:611 BW het wijzigingsbelang goed motiveren en aantonen dat de voorgenomen wijziging voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid, doeltreffendheid en subsidiariteit. Ook worden in beide gevallen de belangen van de werkgever en de werknemer(s) tegen elkaar afgewogen en wordt niet één belang per definitie voorop gesteld. Materieel komt de toetsingsnorm van art. 7:613 BW en art. 7:611 BW dan

op hetzelfde neer (zie ook: A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, Loonstra & Zondag Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, par. 10.8. p. 611).

Ik betwijfel wel of met deze benadering voldoende rekening gehouden wordt met het verschillende karakter van de twee wijzigingsinstrumenten. Art. 7:613 BW is ingevoerd om eenzijdige wijziging door werkgevers buiten de cao om terug te dringen (Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21-22 (MvT)). Alleen als er een objectief aantoonbaar zwaarwichtig belang aanwezig is, kan wijziging gerechtvaardigd zijn. Wijziging gebeurt eenzijdig, individuele instemming van werknemer(s) is niet nodig. Dat is anders bij art. 7:611 BW, waar instemming de regel is en het goed werknemerschap bepaalt of de werknemer positief moet ingaan op een wijzigingsvoorstel. Het karakter van 7:613 pleit mijns inziens voor een hogere lat voor de werkgever door middel van een zelfstandige 'zwaarwichtig belang toets' (zie ook o.m. N. Gundt, Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit? (diss. Utrecht), Monografieën Sociaal Recht, nr. 49, Deventer: Kluwer 2009, par. 2.6.2.2).

Het Fair Play-arrest maakt in elk geval duidelijk dat het zwaarwichtig belang een relatieve term is en dat weging van beide partijbelangen doorslaggevend is voor de vraag of wijziging gerechtvaardigd is. Daarbij blijft het zo dat het belang van de werkgever zwaarwegender moet zijn dan dat van werknemers. In dit opzicht is nog vermeldenswaard dat onderhavige zaak wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde betrof. Denkbaar is dat de Hoge Raad het daarom voor de afwijzing van het beroep op art. 7:613 BW al voldoende vond dat het hof had gesignaleerd dat een loonoffer werd gevraagd en dat geen sprake was van een bedrijfseconomische noodzaak. Wellicht was een uitgebreidere belangenafweging noodzakelijk geweest en was meer belang gehecht aan de instemming van de GOR, als de wijziging betrekking had gehad op een secundaire arbeidsvoorwaarde.

Mr N. Cancian- van Ballegooijen

Advocaat/ partner Avocare arbeidsrecht Haarlem