



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

van Slooten, J.M.

**Publication date**  
2024

**Published in**  
Arbeidsrechtelijke Annotaties

[Link to publication](#)

#### **Citation for published version (APA):**

van Slooten, J. M. (2024). Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant. Case note on: Hoge Raad, 25/11/22, ECLI:NL:HR:2022:1759 (IFF-arrest). *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, (1), 24-44.

#### **General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### **Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## ANNOTATIE

# Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 (IFF), JAR 2023/17, m.nt. A.F. Bungener; PJ 2023/12, m.nt. C. Beltman; TRA 2023/21, m.nt. N. Hummel

*Prof. mr. J.M. van Slooten*

### 1 Inleiding

Het leerstuk van de (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden houdt de moederen al lange tijd bezig. Sinds 1998 spelen vragen als: Wat is de verhouding tussen de artikelen 7:611, 7:613 en 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW)? Hebben zij betrekking op verschillende domeinen, zoals het individuele en het collectieve? En is er een onderlinge hiërarchie tussen de toetsingsmaatstaf van die artikelen? Met het Stoof/Mammoet-arrest gaf de Hoge Raad al een aantal antwoorden, maar nog niet op alle vragen.<sup>1</sup> Het IFF-arrest geeft meer duidelijkheid.<sup>2</sup> Dit arrest bevestigt dat de rol van artikel 6:248 lid 2 BW zeer beperkt is. Dat roept de vraag op hoe artikelen 7:611 en 7:613 BW zich tot elkaar verhouden. Zijn zij in feite inwisselbaar geworden? Heeft de werkgever nog wat aan een eenzijdig wijzigingsbeding? Is het nog wel zinvol beide artikelen te handhaven? Doordat de Hoge Raad in het arrest IFF oordeelt dat artikel 7:611 BW ook op collectieve wijzigingen ziet, zijn dat legitieme vragen. Toch is er voldoende dogmatisch verschil tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW om beide artikelen te handhaven. Met name het collectieve orderingsbelang van artikel 7:613 BW noopt daartoe. In de praktijk is het verschil met artikel 7:611 BW echter nog steeds moeilijk grijpbaar. Verduidelijking door de wetgever is dan ook op zijn plaats.

### 2 Feiten

International Flavors & Fragrances Nederland B.V. (IFF) is een producent van geuren en smaakstoffen. In Nederland zijn 972 werknemers in dienst. Er is een ondernemings-cao van toepassing, maar die geldt niet voor de 43 eisers in deze zaak omdat

- 1 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847; ArA 2008/3, m.nt. J.M. van Slooten; SR 2008/54, m.nt. J.J.M. de Laat; NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).
- 2 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759; JAR 2023/17, m.nt. A.F. Bungener; PJ 2023/12, m.nt. C. Beltman; TRA 2023/21, m.nt. N. Hummel (IFF).

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

zij 'boven-cao' zijn, dat wil zeggen: zij vallen vanwege de hoogte van hun positie niet onder de werkingssfeer van de cao. Bij IFF geldt een pensioenregeling die is ondergebracht bij het ondernemingspensioenfonds. Met eisers is bij aanvang van hun dienstverband overeengekomen dat zij geen pensioenpremie zijn verschuldigd (daarom worden ze ook aangeduid als de '0%-groep'). Vanaf 2003 heeft IFF met nieuwe werknemers afgesproken dat zij 10% premie moeten bijdragen aan hun pensioen. Naar aanleiding van de fiscale maatregelen in het kader van de Wet Witeveen heeft IFF de Pensioenregeling 2015 vastgesteld. Daarbij zijn de vakbonden 'geraadpleegd' en hebben zij, naar aan te nemen valt, ook hun akkoord gegeven, nu de pensioenregeling onderdeel is van de cao. De ondernemingsraad heeft daarnaast ingestemd met de invoering van de Pensioenregeling 2015.

De nieuwe Pensioenregeling 2015 betrof onder andere een introductie van 3,5% werknemerspremie voor de 0%-groep. Dit zou in zeven jaar geleidelijk worden opgebouwd. Volgens de ondernemingsraad bleef de 'schade' voor deze groep beperkt, aangezien hun salarisstijging groter zou zijn dan de premieverhoging. De 10% bijdrage voor de groep die vanaf 2003 in dienst was getreden, is verlaagd. Blijkbaar was het doel van de introductie van 3,5% bijdrage voor de 0% groep om 'de wrijving over dit onderwerp tussen collega's te verminderen'.<sup>3</sup>

Het verdient opmerking dat de meeste IFF-werknemers onder de cao vielen en dat zij dus – anders dan eisers – automatisch gebonden waren aan de Pensioenregeling 2015. Dit blijkt overigens niet uit de vastgestelde feiten, maar uit de toepasselijke cao. Indien we deze feiten in het licht van de kwestie iets verder kwalificeren, dan geldt het volgende:

- de aanleiding was een fiscale wetswijziging;
- de oude premieafpraak met de 0%-groep was minstens twaalf jaar oud;
- de verhoging voor de 0%-groep ging gepaard met een verlaging voor andere werknemers;
- de ondernemingsraad had ingestemd; en
- de cao-werknemers waren hoe dan ook gebonden aan de wijziging.

Het betrof hier dus duidelijk een geval waarin de arbeidsvoorwaarden voor alle deelnemers in de pensioenregeling gewijzigd moesten worden, waarbij beide collectieve belangenbehartigers van de werknemers akkoord waren en waarbij de gelijke behandeling met collega's op twee vlakken speelde: tussen enerzijds de 0%-groep en anderzijds zowel de cao-werknemers als de post 2003-groep die 'boven-cao' was. Het is aldus een casus waarvan de gemiddelde arbeidsrechtjurist in 2015 gedacht moet hebben: 'Bij eenzijdig wijzigen weet je nooit helemaal zeker, maar de uitgangspunten zijn relatief gunstig voor de werkgever.' Die inschatting bleek in de eerste twee instanties toch niet te kloppen.

3 Zie conclusie A-G Van Peurseem bij IFF: ECLI:NL:PHR:2022:705, randnr. 1.9.

### 3 Procesverloop

De 43 eisers gaan niet akkoord met de wijziging en starten een procedure bij de kantonrechter waarin zij vorderen dat de wijziging onrechtmatig is en dat de op hun salaris ingehouden premie wordt terugbetaald. De kantonrechter oordeelt dat de wijziging in strijd is met artikel 19 Pensioenwet (PW) en/of artikel 7:613 BW.<sup>4</sup> Daarnaast overweegt hij dat de omstandigheden geen wijziging rechtvaardigen indien getoetst zou worden aan de criteria van het arrest Stoof/Mammoet (deze criteria worden hierna behandeld).

In hoger beroep oordeelt het hof Arnhem-Leeuwarden dat tussen partijen geen eenzijdig wijzigingsbeding geldt, zodat artikel 19 Pw en/of artikel 7:613 BW niet van toepassing zijn.<sup>5</sup> Daarmee is alleen nog de toetsingsmaatstaf van artikel 7:611 BW over. Het hof oordeelt in het kader van de Stoof/Mammoet-toets dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden, maar dat de inkomensachteruitgang voor eisers zodanig is dat hun weigering om de premiewijziging te aanvaarden 'niet onaanvaardbaar' is [onderstreping JvS].<sup>6</sup> Volgens het hof handelt een werknemer slechts dan in strijd met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een redelijk voorstel, indien afwijzing van dat voorstel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

### 4 Het oordeel van de Hoge Raad

In cassatie zijn twee klachten van belang.

#### *1 De onaanvaardbaarheidsmaatstaf is niet van toepassing*

Ten eerste klaagt IFF in het principaal cassatieberoep met succes dat het hof een te strenge toets heeft aangelegd door na te gaan of de weigering van de 0%-groep om het IFF-voorstel te aanvaarden onaanvaardbaar was. De Hoge Raad oordeelt: '(...) dat geen grond bestaat aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is'.<sup>7</sup> Hierbij verwijst de Hoge Raad naar het Stoof/Mammoet-arrest.<sup>8</sup>

4 Rb. Midden-Nederland 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62; PJ 2018/18, m.nt. E. Lutjens.

5 Omdat dit oordeel in cassatie geen rol meer speelt, ga ik daar verder niet op in.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1510; PJ 2021/35, m.nt. B. Degelink, rov. 5.35.

7 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759; JAR 2023/17, m.nt. A.F. Bungener; PJ 2023/12, m.nt. C. Beltman; TRA 2023/21, m.nt. N. Hummel, rov. 4.1.2 (IFF).

8 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847; RAR 2008/128; Prg. 2008/148; RvdW 2008/725; SR 2008/54, m.nt. J.J.M. de Laat; NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

Dit oordeel van de Hoge Raad in het IFF-arrest bevat eigenlijk geen nieuws, maar is een herhaling van wat de Hoge Raad eerder oordeelde in Stoof/Mammoet. De Hoge Raad komt niet terug op dat arrest van veertien jaar eerder en herhaalt het beslisschema dat bij een wijziging ex artikel 7:611 BW moet worden toegepast. Dat beslisschema houdt het volgende in:

- a Heeft de werkgever een met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdende aanleiding voor het doen van een voorstel?
- b Is dat voorstel redelijk, gelet op alle omstandigheden van het geval?
- c Kan aanvaarding in redelijkheid van de werknemer worden gevergd?

Bij stap c was het hof in IFF dus te streng. ‘Redelijkerwijs vergen’ is wat anders dan ‘de afwijzing is onaanvaardbaar.’

### *2 Artikel 7:611 BW ziet ook op collectieve wijzigingen*

De andere klacht komt van de werknemers die incidenteel cassatieberoep hebben ingesteld. Deze houdt in dat het hof heeft miskend dat artikel 7:611 BW niet kan worden toegepast bij een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden, waarvan in dit geval sprake is. Deze klacht faalt.

De Hoge Raad stelt, verwijzend naar Stoof/Mammoet: ‘Voor gevallen waarin de arbeidsovereenkomst geen schriftelijk beding bevat dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen als bedoeld in art. 7:613 BW, is in de rechtspraak van de Hoge Raad het volgende aanvaard. De werknemer is in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in welk verband de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. Op grond van de daarin opgenomen verplichting om zich als goed werknemer te gedragen kan van de werknemer onder omstandigheden toch worden gevergd met een dergelijk voorstel in te stemmen.’ Tot zover is dit een herhaling van Stoof/Mammoet. Dan vervolgt de Hoge Raad: ‘Anders dan het onderdeel aanvoert, geldt deze beoordelingsmaatstaf voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn’<sup>9</sup> [onderstreping JvS]

## **5 De geschiedenis van het wijzigingsrecht**

Om goed te begrijpen wat de waarde van het arrest is, moeten we de geschiedenis induiken. Die begon met wat een ‘historisch ongeluk’ leek: op 4 maart 1998 trad artikel 7:613 BW in werking als onderdeel van een wet die verder hoofdzakelijk de Wet op de ondernemingsraden (WOR) wijzigde.<sup>10</sup> Drie maanden later, in juni 1998,

9 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759; JAR 2023/17, m.nt. A.F. Bungener; PJ 2023/12, m.nt. C. Beltman; TRA 2023/21, m.nt. N. Hummel, rov. 3.2.2 (IFF).

10 Wet van 14 februari 1998, Stb. 1998, 107, op 4 maart 1998 in werking getreden.

gaf de Hoge Raad zijn *landmark case* Van der Lely/Taxi Hofman.<sup>11</sup> Dat ging over een individuele medewerker die niet akkoord was met een functiewijziging. Het is niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad bij het wijzigen van Van der Lely/Taxi Hofman zich bewust was van de verwarring die dat arrest zou wekken in het licht van het nieuwe artikel 7:613 BW. In ieder geval gaf de Hoge Raad daar geen blijk van en gaf hij geen clou hoe de twee zich tot elkaar verhielden. Hierdoor rees een aantal vragen:

- a Gaat het steeds om dezelfde wijze van (eenzijdige) wijziging?
- b Zijn er drie of twee relevante redelijkheidsnormen? Alleen artikel 7:611/7:613 of ook artikel 6:248?
- c Zien de artikelen op verschillende domeinen (individueel of collectief)?
- d Varieert de toetsingsmaatstaf van deze artikelen in zwaarte?

Deze vragen werden aanvankelijk door sommigen met elkaar in verband geplaatst in een begrijpelijke poging om een systeem te ontwaren in de betrokken artikelen.<sup>12</sup> Beltzer beredeneerde bijvoorbeeld dat er drie manieren van eenzijdige wijziging leken te zijn: eenzijdig zonder beding in individuele gevallen (artikel 7:611 BW), eenzijdig met beding in collectieve gevallen (artikel 7:613 BW) en eenzijdig zonder beding in collectieve gevallen (artikel 6:248 lid 2 BW).<sup>13</sup> Vervolgens was het puzzelen of er een hiërarchie tussen deze drie situaties te ontwaren was. Dat moest eigenlijk wel, want het ging om zaken van een verschillend soortelijk gewicht. Daarbij was de achtergrond van artikel 7:613 BW het ijkpunt. Vanwege het 'collectieve karakter' hiervan moest de toetsingsnorm zwaarder zijn dan die van een individuele kwestie. Artikel 7:613 BW gaf immers een vrij strenge toetsingsmaatstaf en de reden daarvoor was dat de wetgever op aandringen van de vakbonden het gat dichtte dat was blootgelegd door het IBM-arrest.<sup>14</sup> Daar was namelijk de binding van een werknemer aan een wijziging op grond van een beding aanvaard, tenzij dit in strijd was met de (ruime grond van de) redelijkheid en billijkheid en het risico bestond dat werkgevers dat een aantrekkelijk alternatief voor het sluiten van een cao zouden vinden. Artikel 7:613 BW beoogde dus een strengere maatstaf dan het IBM-arrest te geven en daarom, zo was de gedachte, moest artikel 7:613 BW een strengere maatstaf inhouden dan de norm van de redelijkheid en billijkheid die in het IBM-arrest was gehanteerd en die voor het arbeidsrecht in artikel 7:611 BW tot uitdrukking komt.

En aangezien een werkgever enig baat moest hebben van een wijzigingsbeding, diende een collectieve wijziging zonder beding juist strenger beoordeeld te worden

- 11 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688; NJ 1998/767; RvdW 1998/140 (Van der Lely/Taxi Hofman).
- 12 Zie L. Holtus, Eenzijdige wijziging, een hernomen introductie, in J.J.M. de Laat e.a., Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst (reeks VvA), 2020, m.n. p. 32.
- 13 R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, Arbeid Integraal 2004/2, p. 31-36; C.S. Kehrer-Bot & E.L.J. Bruyninckx, Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechters gewenst, ArbeidsRecht 2005/26, p. 39-45.
- 14 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/335, m.nt. P.A. Stein (IBM).

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

dan wanneer er wel een beding gold.<sup>15</sup> Zou dat anders zijn, dan had het immers geen zin om een wijzigingsbeding af te sluiten. Een strengere maatstaf was artikel 6:248 lid 2 BW. Ik zal in het vervolg van deze noot nagaan hoe de vorenstaande vier vragen a-d beantwoord moeten worden. Die analyse laat zien dat er geen goede basis is voor de gedachte dat er een samenhangend systeem is, anders dan Beltzers artikel suggereerde.<sup>16</sup>

## 6 Er is geen samenhangend systeem

*Ad a De artikelen zien niet allemaal op een vorm van eenzijdige wijziging*

Ten eerste benadrukte de Hoge Raad in Stoof/Mammoet het verschil tussen artikel 7:611 en artikel 7:613 BW: ‘Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat’ ziet artikel 7:613 BW ‘veeleer 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 (...). Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt (...)’ [onderstreping JvS].<sup>17</sup>

Kortom: de artikelen lijken op elkaar, maar gaan over verschillende uitgangsposities. In het ene geval is afgesproken dat een werkgever de overeenkomst eenzijdig mag wijzigen; in het andere geval geldt juist het uitgangspunt van ‘pacta sunt servanda’. Dat maakt de gedachte dat ‘het in de uitkomst op hetzelfde neerkomt’ dogmatisch gezien verraderlijk. Dat moge soms zo zijn, maar die gedachte neemt soms het zicht weg op een juiste toepassing van artikel 7:611 BW.

*Ad b Er zijn eigenlijk nog maar twee redelijkheidsnormen relevant*

In Stoof/Mammoet oordeelde de Hoge Raad al dat er in Van der Lely/Taxi Hofman-gevallen geen ruimte was voor een onaanvaardbaarheidstoets: ‘Er is geen grond in afwijking van de in het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998 aanvaarde, aan artikel 7:611 ontleende maatstaf aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer’

- 15 L.G. Verburg, Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de ‘613’-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid (Monsieurs c.s./Wegener), ArA 2012/1, p. 34-35.
- 16 Na verloop bleek overigens dat de rechtspraak niet altijd boodschap had aan deze gedachte of aan andere pogingen een systeem te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zie bijvoorbeeld C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier & B.R. Vink, Ontwikkelingen rechtspraak eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden, SR 2007/2, p. 39-46.
- 17 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847; RAR 2008/128; Prg. 2008/148; RvdW 2008/725; SR 2008/54, m.nt. J.J.M. de Laat; NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; JAR 2008/204, rov. 3.3.3 (Stoof/Mammoet).

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is' [onderstreping JvS]

Niet juist is de gedachte dat dit alleen ziet op individuele eenzijdige wijzigingen zonder beding en dat voor collectieve wijzigingen artikel 6:248 lid 2 BW geldt. Door het IFF-arrest weten we dat de wijziging ex artikel 7:611 BW ook voor collectieve gevallen geldt. Bovendien heeft de Hoge Raad herhaald dat bij het beslisschema van dat artikel geen onaanvaardbaarheidstoets geldt (zie paragraaf 4 onder 1). Een benadering waarbij de toetsing aan artikel 7:611 BW samenvalt met de artikel 6:248 lid 2 BW-toets, al naar gelang de zwaarte van de arbeidsvoorwaarde in kwestie, is daarmee van de baan.<sup>18</sup> De zwaarte van een arbeidsvoorwaarde kan immers al een rol spelen in de tweede stap van het beslisschema, waarin onder andere gekeken moet worden naar 'de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel'.

Daarmee is niet gezegd dat er voor artikel 6:248 lid 2 BW geen ruimte is bij wijzigingsvraagstukken, wél dat die ruimte beperkter is dan voorzien.<sup>19</sup> De bepaling lijkt alleen relevant te zijn indien de werkgever geen voorstel heeft gedaan om tot wijziging te komen, maar pas ná aanpassing een beroep doet op artikel 7:611 BW. De Hoge Raad plaatst zijn oordeel over de niet-toepasselijkheid van de onaanvaardbaarheidstoets immers expliciet in het beslisschema van Stoof/Mammoet: (a) heeft de werkgever in de gewijzigde omstandigheden een aanleiding gevonden voor het doen van een voorstel, (b) is dat voorstel redelijk, gelet op alle omstandigheden van het geval, en (c) kan aanvaarding in redelijkheid van de werknemer worden gevergd?

Dit schema neemt dus als uitgangspunt dat de werkgever een voorstel moet doen. Als hij dat nalaat of een van de andere elementen uit het beslisschema schendt, kan de werkgever in mijn ogen geen verdere rechten ontlenen aan deze bijzondere, arbeidsrechtelijke redelijkheidsgrond en zal hij zijn overgeleverd aan de strenge toets van artikel 6:248 lid 2 BW. Ook om deze reden is het dus van belang een eenzijdige wijziging ex artikel 7:613 BW en een wijziging via artikel 7:611 BW goed uit elkaar te houden.

Echter, als de werkgever zich wel aan het beslisschema houdt, maar geen akkoord bereikt met de werknemer, is hij naar mijn mening niet overgeleverd aan artikel 6:248 lid 2 BW. De werkgever van wie het redelijke voorstel niet tot overeenstemming heeft geleid, kan dit eenzijdig doorvoeren en zich in een procedure verweren door te stellen dat de werknemer zich niet als goed werknemer heeft gedragen. Ik ben het dan ook niet eens met Bouwens, die wél meent dat de 'weige-

18 F. Laagland/J. Kloostera, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:611 BW, aant. 9.5, die spreken over een 'wijziging in de richting van de onaanvaardbaarheidstoets'. Holtus (2020, m.n. p. 36 en p. 43) houdt het eveneens voor mogelijk dat binnen de 611- en de 613-toets oordelen neerkomen op de onaanvaardbaarheidstoets. Mij lijkt dat dit standpunt niet meer goed houdbaar is in het licht van IFF. De uitkomst kan op hetzelfde neerkomen, maar de toets is toch een andere dan de onaanvaardbaarheidstoets.

19 Eveneens S.F. Sagel, *Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW? (II)*, *ArbeidsRecht* 2023/16, p. 23.



Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

rachtige werknemer' aanspraak kan maken op de bescherming van artikel 6:248 lid 2 BW: 'Stelt een werknemer een nakomingsactie in nadat de werkgever een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde eenzijdig heeft gewijzigd, dan wordt veelal slechts beoordeeld of de werkgever door de drie hoepels van het Stoof/Mammoet-arrest kan springen. Daarmee wordt ten onrechte voorbijgegaan aan het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt dat voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst, bij het ontbreken van een eenzijdige-wijzigingsbeding, tussen partijen overeenstemming moet worden bereikt.'<sup>20</sup>

Wat Bouwens hier naar mijn mening miskent, is dat het door hem geformuleerde uitgangspunt niet op zichzelf staat, maar dat de Hoge Raad (in Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof Mammoet) juist een bijzondere arbeidsrechtelijke wijzigingsregel heeft geformuleerd, die tot uitdrukking komt in voornoemd beslisschema. Dat blijkt naar mijn mening uit de volgende passages uit het arrest. Eerst overweegt de Hoge Raad in rov. 3.3.3 van Stoof/Mammoet: 'Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, (...)'. Hier kan men echter niet ophouden met lezen, want de Hoge Raad vervolgt: '(...) in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. In een geval van gewijzigde omstandigheden op het werk wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden door toepassing van de hiervoor in 3.3.2 genoemde maatstaven.'<sup>21</sup> Hieruit volgt dat de werknemer onder omstandigheden moet instemmen. Doet hij dat niet, dan kan de werkgever dit afdwingen, hetzij door het eenzijdig door te voeren, hetzij door dit bij de rechter te vorderen.<sup>22</sup>

Kortom: het gaat bij wijzigen in hoofdzaak om twee redelijkheidsgronden: artikel 7:611 en artikel 7:613 BW. Artikel 6:248 lid 2 BW speelt een ondergeschikte rol, namelijk indien aan de normen van die twee gronden niet wordt voldaan. Niet juist is bovendien de gedachte dat artikel 6:248 lid 2 BW alleen een rol speelt als het gaat om een collectieve wijziging zonder beding; dat volgt uit de volgende subparagraaf.

#### *Ad c De domeinen 'individueel' en 'collectief' zijn niet exclusief*

In de 'veeleer-passage' uit het Stoof/Mammoet-arrest leek de Hoge Raad te oordelen dat artikel 7:613 BW in feite exclusief bedoeld was voor collectieve gevallen. Daaruit is dan – a contrario – de conclusie getrokken dat artikel 7:611 BW (met name) voor individuele kwesties bedoeld zijn.<sup>23</sup> Dat was niet zo'n gekke gedachte, omdat de kwesties waarin de Hoge Raad het leerstuk van de eenzijdige wijziging ex artikel 7:611 BW toepaste allemaal individuele kwesties rondom functiewijziging betroffen. Drie jaar later herhaalde de Hoge Raad de betreffende pas-

20 W.H.A.C.M. Bouwens, Niet-aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen. HR 11 juli 2008, ECLI: NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet Transport B.V.), ArA 2021/3, par. 4.

21 Sagel, in *ArbeidsRecht* 2023/22, is wat aarzelender: 'Naar alle waarschijnlijkheid is het verschil tussen Stoof/Mammoet en art. 7:613 BW ook hier veel kleiner dan het door de Hoge Raad in dat arrest genoemde "overeenstemmingsvereiste" suggereert.'

22 Sagel 2023, p. 29-30.

23 O.a. door mijzelf: J.M. van Slooten, 2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht, ArA 2008/3, p. 62.

sage uit het arrest, maar met weglating van het woord ‘veeleer’. Dit kon zo worden uitgelegd dat de Hoge Raad artikel 7:613 BW inderdaad als exclusief voor het collectieve domein beschouwde.<sup>24</sup>

Tegenover deze lezing stond de analyse dat de Hoge Raad met de ‘veeleer-passage’ niet een norm lanceerde, maar alleen beoogde te benoemen dat het artikel in de praktijk daarvoor geschikt was.<sup>25</sup> De passage kan ook zo gelezen worden dat de Hoge Raad met het woord ‘veeleer’ de tegenstelling tussen eenzijdige wijziging enerzijds en wijziging via artikel 7:611 BW anderzijds wilde markeren en niet de tegenstelling tussen collectief en individueel. Dat het woord ‘veeleer’ ontbreekt in het Wegener-arrest past bij deze uitleg, omdat de Hoge Raad in dat arrest de artikelen 7:611 en 7:613 BW niet meer tegenover elkaar plaatst.<sup>26</sup>

In het IFF-arrest hakt de Hoge Raad de knoop in deze discussie door met het oordeel dat artikel 7:611 BW van toepassing is ‘ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn’.<sup>27</sup> Let wel: dit oordeel ziet alleen op artikel 7:611 BW. Betekent dit dan dat artikel 7:613 BW ook voor individuele gevallen kan gelden? Op die vraag geeft het arrest geen antwoord, maar het antwoord is vermoedelijk bevestigend.<sup>28</sup> De tekst van artikel 7:613 BW gaat over ‘de werknemer’ (enkelvoud). In de lagere rechtspraak wordt dit artikel ook wel eens toegepast op individuele gevallen.<sup>29</sup>

Dat artikel 7:613 BW dus vermoedelijk niet tot het collectieve domein beperkt is, laat open dat het daarvoor in de eerste plaats geschreven is. Het lijkt geen twijfel dat artikel 7:613 BW een collectieve achtergrond heeft. Indien een werkgever de bij hem collectief geldende arbeidsvoorwaarden eenzijdig wil wijzigen, is het in mijn ogen voor hem veel aantrekkelijker om dat via artikel 7:613 BW te doen dan via artikel 7:611 BW. Ik zie daarvoor twee redenen.

Ten eerste hoeft de werkgever bij gebruikmaking van een eenzijdig wijzigingsbeding geen grond te hebben die verband houdt met ‘de gewijzigde omstandigheden op het werk’, zoals Stoof/Mammoet voorschrijft.

Ten tweede hoeft de werkgever geen procedurele en zorgvuldigheidsnormen toe te passen. Artikel 7:613 BW schrijft die immers niet voor, terwijl dergelijke normen wel bij artikel 7:611 BW aan de orde zijn. Er hoeft dus bij artikel 7:613 BW in principe geen voorstel te worden gedaan of overlegd te worden alvorens de eenzijdige wijziging door te voeren. Dit laatste betekent mijns inziens zelfs dat de wijziging

24 HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570; JAR 2011/108, m.nt. W.A. Zondag; RAR 2011/76; TRA 2011/61, m.nt. M.D. Ruizeveld; NJ 2022/610 (Monsieurs/Wegener).

25 Zie G.J.J. Heerma Van Voss in zijn noot in NJ 2011/185 en Asser/Lutjens 7-XI 2019/550.

26 Anders Sagel (2023, p. 32), die stelt dat het er ‘on balance, toch wel op [lijkt] dat de Hoge Raad laatstelijk op het spoor zat dat art. 7:613 BW alleen voor collectieve wijzigingen geldt’.

27 Zie reeds Holtus 2020, m.n. p. 33.

28 Sagel bepleit dit eveneens, waarbij hij ook wijst op sommige door Heerma van Voss in NJ 2011/185 genoemde grensgevallen; zie: Sagel 2023, p. 34.

29 N. Gundt, Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit? (Monografieën Sociaal Recht nr. 49), Deventer: Kluwer: 2009, p. 57 en de daar genoemde vindplaatsen.

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

ook direct gevolg heeft; daarvoor hoeft zij niet eerst de werknemer te hebben bereikt. Met name bij eenzijdige wijziging van pensioenregelingen waarbij inactieven (gepensioneerden en slapers) partij zijn, kan dit van belang zijn. Deze inactieven zijn soms niet bereikbaar omdat hun contactgegevens onbekend zijn, maar een werkgever of pensioenuitvoerder heeft er dan wel belang bij dat de wijziging effect heeft ondanks dat de mededeling daarover de (ex-)werknemer nog niet bereikt heeft.<sup>30</sup>

Kortom: artikel 7:611 en (vermoedelijk ook) artikel 7:613 BW zijn niet exclusief bedoeld voor hetzij het collectieve, hetzij het individuele domein. Dat neemt echter niet weg dat artikel 7:611 veel beter is toegesneden op individuele situaties en artikel 7:613 BW veel beter geschikt is om in collectieve situaties te gebruiken.

*Ad d Er is geen hiërarchie in toetsingsmaatstaf of -uitkomst tussen artikel 7:611 en artikel 7:613 BW*

De laatste grote vraag na het Stoof/Mammoet-arrest was of de toetsingsmaatstaf (of de uitkomst daarvan) varieert in oplopende zwaarte, bijvoorbeeld artikel 7:611 het lichtst, dan artikel 7:613 en ten slotte artikel 6:248 lid 2 BW het zwaarst (zie paragraaf 5).<sup>31</sup> De Hoge Raad zegt niets over dit onderdeel, maar de A-G gaat in zijn conclusie wel in op de vraag of er een in zwaarte verschillend uitvallende toets moet zijn. De A-G schrijft: ‘De ratio voor een dergelijk onderscheid met een in zwaarte verschillend uitvallende toets ontbreekt (zie het betoog van Heerma van Voss en Bouwens, Bij de Vaate en Duk (...)) en leidt tot ongelijke behandeling van gelijkwaardige gevallen ten detrimente van sommige werknemers en dat lijkt niet iets dat het recht zou moeten nastreven in ons arbeidsrechtelijke stelsel.’<sup>32</sup> De A-G ziet dus twee redenen die tegen een onderscheid tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW pleiten: het leidt tot ongelijke behandeling en de ratio voor een onderscheid ontbreekt.

• *Ongelijke behandeling?*

Ik vind dat eigenlijk geen van beide sterke argumenten. Het ‘gelijkebehandelingsargument’ lijkt de A-G te baseren op het volgende citaat uit Bouwens, Bij de Vaate en Duk: ‘Waarom zou voor een wijziging van bijv. een collectieve onkostenvergoeding een strengere maatstaf moeten gelden dan voor wijziging van de inhoud van de functie? Het omgekeerde ligt, gelet op het verschil in ernst van de gevolgen voor de werknemer, meer voor de hand.’<sup>33</sup> Het is de vraag of in dit citaat een beroep op gelijke behandeling tussen artikel 7:611 en 7:613-wijzigingen kan worden gelezen. Het gaat de schrijvers er mijns inziens eerder om te betogen dat artikel 7:611 BW ook collectief kan worden toegepast. Bovendien bepleiten zij juist wel een onder-

30 Zie over de binding van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden Asser/Lutjens 7-XI 2023/681 e.v.; het Advies binding postactieven pensioenovereenkomst, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr 5; V. Gerlach, De ex-werknemer (diss. UvA), 2023, hoofdstuk 5.

31 Zie Holtus 2020, m.n. p. 34.

32 Zie conclusie A-G Van Peursem bij IFF: ECLI:NL:PHR:2022:705, randnr. 4.25.

33 W.H.A.C.M. Bouwens, D.M.A. Bij de Vaate & R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2020/3.3, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

scheid met de opmerking dat bij individuele gevallen een strengere maatstaf zou moeten gelden, dit gelet op de ernst van de gevolgen. Bij Heerma van Voss is evenmin iets te lezen over gelijke behandeling tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW.<sup>34</sup> Los van het feit dat het standpunt van de A-G niet wordt onderbouwd door de bronnen waarnaar hij verwijst, acht ik het ook niet overtuigend.

Naar mijn mening zijn er verschillen tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW en dat enkele feit brengt al mee dat er geen sprake is van gelijke gevallen die gelijk behandeld zouden moeten worden. Kort gezegd heeft de ene werknemer een eenzijdig wijzigingsbeding aanvaard en de andere niet. De consequentie van mijn opvatting is dan ook dat er verschillende uitkomsten kunnen zijn tussen arbeidsovereenkomsten met en zonder een eenzijdig wijzigingsbeding, maar dat dit niet altijd zo hoeft te zijn. Een andere consequentie is dat het niet op voorhand vaststaat dat de categorie met beding altijd beter of altijd slechter af is dan de categorie zonder beding.

- *Ratio voor onderscheid ontbreekt?*

Het andere argument van de A-G luidt dat de ratio voor een onderscheid met een in zwaarte verschillend uitvallende toets ontbreekt. Ook dat argument acht ik niet overtuigend. Ook hierbij geldt: waarom is het feit dat de ene werknemer een beding is overeengekomen en de ander niet, onvoldoende ratio? Dogmatisch gezien is dat toch een aanzienlijk verschil?

- *Collectieve ordeningsfunctie*

Bovendien lijkt het erop dat de collectief arbeidsrechtelijke achtergrond van artikel 7:613 BW onvoldoende wordt meegewogen in het debat. A-G Van Peurseem geeft daar in ieder geval nauwelijks blijk van in zijn conclusie. Die collectieve ordeningsfunctie komt duidelijk tot uitdrukking in de volgende woorden uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel:

‘Het is goed in het oog te houden wat de achterliggende gedachte is van artikel 613 BW. Aan de ene kant is er het belang van de werknemer om 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 hij 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. Wij hebben deze twee belangen, die op het eerste gezicht met elkaar op gespannen voet staan, willen verenigen. Bij het verenigen van die belangen moeten wij blijven binnen de marges die worden bepaald door twee uitgangspunten. Ten eerste is de CAO het geëigende instrument voor arbeidsvoorwaardenvorming en moet de CAO de voorrang-

34 G.J.J. Heerma van Voss in zijn noot in NJ 2011/185, onder 8.

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

positie behouden boven andere instrumenten voor ordening van arbeidsvoorwaarden [onderstreping JvS].<sup>35</sup>

De wet waarbij artikel 7:613 BW is ingevoerd, regelde ook de ondernemingsovereenkomst ex artikel 32 WOR en moest het mogelijk maken om arbeidsvoorwaarden voortaan ook met de ondernemingsraad af te spreken. Daarbij was er geen doorwerking van een dergelijke overeenkomst zoals die uit de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) voortvloeit, maar moest dus gebruik worden gemaakt van het eenzijdige wijzigingsbeding. Dat was een ander instrument voor ordening van arbeidsvoorwaarden dan tot dan toe was geregeld en dat beding moest, getuige het citaat uit de wetsgeschiedenis, in voorrangpositie onder de cao blijven.

Het woord ‘voorrangpositie’ in het citaat kan op twee manieren worden opgevat. Ten eerste kan het inhouden dat bij een samenloop de cao voorgaat. Dat was echter al geregeld voordat de wetgever dit woord gebruikte: artikel 27 lid 3 WOR en de Wet CAO borgden deze voorrangpositie van de cao toen al. Een aannemelijker uitleg van de aangehaalde passage is dan ook dat gebruikmaking van de cao als collectieve ordeningsfunctie niet mocht eroderen door het aantrekkelijk(er) maken van de eenzijdige wijzigingsroute. Anders zouden werkgevers immers geen reden meer hebben om cao’s aan te gaan. Dit was mede de aanleiding voor artikel 7:613 BW: het moest niet te makkelijk zijn om voortaan buiten de vakbonden om te gaan. Vanuit die gedachte moet het dus niet te makkelijk zijn van artikel 7:613 BW gebruik te maken en moet de balans met een wijziging via artikel 7:611 BW in acht worden genomen. Deze achtergrond vormt in mijn ogen dus wel degelijk een ratio voor een onderscheid met een in zwaarte verschillend uitvallende toets.

Hoewel ik de argumenten van de A-G dus niet erg overtuigend vind, ben ik om andere redenen van mening dat er geen ruimte is voor het idee dat de toetsingsmaatstaf van een van beide artikelen altijd zwaarder zou moeten uitvallen. Kort gezegd zijn de artikelen en hun toepassingsgebied daarvoor te veel op elkaar gelijkend. Bijvoorbeeld: door de bevestiging dat ook artikel 7:611 BW collectief kan worden toegepast, geldt het collectief arbeidsrechtelijke argument dat hiervoor werd toegelicht evenzeer bij artikel 7:611 BW als bij artikel 7:613 BW.

Andere redenen kunnen worden ontleend aan de literatuur. Die ziet soms wat in een in zwaarte verschillend uitvallende toets, maar dan omgekeerd, te weten dat die toets in een individuele casus strenger zou moeten zijn dan in een collectieve casus. Heerma van Voss voert daarvoor aan dat bij collectieve wijzigingen eerder een vakbond of ondernemingsraad de belangen van werknemers effectief zal behartigen. Bouwens en Bij de Vaate wijzen op het verschil in ernst van de gevolgen voor de werknemer als reden voor een in zwaarte verschillend uitvallende toets.<sup>36</sup> In beide gevallen zou een individuele wijziging dus beter beschermd moeten wor-

35 Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 31.

36 W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht 2023/3.3*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

den dan een collectieve door de toets zwaarder te laten uitvallen. Bouwens en Bij de Vaate leggen dus de nadruk op de impact, Heerma van Voss op het gebrek aan *countervailing power*. Hierbij geldt dat het een het ander natuurlijk niet hoeft uit te sluiten. Hummel noemt nog een derde gezichtspunt, namelijk dat het voor de werknemer in het ene geval wel en in het andere geval niet duidelijk is dat de werkgever bevoegd is de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen.<sup>37</sup>

Men kan dus allerlei gezichtspunten bedenken die van belang zijn bij de zwaarte waarmee de toets uitvalt. Om deze (andere) redenen (dan de A-G noemt) acht ik het niet aannemelijk dat de Hoge Raad zou oordelen dat de toets van artikel 7:613 BW altijd zwaarder uitvalt dan die van artikel 7:611 BW. Terzijde: de toets van artikel 6:248 lid 2 BW zou in beginsel wel altijd zwaarder moeten uitvallen, nu dat neerkomt op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en de rechter hiervan met terughoudendheid gebruik dient te maken.<sup>38</sup>

## 7 De verschillen tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW

Maar het is daarmee niet gezegd dat de zwaarte bij beide artikelen altijd gelijk moet zijn. De artikelen en de daarop gebaseerde leerstukken zijn te verschillend om deze op één lijn te stellen. Ik zal hier eerst kort mijn betoog tot nu toe samenvatten. Daarna zal ik de verschillen tussen beide artikelen nader inventariseren en uitdiepen.

### 7.1 Tussentijdse samenvatting

- De samenhang tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW is nooit door de wetgever of de Hoge Raad erkend, maar is door sommigen gezocht om duiding te geven aan wat per ongeluk nagenoeg tegelijkertijd leek te ontstaan.
- In plaats daarvan moeten we de gedachte aan een dogmatische samenhang tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW sterk relativeren. Het zijn twee losstaande bepalingen. Die zijn op het eerste gezicht qua thema en uitkomst sterk vergelijkbaar, maar ze zijn ieder geworteld in een ander verbintenisrechtelijke uitgangspositie. Dat bij allebei sprake is van vage normen en er dus veel ruimte bestaat voor de redelijkheid en billijkheid, maakt niet dat er geen verschillen zijn.
- Artikel 7:613 BW gaat over eenzijdig wijzigen en daarvoor heeft een werkgever in beginsel geen (in de wet benoemde) grond nodig. Het artikel schrijft dat simpelweg niet voor. Uiteraard moet de grond (evenals bij artikel 7:611 BW) wel redelijk zijn, maar dat is wat anders.
- Bij het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding is eenzijdig wijzigen in beginsel niet mogelijk.

37 N. Hummel, in haar noot in TRA 2023/21. A-G Timmerman meent in de Wegener-conclusie dat de maatstaf van artikel 7:613 BW minder zwaar kan zijn dan die van artikel 7:611 BW: zie ECLI:NL:PHR:2011:BO9570, randnummer 3.3.

38 W.L. Valk in T&C BW Boek 6, aant. 4 bij artikel 6:2 BW, alsmede – voor het arbeidsrecht – HR 25 februari 2000, NJ 2000/471 (FNV/Frans Maas).

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

- Bij uitzondering geldt echter dat een werknemer moet meewerken aan een redelijk voorstel tot wijzigen, hetgeen dan aan de hand van de toets van artikel 7:611 BW wordt beoordeeld.
- Ter invulling van de toets van artikel 7:611 BW gaat het mede om proceduren zorgvuldigheidsnormen, die bij artikel 7:613 BW minder een rol spelen.
- Daardoor is de toetsingsmaatstaf bij artikel 7:611 BW anders en complexer dan bij artikel 7:613 BW. Bij dat laatste artikel gaat het hoofdzakelijk om een belangenafweging.

Ik ben dus van mening dat de beide artikelen niet ‘één pot nat’ zijn (en dat ook niet zouden moeten worden).<sup>39</sup> In lijn hiermee denk ik dat voor ieder van beide artikelen een andere toets geldt en dat die beide toetsen, afhankelijk van de concrete zaak, in zwaarte verschillend kunnen uitvallen.

## 7.2 Zes verschillen tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW

De verschillen die ik zie, zijn de volgende.

### *Vershil 1: het verbintenisrechtelijke uitgangspunt*

Dit uitgangspunt is wezenlijk anders. Bij artikel 7:611 BW is het uitgangspunt dat een werknemer en een werkgever tot overeenstemming moeten komen. Bij artikel 7:613 BW is het uitgangspunt dat een werkgever het eenzijdige wijzigingsbeding kan inroepen.<sup>40</sup>

### *Vershil 2: bij artikel 7:611 BW is een voorstel een verplichte stap, bij artikel 7:613 BW niet*

Bij artikel 7:611 BW zal de werkgever een voorstel moeten doen aan de werknemer. Sagel meent dat er op dit punt sprake is van een nuanceverschil en niet van een tegenstelling.<sup>41</sup> Ik zie dat om twee redenen anders. Ten eerste is het voorstel dat op grond van artikel 7:611 BW een verplichte stap is, bij artikel 7:613 BW alleen maar facultatief. Het kan helpen, maar als een werkgever op basis van een artikel 7:613-beding direct een redelijke wijziging doorvoert zonder eerst een voorstel te hebben gedaan, heeft hij niet zonder meer een probleem; bij artikel 7:611 BW wel. Hij schendt dan immers de eerste stap uit het beslisschema en daarmee is hij in beginsel ‘af’.<sup>42</sup> Mijn tweede bezwaar ziet op de manier en het moment waarop de wijziging tot stand komt. Als het voorstel de werknemer niet bereikt, kan het dus

39 L. Holtus vraagt zich bijvoorbeeld af: ‘Waarom nog wettelijk onderscheiden tussen werkgever die wél en werkgevers die geen eenzijdige-wijzigingsbeding hebben opgenomen?’, in: Holtus 2020, m.n. p. 47.

40 Zij het dat de werkgever de bewijslast heeft ten aanzien van het bestaan van het zwaarwichtig belang; Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 32; W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, Arbeidsovereenkomstenrecht 2023/2.4, Deventer: Wolters Kluwer 2023. Aannemelijk is dat ook bij artikel 7:611 BW een werkgever moet aantonen dat aan de stappen in het beslisschema is voldaan.

41 Sagel 2023, p. 23.

42 Zie paragraaf 6 ad b hiervoor: ik lees het beslisschema uit Stoof/Mammoet zo dat een werkgever met een beroep op artikel 7:611 BW een wijziging kan afdwingen als hij de daar genoemde stappen volgt. Doet hij dat, dan heeft hij het makkelijker dan in geval artikel 6:248 lid 2 BW van toepassing is. Volgt hij niet die stappen, dan zit hij wel vast aan de strengere toets van artikel 6:248 lid 2 BW.

niet tot een succesvolle wijziging komen. Bij artikel 7:613 BW werkt de wijziging nadat de werkgever daarvan gebruik heeft gemaakt. Het is in mijn visie voor de afdwingbaarheid niet van belang of de werknemer daarvan in kennis is gesteld (zie paragraaf 6 ad d hiervoor).

### *Vershil 3: er gelden verschillende toetsingscriteria*

Bij artikel 7:611 BW geldt een beslisschema van drie stappen. Een van die drie stappen bestaat weer uit een gezichtspuntencatalogus waarin zes specifieke omstandigheden worden genoemd:<sup>43</sup> (a) 'de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en (b) de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast (c) het belang van de werkgever en (d) de door hem gedreven onderneming – (e) de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en (f) diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden' [letters tussen haakjes toegevoegd; JvS]. Bij artikel 7:613 BW geldt een andere en minder complexe uitwerking van de norm. Uit het Fair Play-arrest blijkt dat er voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever moeten zijn die een wijziging rechtvaardigen. 'Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.'<sup>44</sup> Hoewel ook hier alle omstandigheden van het geval een rol spelen, is dat toch een andere afweging. Gundt leidt uit het woord 'mede' overigens af dat er wel ruimte is om aan meer aandacht te besteden dan de belangen van werkgever en werknemer. Ik vind dat enkele woord een te magere aanwijzing om aan te nemen dat dezelfde toets als bij artikel 7:611 BW zou gelden.<sup>45</sup>

Ten eerste worden deze omstandigheden veel minder specifiek uitgewerkt dan bij artikel 7:611 BW gebeurt. Ten tweede wordt het afwegingsproces in het Fair Play-arrest door de Hoge Raad als een afweging van de belangen van de werkgever en de werknemer geschetst. Bij artikel 7:611 BW wordt naast de belangen van de werkgever en de werknemer (gezichtspunten c en f) ook het belang van de onderneming genoemd (gezichtspunt d) én komen er nog drie gezichtspunten bij die bij artikel 7:613 BW niet (openlijk) spelen (gezichtspunten a, b en e). Ik verschil op dit punt dan ook van mening met Sagel, die stelt dat de hier genoemde gezichtspunten 'ook in het kader artikel 7:613 BW hun partijtje kunnen meebleren'.<sup>46</sup> Dat is weliswaar mogelijk omdat de Hoge Raad ook artikel 7:613 BW holistisch toetst (dus alle omstandigheden spelen een rol), maar die holistische toets kan alleen maar plaatsvinden binnen het uitgangspunt van artikel 7:613 BW. Dat uitgangspunt plaatst slechts de belangen van werkgever en werknemer tegenover elkaar. De uitgebreide

43 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847; RAR 2008/128; Prg. 2008/148; RvdW 2008/725; SR 2008/54, m.nt. J.J.M. de Laat; NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; JAR 2008/204, rov. 3.3.2 (Stoof/Mammoet).

44 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864; TRA 2020/15, m.nt. J.J.M. de Laat (Fair Play), rov. 3.13.

45 N. Gundt, Het wijzigingsrecht als koninklijke weg naar interne wendbaarheid, TvO 2020/2, par. 3.2.

46 Sagel 2023, p. 22.



Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

gezichtspuntencatalogus bij artikel 7:611 BW past bij de ingangseis van artikel 7:611, te weten dat er een wijziging van omstandigheden op het werk moet zijn. In situaties waarop die ingangseis gestoeld is, zoals een functiewijziging, is het logisch dat het belang van de onderneming (door mij hier opgevat als arbeidsorganisatie) wordt meegewogen. Een werknemer kan wel willen vasthouden aan zijn functie, maar collega's of de organisatie als geheel kunnen daardoor worden geraakt en daarom kan hun belang worden meegewogen.<sup>47</sup> Bij artikel 7:613-wijzigingen geldt niet de ingangseis dat het moet gaan om gewijzigde omstandigheden op het werk en gaat het om aanpassing van financiële arbeidsvoorwaarden. Daar lijkt het belang van de onderneming niet zo snel als gezichtspunt aan de orde te zijn.

*Vershil 4: bij artikel 7:611 BW geldt een ingangseis, bij artikel 7:613 BW niet*

Bij artikel 7:611 BW dient er sprake te zijn van 'gewijzigde omstandigheden op het werk'; bij artikel 7:613 BW is dat geen vereiste, getuige de opmerking van de Hoge Raad dat het daar speelt 'ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven'.<sup>48</sup> Als een werkgever een onkostenvergoeding wil afschaffen omdat de wetgever die niet meer fiscaal faciliteert, is er geen sprake van een gewijzigde omstandigheid op het werk; wel is dat een uitstekende reden om een eenzijdig wijzigingsbeding te gebruiken. Sagel acht deze invalshoek achterhaald.<sup>49</sup> Daarbij verwijst hij allereerst opnieuw naar het feit dat de Hoge Raad in het Fair Play-arrest heeft overwogen dat alle omstandigheden een rol spelen bij artikel 7:613 BW. Zoals bij het voorgaande punt al aan de orde kwam, miskent dat de gezichtspuntencatalogus, die juist op die 'gewijzigde omstandigheden op het werk' is toegespitst. Ten tweede wijst Sagel op artikel 7:613 BW-rechtspraak, waarin steeds gewijzigde omstandigheden op het werk aan de orde kwamen. Dat zegt naar mijn mening iets over de casusposities die leiden tot rechtsgeschillen en mogelijk ook iets over hoe partijen met dit (inderdaad subtiële) verschil omgaan. Het laat naar mijn mening echter open dat artikel 7:613 BW ook op andere situaties toepasbaar is.

*Vershil 5: de ondernemingsraad*

Ook de rol van de ondernemingsraad is (mogelijk) verschillend. Bij artikel 7:613 BW geldt het rechtsvermoeden van zwaarwichtigheid, zoals dat blijkt uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling. Het later als overbodig geschrapte tweede lid van artikel 7:613 BW luidde: het belang 'wordt vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn, als de regeling van arbeidsvoorwaarden (...) voortvloeit uit een de werkgever bindende cao dan wel is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad'.<sup>50</sup> Een dergelijk rechtsvermoeden ontbreekt bij artikel 7:611 BW. Enige relativering van dit verschil is echter op zijn plaats. Enerzijds is de kracht van dat rechts-

47 Naar het lijkt in gelijke zin Holtus 2020, m.n. p. 48.

48 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847; RAR 2008/128; Prg. 2008/148; RvdW 2008/725; SR 2008/54, m.nt. J.J.M. de Laat; NJ 2011/185, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; JAR 2008/204, rov. 3.3.2 (Stoof/Mammoet).

49 Sagel 2023, p. 24-25.

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

Prof. mr. J.M. van Slooten

vermoeden bij artikel 7:613 BW niet geheel duidelijk.<sup>51</sup> Anderzijds zal ook bij een artikel 7:611 BW-wijziging de visie van de ondernemingsraad een rol spelen, al was het maar omdat een van de gezichtspunten uit de hier toepasselijke catalogus op het ondernemingsbelang ziet.

*Vershil 6: een artikel 7:613-beding wordt vooraf schriftelijk overeengekomen*

Men kan ook nog wijzen op het feit dat artikel 7:613 BW alleen aan de orde is als een werknemer heeft ingestemd met een wijzigingsbeding. Dit dient bovendien schriftelijk te zijn overeengekomen. Hierin ligt een zekere waarborg dat de werknemer dit heeft kunnen laten meewegen bij zijn beslissing de overeenkomst te tekenen. Anders gezegd: de consent van de werknemer is bij voorbaat gegeven en dat rechtvaardigt toch op zijn minst een andere toetsing dan wanneer dat niet het geval is.<sup>52</sup>

Verburg heeft ook nog gewezen op het feit dat in het beslisschema van Stoof/Mammoet de laatste stap is of het voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden geveerd. Hij ziet daarin een verschil met artikel 7:613 BW: 'Het nut van een eenzijdige wijzigingsbeding in individuele situaties is in deze visie duidelijk: de werknemer heeft zijn verweer in de derde stap van Stoof/Mammoet prijsgegeven.'<sup>53</sup> Ik zie dat echter niet als een wezenlijk verschil, omdat artikel 7:613 BW ook voorschrijft dat getoetst wordt of 'het belang dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken'. Mijns inziens komt dat op hetzelfde neer als de derde stap in Stoof/Mammoet.

*7.3 Twee voorbeelden van hoe de verschillen kunnen uitpakken*

Vorenstaande opvatting dat er wezenlijke verschillen zijn tussen beide artikelen impliceert dat een wijziging op grond van artikel 7:613 BW kan worden doorgevoerd die met een beroep op artikel 7:611 BW niet mogelijk is, en vice versa. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

*Voorbeeld 1: collectief*

Een werkgever heeft met zijn ondernemingsraad een overeenkomst ex artikel 32 WOR gesloten waarbij de pensioenregeling in het licht van de Wet toekomst pensioenen wordt gewijzigd. Per saldo gaan de medewerkers er niet op achteruit, maar de aard van de regeling verandert wel, waardoor het gepercipieerde risico voor de deelnemer groter wordt. De werkgever heeft met alle medewerkers die na 1998 in dienst zijn getreden een eenzijdig wijzigingsbeding afgesproken. Er zijn drie medewerkers die al daarvoor in dienst waren en met wie een dergelijk beding niet is afgesloten. De werkgever kondigt aan dat de wijziging na het akkoord met de ondernemingsraad wordt doorgevoerd; er is enkel een informatiesessie. Er worden geen voorstellen gedaan aan de medewerkers, ook niet aan de drie die geen eenzijdig

51 Zie de conclusie van A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:644, randnummers 3.21- 3.23, bij HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864; TRA 2020/15, m.nt. J.J.M. de Laat (Fair Play).

52 Verburg 2012, p. 39 e.v.

53 Verburg 2012, p. 39 e.v.

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

wijzigingsbeding hebben getekend. Dat zal de werkgever ook niet willen doen, want dan suggereert hij onderhandelingsruimte die er niet is.

Ik voorzie op twee gronden dat deze drie medewerkers dit niet hoeven te accepteren. Ten eerste wordt hun geen voorstel gedaan waarop zij kunnen reageren. Als de werkgever dat voorstel om tactische redenen toch zou doen, moet hij erkennen dat hij in wezen geen onderhandelingsmarge heeft om met de drie tot afwijkende resultaten te komen. De deal met de ondernemingsraad laat immers – dat is het tweede punt – geen ruimte om tot een afweging te komen waarbij specifiek wordt gekeken naar de positie en belangen van deze oudere werknemers. De ondernemingsraad zal willen vasthouden aan de deal. Hij zal gebrand zijn op gelijke behandeling en zal mogelijk tevens beargumenteren dat er bij de onderhandelingen al rekening is gehouden met de positie en belangen van de oudere werknemers.

Dit is een casus waarvoor het eenzijdige wijzigingsbeding is bedoeld en waarbij het de vraag is of een werkgever met artikel 611 BW heel ver komt.

#### *Voorbeeld 2: individueel*

Een werkgever heeft een afdeling met een managementteam waarin twee van de drie leden niet door één deur kunnen met elkaar. Er is geen sprake van disfunctioneren en evenmin van een verstoorde arbeidsverhouding met de werkgever of andere collega's. De werkgever wil één van beiden overplaatsen naar het managementteam van een andere afdeling, maar dat staat niet in diens functieomschrijving. Ik schat in dat enkel een beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding onvoldoende zal zijn in de ogen van de rechter. Waarom deze en niet de andere? Wie paste het beste in dat andere managementteam? Hoe kijkt de rest van de organisatie hiernaar? Is de werkgever bereid wat garanties te bieden aan de manager? Bijvoorbeeld dat hij niet direct ontslagen zal worden als het op de nieuwe afdeling niet goed gaat? Of dat hij terug mag als de andere manager weggaat? Dat zijn allemaal vragen die redelijkerwijs behandeld zullen moeten worden en daarvoor is bij artikel 7:613 BW onvoldoende ruimte omdat dit artikel als uitgangspunt neemt dat het alleen om de belangen van de werkgever ten opzichte van de werknemer gaat.

Deze voorbeelden laten zien dat het van belang blijft naar de achtergrond van artikelen 7:611 en 7:613 BW te blijven kijken. Artikel 7:613 BW biedt vooral een regel om de collectieve ordening van arbeidsvoorwaarden efficiënt en rechtvaardig te laten verlopen. Werkgevers die niet alle arbeidsvoorwaarden in de cao hebben geregeld, doen er in mijn ogen dus nog altijd goed aan een eenzijdig wijzigingsbeding af te spreken en daar ook gebruik van te maken als zij een wijzigingswens hebben die samenhangt met die collectieve orderingsgedachte.

De wijziging via artikel 7:611 BW is een nuttig vehikel om individuele casusposities rondom functies te beoordelen waarin de werkgever wil wijzigen. Tevens kan dit een redmiddel zijn als de werkgever in een meer collectieve zaak wil wijzigen, maar hij geen wijzigingsbeding heeft afgesproken. De casus van het IFF-arrest is daar een goed voorbeeld van.

Prof. mr. J.M. van Slooten

De IFF-casus laat overigens zien dat een overlap tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW zeker niet is uitgesloten. Dit was bij uitstek een casus voor artikel 7:613 BW. De aanleiding voor de wijziging – een fiscale verandering – doet zich vaker voor en de bedoeling van de wijziging was het collectief ordenen van de cao-groep en de post-2003-groep. Er ontbrak hier echter een eenzijdig wijzigingsbeding en daarom moest de zaak aan artikel 7:611 BW worden getoetst. Ik neem aan dat IFF het heeft betreurd dat er blijkbaar geen eenzijdig wijzigingsbeding van toepassing was.

## **8 Conclusie: er is wezenlijk verschil tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW en dat kan maar beter zo blijven**

Hoewel het IFF-arrest op het eerste gezicht weinig nieuws biedt, nodigt het uit om het Stoof/Mammoet-arrest vanuit een ander perspectief te bekijken. Dat andere perspectief is om de neiging tot het bouwen van een logisch systeem op dit moment los te laten. De gelijktijdige geboorte van artikel 7:613 BW en Van der Lely/Taxi Hofman leek een historisch ongeluk en dus was het logisch dat de literatuur op zoek ging naar een logisch systeem waarin beide artikelen een plaats verdienen. Wie zo'n logisch systeem zoekt, komt vroeg of laat tot de conclusie dat er geen (perfect) systeem is. Dat toont zo'n 25 jaar vruchteloos zoeken wel aan. Het andere perspectief is om te aanvaarden dat er juist geen systeem is. Het zijn twee aparte artikelen (toevallig staan ze dicht bij elkaar) die allebei de wijziging met een redelijkheidstoets proberen te regelen (zij het dat die in mijn ogen onderling wel degelijk verschilt). De Hoge Raad schrijft immers zelf: 'hoewel het op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat'.

Als we aanvaarden dat er geen samenhang hoeft te zijn tussen beide, is het aanvaardbaar dat de artikelen dezelfde domeinen bestrijken en dat er geen hiërarchie in toetsingsmaatstaf bestaat, zoals ik hiervoor concludeerde.<sup>54</sup> Maar dat is niet hetzelfde als stellen dat de verschillen tussen artikelen 7:611 en 7:613 BW verwaarloosbaar zijn. Sagel heeft in een drietal artikelen over het IFF-arrest een tegengestelde conclusie bereikt.<sup>55</sup> Hij concludeert dat er twee wijzigingsmaatstaven naast elkaar bestaan die beide hetzelfde regelingsbereik hebben en die ook inhoudelijk ten gronde gelijk zijn. Hij vindt dat 'niet logisch en niet praktisch'.<sup>56</sup> Ten slotte stelt hij voor om voortaan alleen met artikel 7:613 BW door te gaan, maar dit dan zo te wijzigen dat er geen wijzigingsbeding meer hoeft te worden afgesproken.

Uit voorgaande blijkt waarom ik meen dat er wel nog ruimte is voor het naast elkaar bestaan van artikelen 7:611 en 7:613 BW. Naar mijn mening moeten we echter niet alleen focussen op het grijze gebied waarin het lastig is om de verschillen te zien. Die verschillen zijn er qua uitkomst vaak niet, omdat het inderdaad in beide gevallen op een redelijkheidstoets aankomt. Als we daarentegen focussen op de

54 Ik meen een enigszins vergelijkbare benadering te zien bij Holtus 2020, m.n. p. 35.

55 Sagel 2023.

56 Sagel 2023, p. 32.

Het IFF-arrest: het onderscheid tussen artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW is en blijft relevant

uitgangspunten waarvoor beide artikelen/leerstukken zijn ontworpen (artikel 7:611 BW individueel en artikel 7:613 BW collectief), dan zien we dogmatische verschillen. Bij beide artikelen speelt een belangrijke rol dat partijen veelal een duurovereenkomst met elkaar zijn aangegaan en de onderneming een belangengemeenschap is,<sup>57</sup> dat de daaraan ten grondslag liggende feiten in de loop van de tijd kunnen veranderen en dat dit van beide partijen soms een zekere inschikkelijkheid vraagt, zeker ook in het licht van ons relatief strikte ontslagrecht (dat is daardoor geen knop waaraan makkelijk gedraaid kan worden, zoals in sommige andere stelsels).

Maar het eerste verschil is dat we voor collectieve arbeidsvoorwaarden een uitgebreid stelsel hebben, getuige de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten en de vele internationale normen die dat stelsel borgen.<sup>58</sup> Kern daarvan is de erkenning dat de belangen van werknemers beter collectief kunnen worden geregeld en dat daartoe collectieve werknemersvertegenwoordigers en hun afspraken met werkgevers (vertegenwoordigers) bijzondere bescherming verdienen. Bij collectieve arbeidsvoorwaarden is – ten tweede – het uitgangspunt dat er geregeld wijzigingen plaatsvinden; daar is het recht ook op ingesteld (cao's duren doorgaans één tot twee jaar). Bij de individuele arbeidsovereenkomst ontbreekt dat uitgangspunt juist, maar moet onderkend worden dat het soms in bijzondere gevallen nodig is om tot een wijziging te komen. Bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming spelen tenslotte solidariteit en gelijke behandeling een belangrijke rol; in vraagstukken rondom de aanpassing van een individuele arbeidsovereenkomst doorgaans veel minder.

Dit stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming wordt met het voorstel van Sagel op de tocht gezet. Waarom zouden werkgevers dan immers nog met vakbonden of ondernemingsraden willen onderhandelen? Bestaat althans niet het gevaar dat zij dat minder snel zullen doen? En is het geen verplichting van Nederland om de cao als instituut te beschermen en dreigt die niet met dit voorstel verzaakt te worden? Een dergelijke verplichting geldt in veel mindere mate ten aanzien van de individuele arbeidsovereenkomst. Ons individuele arbeidsrecht wordt gekenmerkt door een strikt ontslagrecht en door de inbedding van het arbeidsrecht in het algemeen vermogensrecht. Beide verklaren waarom de Hoge Raad tot de Stoof/Mammoet-leer is gekomen. Dat het ontslagrecht strikt is, verhoogt de druk om met behoud van de relatie tot een aanpassing van het contract te komen. De inbedding in het algemeen vermogensrecht en de ongelijkheidscompensatie brengen mee dat daarvoor een speciale manier van aanpassing van het contract moest worden ontworpen; zie het beslisschema en de gezichtspuntencatalogus uit het arrest.

Ik heb dan ook mijn vraagtekens bij het voorstel van Sagel om artikel 7:613 BW als enige wijzigingsnorm te hanteren en dit dan te ontdoen van de eis dat er wel een

57 Holtus 2020, m.n. p. 61.

58 Zie o.a. de ILO-verdragen 87, 98, 135 en 154; R. van Steenberghe, De vakbond inruilen voor de OR, kan dat zomaar?, TRA 2019/106.

Prof. mr. J.M. van Slooten

eenzijdig wijzigingsbeding moet zijn afgesproken. Dat voorstel roept ook de vraag op wat we dan moeten met het cao-incorporatiebeding. Dat beding is nodig om een werknemer die geen lid is van een vakbond aan een cao te binden. Ons cao-recht gaat er immers van uit dat een werknemer – behalve bij algemeenverbindendverklaring – niet zonder akkoord aan een cao gebonden is. Dat uitgangspunt komt op de tocht te staan als een cao-loze werkgever een beroep op artikel 7:613 BW kan doen zonder dat hij zich op een eenzijdig wijzigingsbeding hoeft te beroepen, terwijl een werkgever die wel cao's aangaat een incorporatiebeding nodig heeft om een werknemer aan een verslechtering te binden.

Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat de praktijk worstelt met de verschillen tussen beide artikelen. en het IFF-arrest zal die worsteling niet kleiner maken. De wetgever is wat mij betreft aan de beurt, omdat de Hoge Raad 25 jaar na het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest wel de grenzen van zijn rechtscheppende taak lijkt te hebben bereikt. Daarvan valt niet meer zo veel te verwachten, is mijn inschatting. Ik zou de wetgever willen suggereren om de hiervoor aangeduide verschillen tussen de beide artikelen te verduidelijken door de collectieve ordeningsfunctie van artikel 7:613 BW beter in de tekst tot uitdrukking te brengen.

Het zou mooi zijn als dan tevens wordt verduidelijkt of artikel 7:611 BW ook bij wijziging van cao's kan worden gebruikt. Nu dit artikel blijkens het IFF-arrest kan worden toegepast op voorstellen tot collectieve wijziging van arbeidvoorwaarden, is het immers de vraag of dat ook geldt voor cao's, de overeenkomst bij uitstek waarmee collectieve wijzigingen tot stand komen. Helaas vergt deze vraag meer tijd dan het bestek van dit artikel toelaat. Ik zie zo op het eerste gezicht ruimte om die vraag positief te beantwoorden en tegelijkertijd zijn daar ook vanuit het cao-recht bezien bezwaren tegenin te brengen. Het is dus te hopen dat ook daarover duidelijkheid komt.