

Loonoffers in tijden van Corona

Zeki, Nuna

Published in:
Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context

Document version:
Early version, also known as pre-print

DOI:
[10.13140/RG.2.2.34121.98404](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.34121.98404)

Publication date:
2020

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Zeki, N. (2020). Loonoffers in tijden van Corona. *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, 2020(3), 1-11.
<https://doi.org/10.13140/RG.2.2.34121.98404>

General rights

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

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

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Loonoffers in Tijden van Corona

mr. dr. N. Zekić¹

1. Inleiding

Het nieuwe coronavirus (COVID-19) heeft voor een wereldwijde crisis gezorgd. Deze ‘coronacrisis’ treft in de eerste plaats de volksgezondheid, maar de economische gevolgen lijken ook immens groot te zijn. Zo hebben de maatregelen om het virus in te dammen veel bedrijven in financiële moeilijkheden gebracht. We weten dat bij slechte financiële omstandigheden bedrijven vaak bezuinigingen.² Sommige ondernemingen vragen hun werknemers om loonoffers. Sommige ondernemingen *eisen* loonoffers of verlagen eenzijdig de lonen.³ Niet zelden gaan dergelijke loonoffer-voorstellen vergezeld van de boodschap dat de loonoffer noodzakelijk is om collectief ontslag of zelfs faillissement af te wenden.⁴

De invloed van de coronacrisis op de loonontwikkeling in cao’s is reeds halverwege 2020 zichtbaar: de dalende lijn in de loonontwikkeling is ingezet.⁵ In sectoren die hard geraakt zijn door de coronacrisis is zelfs de nullijn teruggekeerd.⁶ Voor de meeste werkgevers is het collectieve overleg met de werknemersorganisaties de aangewezen weg om tot een verlaging van lonen te komen.⁷

Indien er echter geen cao (meer) geldt, kan de werkgever proberen de loonsverlaging *eenzijdig* door te voeren. Daarmee komen we bij het vraagstuk ‘wijziging van arbeidsvoorwaarden’. Hoe actueel de vraag ook is in hoeverre de werkgever gerechtigd is eenzijdig de lonen te verlagen, het juridisch kader dat we gebruiken om die vraag te beantwoorden, is niet veranderd. Dat

¹ Nuna Zekić is universitair hoofddocent arbeidsrecht aan Tilburg University, departement Sociaal Recht en Sociale Politiek.

² Onder de aangekondigde NOW 3.0 regeling zal de werkgever in staat worden gesteld een gedeelte van de loonsom te laten dalen zonder dat de subsidie naar beneden wordt bijgesteld. In de Kamerbrief wordt expliciet verwezen naar de mogelijkheid van een vrijwillig loonoffer, zie *Kamerstukken I* 2019-2020, 35420, nr. M, p. 5.

³ Zo laat KLM weten de lonen niet te verhogen met 2,5%, zoals afgesproken was in de cao’s, zie NOS Nieuws, ‘KLM schort eenzijdig loonsverhoging op, bonden reageren verdeeld’, 13 augustus 2020 <https://nos.nl/artikel/2343950-klm-schort-eenzijdig-loonsverhoging-op-bonden-reageren-verdeeld.html>.

⁴ Zie over de loonoffers bij de inmiddels failliete V&D bijv. Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899, RAR 2015/75.

⁵ AWWN Whitepaper, *Tussenevaluatie cao-seizoen 2020*, AWWN juli 2020, p. 5, <https://www.awvn.nl/publicaties/achtergrond/cao-seizoen-2020-tussenevaluatie>.

⁶ Het gaat om cao Hoveniers, Beroepsgoederenvervoer en Groothandel Groente en Fruit.

⁷ Zie ook N. Zekić, A.T.J.M. Jacobs en W. Plessen, ‘Versobering van arbeidsvoorwaarden bij cao en behoud van werkgelegenheid, een verkenning’, in A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers (red.), *70 jaar VvA: einde van het begin*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 87-109.

juridisch kader was en blijft echter ingewikkeld. Zo staan aan de ene kant het principe ‘contract is contract’ en de boodschap dat bij het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding, arbeidsvoorwaarden alleen met instemming van de werknemer gewijzigd kunnen worden, terwijl tegelijkertijd wordt gezegd dat onder omstandigheden de werknemer gehouden kan zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging.⁸ De uitkomst van gerechtelijke procedures was al moeilijk te voorspellen.⁹ Door de recente ontwikkelingen in de rechtspraak is dit juridisch kader niet eenvoudiger geworden.¹⁰ Een wijziging van arbeidsvoorwaarden kan bijvoorbeeld neerkomen op (gedeeltelijk) ontslag. Dit kan een ander invalshoek bieden om naar loonoffers te kijken. Daarnaast kan coronacrisis gezien worden als een ‘buitengewone noodsituatie’¹¹ waardoor de uitkomst van de vraag wanneer loonsverlaging eenzijdig doorgevoerd kan worden wellicht anders kan zijn dan we tot nu toe gewend zijn.

Deze bijdrage gaat in op de vraag in hoeverre de werkgever gerechtigd is eenzijdig lonen te verlagen naar aanleiding van een crisis, zoals de coronacrisis. Eerst wordt kort het juridisch kader geschetst (par. 2). Paragraaf 3 gaat dieper in op wijziging van arbeidsvoorwaarden in relatie tot het ontslag. Vervolgens komt de (lagere) rechtspraak aan bod met zaken waarbij de werkgever naar aanleiding van de coronacrisis de arbeidsovereenkomst eenzijdig heeft willen wijzigen (par. 4).¹² Afgesloten wordt met conclusies (par. 5).

2. Het juridisch kader

In theorie kan de werkgever vier verschillende gronden inroepen om de arbeidsovereenkomst te wijzigen en dat gebeurt in de praktijk ook geregeld.¹³ De voornaamste grond is het eenzijdig wijzigingsbeding als geregeld in artikel 7:613 BW. Daarnaast zijn er de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW en de onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 BW. Artikel 7:611 BW en het ‘goed werknemerschap’ komen pas in beeld wanneer is vastgesteld dat een eenzijdig wijzigingsbeding ontbreekt.¹⁴ Artikel 7:611 BW is geen grond voor *eenzijdige* wijziging. Toch wordt het dikwijls betrokken in de juridische procedures. Het is goed om op te merken dat wanneer de werkgever tijdelijk – bijvoorbeeld tijdens de duur van de lockdown – in het geheel geen loon heeft betaald, omdat niet gewerkt kon worden, dit in de eerste plaats getoetst zou moeten worden aan artikel 7:628 BW.¹⁵ Dat artikel regelt wanneer de werknemer zijn recht op loon behoudt in het geval hij geen arbeid verricht. Hier staat echter het wijzigen van de arbeidsovereenkomst centraal. De gronden waarop de werkgever de wijziging kan baseren, worden hieronder nader toegelicht.

⁸ Zie bijv. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

⁹ Zie bijv. N. Zekić, ‘All is fair in love and crisis? Loonoffers en goed werknemerschap’, *TAP* 2016/77, p. 10-16.

¹⁰ Zie bijv. HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*); HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

¹¹ Zie bijv. Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536.

¹² Het onderzoek voor deze bijdrage is afgerond op 1 september 2020.

¹³ Zie bijv. Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899; Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8468, *JAR* 2010/270.

¹⁴ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3.3.3.

¹⁵ Vlg. J.M. van Slooten in zijn noot bij Rb. Oost-Brabant 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838, *JAR* 2020/156.

2.1 Artikel 7:613 BW

De arbeidsovereenkomst kan een beding bevatten dat de werkgever het recht geeft de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Artikel 613 regelt echter dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een dergelijk beding, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Er dient dus een belangenafweging te worden gemaakt, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd, indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen.

Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval vereiste gewicht van de belangen van de werkgever voor het doorvoeren van de wijziging mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan, zo oordeelde de Hoge Raad recent in de *Fair Play arresten*.¹⁶ Het ging daarin om het eenzijdig wijzigen van de pensioenpremielastverdeling ten nadele van de werknemers. De groepsondernemingsraad (GOR) had met de wijziging ingestemd. Slechts vijf van de meer dan vijfhonderd werknemers maakten bezwaar tegen deze wijziging. Het hof oordeelde in deze zaak dat de werkgever in feite om een loonoffer vraagt, nu hij eenzijdig een primaire arbeidsvoorwaarde wijzigt. De Hoge Raad benadrukte dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarde in dit geval voor de werknemers een substantiële inkomensachteruitgang betekent, terwijl voor dit loonoffer geen bedrijfseconomische noodzaak bestond. Dat had het hof ook vastgesteld. Volgens de Hoge Raad had het hof daardoor het gewicht van de belangen van de werknemers in het oordeel betrokken en afgezet tegen het belang van de werkgever bij de wijziging en heeft hij niet enkel gekeken of de door de werkgever aangevoerde redenen voor de wijziging een zwaarwichtig belang opleveren.

Hiermee koos de HR voor de zogenoemde ‘relatieve leer’, dat wil zeggen dat het bestaan van een zwaarwichtig belang slechts kan worden beoordeeld in verhouding tot het door de wijziging geraakte belang van de werknemer.¹⁷ Niet vereist is dat de werkgever op zichzelf bezien een zwaarwichtig belang heeft. Toch waarschuwt Gundt er terecht voor om de toepassing van artikel 7:613 BW niet te reduceren tot enkel de afweging van werkgeversbelangen tegen werknemersbelangen.¹⁸ De werkgever moet wel een objectieve aanleiding voor een wijziging hebben.

Bij de totstandkoming van artikel 7:613 BW is gesteld dat het zwaarwichtige belang verondersteld wordt, indien de OR met de wijziging heeft ingestemd. Dit was opgenomen in het oorspronkelijke artikel 7:613 lid 2 BW dat na veel discussie werd geschrapt.¹⁹ Onduidelijk

¹⁶ HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1867 (*Fair Play*), rov. 3.1.3. Zie ook ECLI:NL:HR:2019:1870, 1864, 1869.

¹⁷ Zie noot van J.J.M. de Laat bij ECLI:NL:HR:2019:1864, *TRA* 2020/15.

¹⁸ N. Gundt, ‘Het wijzigingsrecht als koninklijke weg naar interne wendbaarheid’, *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2020 nr. 2, p. 60.

¹⁹ *Kamerstukken I*, 1997/98, 24615, nr. 81a, p. 9.

is hierdoor wat de instemming van de OR waard is. Over het algemeen wordt aangenomen dat met de instemming van de OR de werkgever een sterk argument heeft voor het bestaan van een zwaarwichtige reden.²⁰ Toch is de instemming niet doorslaggevend. De belangenafweging kan vervolgens in het nadeel vallen van de werkgever, zo blijkt uit de *Fair Play*-arresten.²¹ De Hoge Raad heeft niet willen aangeven hoe belangrijk de instemming van de OR of het feit dat de meerderheid van de werknemers de wijziging heeft geaccepteerd is; een wijs besluit volgens De Laat.²² Wat we wel uit die arresten kunnen afleiden is dat bij loonoffers instemming van de OR noch het feit dat de meerderheid van de werknemers de wijziging heeft geaccepteerd doorslaggevend zijn. In de toets van artikel 7:613 BW moeten alle omstandigheden van het geval worden meegenomen. Daarnaast lijkt het erop dat bij loonoffers (wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden) sprake moet zijn van een bedrijfseconomische noodzaak.

2.2 Artikel 7:611 BW

In het bekende *Stoof/Mammoet*-arrest overwoog de Hoge Raad expliciet dat bij het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding de werknemer in beginsel niet gehouden is wijzigingsvoorstellen van de werkgever te aanvaarden.²³ De werkgever moet in dat geval in principe instemming van de werknemer hebben om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De norm van goed werknemerschap kan echter met zich brengen dat een werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk in het algemeen positief ingaat, zo had de Hoge Raad eerder overwogen.²⁴

Het uitgangspunt na *Stoof/Mammoet* was steeds dat als er geen overeenstemming wordt bereikt, de rechter *kan* oordelen dat de werknemer met zijn weigering in strijd handelt met artikel 7:611 BW, maar dat hieruit niet volgt dat de werknemer moet instemmen. Er is met andere woorden geen sprake van een eenzijdige wijziging. Blijvende weigering in te stemmen kan echter wel een rol spelen in een eventuele ontslagprocedure.²⁵ Dat betekent dat artikel 7:611 door sommigen als een mogelijke grondslag voor eenzijdige wijziging werd gezien.²⁶ In de literatuur werd terecht de vraag gesteld wat het onderscheid tussen overeenstemming en eenzijdige wijziging nu waard was, indien een werknemer gedwongen kan zijn een voorstel te accepteren.²⁷ Het onderscheid biedt de werknemer in de onderhandelingen in ieder geval weinig steun.²⁸

²⁰ Zie bijv. N. Gundt, 'Het wijzigingsrecht als koninklijke weg naar interne wendbaarheid', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2020 nr. 2, p. 62.

²¹ HR 11 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1870. Vgl. ECLI:NL:HR:2019:1864, 1867, 1869.

²² J.J.M. de Laat, *TRA* 2020/15.

²³ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3.3.3.

²⁴ HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767, *JAR* 1998/199.

²⁵ F.G. Laagland en I. Lintsen, 'De Europese invloed op fundamenten van het Nederlandse arbeidsrecht: het ondeelbaarheidsbeginsel op de schop?', *TRA* 2020/63.

²⁶ Zie bijv. A-G De Bock in haar conclusie bij de *Kolom*-beschikking, ECLI:NL:PHR:2018:416, sub 3.15. A-G De Bock is in haar conclusie bij de *Victoria*-beschikking minder stellig op dit punt, terwijl de HR in de laatstgenoemde beschikking juist wel van eenzijdige wijziging lijkt uit te gaan, zie ECLI:NL:HR:2020:283, sub 3.3.3.

²⁷ Zie bijv. J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *ArA* 2008 nr. 3, p. 63.

²⁸ Zie G.J.J. Heerma van Voss in zijn annotatie bij het arrest *Stoof/Mammoet* in *NJ* 2008/185.

In het *Stoof/Mammoet*-arrest heeft de Hoge Raad criteria ontwikkeld aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of de werknemer het voorstel moet aanvaarden en die criteria bieden de werknemer wel steun. Dit wordt een dubbele redelijkheidstoets genoemd,²⁹ of zelfs een drievoudige redelijkheidstoets.³⁰ De toets kent in ieder geval drie stappen. Eerst moet worden bekeken of er sprake is van een wijziging van omstandigheden en of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging. Ten tweede moet worden beoordeeld of het voorstel inhoudelijk redelijk is, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. De Hoge Raad noemt daarbij expliciet de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Tot slot volgt de derde stap: kan aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van de werknemer gevergd worden?

Recent overwoog de Hoge Raad in de *Victoria*-beschikking dat de werknemer op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf ‘gehouden kan zijn in te stemmen’ met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, wat in resultaat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding.³¹ Door aan een vermindering van arbeidsduur op grond van een wijziging conform de *Stoof/Mammoet*-maatstaf een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding³² te koppelen lijkt de Hoge Raad inderdaad uit te gaan van de eenzijdigheid van de wijziging ex artikel 7:611 BW.³³

Aan de *Victoria*-beschikking ging de *Xella*-beschikking vooraf waarin de (prejudiciële) vraag werd gesteld of de *Stoof/Mammoet*-maatstaf zich ook leent voor een ‘omgekeerde toepassing’. Met andere woorden, kan de werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden zijn in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot wijziging van de arbeidsovereenkomst? De *Xella*-zaak ging over de zogenoemde ‘slapende dienstverbanden’.³⁴ De Hoge Raad beantwoorde die vraag ontkennend: de *Stoof/Mammoet*-toets leent zich niet voor omgekeerde toepassing. De positie van de werknemer is anders dan die van de werkgever. De werkgever staat in een gezagsverhouding tot de werknemer en dient bij de uitoefening van zijn bevoegdheden niet alleen het belang van de individuele werknemer te betrekken, maar ook andere belangen, waaronder de belangen van andere werknemers.³⁵ Als echter voldaan is aan

²⁹ Zie bijv. A-G De Bock in haar conclusie bij de *Kolom*-beschikking, ECLI:NL:PHR:2018:416, sub 3.15.

³⁰ F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘De Europese invloed op fundamenten van het Nederlandse arbeidsrecht: het ondeelbaarheidsbeginsel op de schop?’, *TRA* 2020/63.

³¹ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.3.3. Over de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zie hieronder.

³² Indien aan de voorwaarden uit de *Kolom*-beschikking wordt voldaan; zie uitgebreider hieronder.

³³ Bij een (gedeeltelijke) beëindiging met wederzijds goedvinden o.g.v. art. 7:670b BW is er immers geen recht op een (gedeeltelijke) transitievergoeding. Zie ook D.M.A. Bij de Vaate, ‘Gedeeltelijke beëindiging en het toetsingsmoment in ontslagzaken’, *ArA* 2020-2, p. 73.

³⁴ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*), *JAR* 2019/312 m.nt. M.L.G. Otto; *NJ* 2020/135 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

³⁵ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*), rov. 2.6.3.

de vereisten voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding.³⁶ Volgens Houweling introduceerde de Hoge Raad hiermee een ‘ontslagplicht’.³⁷

Later, in de *Victoria*-beschikking, gaf de Hoge Raad aan het voorgaande zelfs een verdergaande strekking: deze regel kan ook gelden voor een niet-slapend dienstverband en voor deeltijdontslag.³⁸ Verwijzend naar de *Xella*-beschikking, overwoog de Hoge Raad dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW of op grond van de Wet flexibel werken gehouden kan zijn met een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst van de kant van de werknemer in te stemmen. Of de werkgever daartoe gehouden kan zijn, is echter weer een andere toets dan de toets die ontwikkeld is in *Stoof/Mammoet*. Gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de overeengekomen werkzaamheden, de aan het voorstel van de werknemer ten grondslag liggende omstandigheden en de omstandigheden binnen het bedrijf van de werkgever.³⁹

Blijkbaar ziet de *Stoof/Mammoet*-toets op voorstellen van de werkgever en de toets uit *Xella* en *Victoria* op voorstellen van de werknemer. In beide toetsen speelt ‘goed werkgeverschap’ echter een rol. Volgens *Stoof/Mammoet* moet eerst worden bekeken of er sprake is van een wijziging van omstandigheden en of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging. Terecht vraagt Vegter in haar noot op de *Victoria*-beschikking zich af of de inhoud van het goed werkgeverschap wezenlijk anders is al naargelang een voorstel door een of de andere partij wordt gedaan.⁴⁰ Wederom wordt het juridisch kader van wijziging van arbeidsvoorwaarden gecompliceerder gemaakt.

2.3 Artikel 6:248 lid 2 BW

In het tweede lid van artikel 6:248 BW is bepaald dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁴¹ Hoewel de norm van goed werkgever- en goed werknemerschap een specificatie is van de redelijkheid en billijkheid uit artikel 6:2 en 6:248 BW, heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk geoordeeld dat artikel 7:611 BW een eigen toetsingskader kent en dat de 7:611-toets niet op

³⁶ Idem, rov. 2.7.3.

³⁷ A.R. Houweling in zijn noot op de *Xella*-beschikking, *AR Updates* 2019/1182.

³⁸ Zie M.S.A. Vegter in haar noot op de *Victoria*-beschikking, *TRA* 2020/46.

³⁹ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.3.3 en 3.3.7.

⁴⁰ M.S.A. Vegter, *TRA* 2020/46.

⁴¹ Hoewel bij art. 6:248 BW redelijkheid en billijkheid van rechtswege hun werking hebben, wat wil zeggen dat de partijen niet op een uitspraak van de rechter hoeven te wachten, zoals het geval is bij art. 6:258 BW, wordt de vraag naar de toepasselijkheid van art. 6:248 BW in veel gevallen ook aan de rechter worden voorgelegd, zie C.H. Sieburgh, Asser/Sieburgh 6-III 2018, 16.4 (Onvoorziene omstandigheden), nr. 446.

een lijn gesteld moet worden met de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248 lid 2 BW.⁴² De onaanvaardbaarheidstoets is een zwaardere toets. De formulering ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ brengt tot uitdrukking dat de rechter bij de toepassing van lid 2 de nodige terughoudendheid zal moeten betrachten.⁴³ Bij een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW rust de hele stelplicht en bewijslast op degene die de overeenkomst wil wijzigen. In 2000 moest de rechter oordelen over een zaak waarin de werkgever de suppletierегeling, op grond waarvan aan werknemers bij ziekte vanaf de eerste dag het loon tot 100% werd aangevuld, eenzijdig had gewijzigd naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Wet Terugdringing Ziekteverzuim. De rechter had geoordeeld dat het ‘niet redelijk’ was dat de werkgever de suppletierегeling ongewijzigd in stand zou moeten laten. De Hoge Raad oordeelde echter dat ‘niet redelijk’ een andere toets is dan onaanvaardbaarheidstoets zoals die met terughoudende bewoordingen in artikel 6:248 lid 2 BW is vervat.⁴⁴ Een grote mate van terughoudendheid mag dus van rechters worden verwacht wanneer de werkgever een beroep doet op artikel 6:248 lid 2 BW om zo het afgesproken loon te verlagen.

2.4 Artikel 6:258 BW

Artikel 6:258 BW geeft de rechter de mogelijkheid om op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Ook hier spelen de redelijkheid en billijkheid een rol. Bij een beroep op onvoorziene omstandigheden geldt een vergelijkbare terughoudende maatstaf als bij het tweede lid van artikel 6:248 BW.⁴⁵ De rechter mag de overeenkomst echter niet wijzigen wanneer de omstandigheden waarop de eiser zich beroept, krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen (lid 2). Het zal waarschijnlijk niet moeilijk zijn de rechter ervan te overtuigen dat de coronapandemie en de daaropvolgende maatregelen onvoorziene omstandigheden waren. Lastiger is de vraag voor wiens rekening deze omstandigheden dienen te komen.

Uitspraken van rechters die in 2009 en 2010 oordeelden over de wens van ABN AMRO om de beëindigingsvergoedingen aan werknemers in verband met de ingetreden kredietcrisis te matigen, kunnen hier relevant zijn.⁴⁶ In die uitspraken kwamen de rechters uiteindelijk uit op een toets aan artikel 6:258 BW (en artikel 6:248 lid 2 BW). De kredietcrisis werd gezien als een onvoorziene omstandigheid.⁴⁷ Deze omstandigheid lag volgens de meeste rechters in haar eigen risicosfeer, te meer nu voor de instandhouding van de onderneming niet hoefde te worden

⁴² HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

⁴³ W.L. Valk, *T&C BW*, commentaar op art. 6:248 BW.

⁴⁴ HR 25 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4942, *NJ* 2000, 471 (*FNV/Frans Maas*).

⁴⁵ Zie bijv. HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 (*Weena Zuid*).

⁴⁶ Zie Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, LJV BJ9678, *JAR* 2009/261; Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, LJV BK0199, *JAR* 2009/264; LJV BK0224, *JAR* 2009/265; LJV BK0260; LJV BK0055; LJV BJ9943; LJV BJ9807; LJV BK0053; LJV BJ9950. Zie ook Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8468, *JAR* 2010/270.

⁴⁷ Zie bijv. Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8468, *JAR* 2010/270.

gevreesd.⁴⁸ Het hof in Amsterdam oordeelde dat de gevolgen van het door ABN AMRO in het verleden gehanteerde beloningsbeleid eerder voor haar rekening dient te komen dan voor die van de individuele werknemer.⁴⁹ Ook in andere gevallen is geoordeeld dat de kredietcrisis en het maatschappelijk debat over bonussen er niet aan in de weg staan dat overeenkomsten moeten worden nagekomen.⁵⁰ Achteraf kunnen we vaststellen dat ook meer algemeen de kredietcrisis als ‘normaal’ ondernemersrisico werd gezien.⁵¹

Van Slooten vindt het moeilijk te beoordelen of de gevolgen van huidige coronacrisis voor rekening van de werkgever of voor rekening van de werknemer behoren te komen vanwege de zeer uitzonderlijke situatie.⁵² Meer auteurs hebben benadrukt dat de coronacrisis een ander soort crisis is die in de afgelopen decennia haar gelijke niet kent en dat daardoor belangrijke ‘fundamenten van het contractenrecht’, zoals contractsvrijheid, trouw aan het gegeven woord en een terughoudende houding bij het ingrijpen in contractuele verplichtingen, soms in een ander daglicht komen te staan.⁵³ Het is echter zeer de vraag of in dat andere daglicht anders zal worden gekeken naar loonoffers gezien het zeer zware belang dat hieraan wordt gehangen.

3. Wijziging van de arbeidsovereenkomst en ontslag

Er hebben zich interessante ontwikkelingen voorgedaan in de jurisprudentie wat betreft het (deeltijd)ontslag die een ander invalshoek kunnen bieden om naar loonoffers te kijken. Eerst zijn daar de uitspraken van het Hof van Justitie van de EU waarin geoordeeld is dat een eenzijdige, substantiële wijziging van essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer, een ontslag vormt in de zin van de Richtlijn 98/59 inzake collectief ontslag.⁵⁴ In de *Ciupa*-zaak stelde het Hof van Justitie vast dat een vermindering van het loon met 15% in beginsel kan worden aangemerkt als een ‘substantiële wijziging’.⁵⁵ Toch was in deze zaak de loonsverlaging tijdelijk van aard – het loon zou na enkele maanden weer op het oude niveau zijn – wat volgens het Hof ervoor zorgt dat ‘de draagwijdte van de voorgenomen wijziging van de arbeidsovereenkomst’ aanzienlijk wordt beperkt. Het Hof laat het aan de nationale rechter om in het licht van alle omstandigheden van het geval vast te stellen of de in het geding zijnde tijdelijke loonsvermindering dient te worden aangemerkt als een substantiële wijziging.

⁴⁸ Zie ook W.L. Roozendaal en W.H.A.C.M. Bouwens, ‘De toegezegde ontslagvergoeding en de kredietcrisis’, *ArbeidsRecht* 2010/12.

⁴⁹ Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8468, *JAR* 2010/270.

⁵⁰ Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:891, *JAR* 2016/91 m.nt. K. Wiersma.

⁵¹ Zie bijv. T. Hartlief, ‘Crisis? What crisis?’, *NJB* 2013/1603.

⁵² J.M. van Slooten, ‘De NOW 1.0: een loonsubsidieregeling met enkele strategische aspecten’, *Ondernemingsrecht* 2020/64.

⁵³ H. Schelhaas en J. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881.

⁵⁴ HvJ EU 11 november 2015, C-422/14, *JAR* 2015/317. Laagland en Lintsen wijzen erop dat deze benadering ook gelezen kan worden in de nog te implementeren Richtlijn 2019/1152 inzake transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden waar met het begrip ontslag gelijkgesteld zijn ‘maatregelen met een soortgelijk effect’, zie F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘De Europese invloed op fundamenten van het Nederlandse arbeidsrecht: het ondeelbaarheidsbeginsel op de schop?’, *TRA* 2020/63.

⁵⁵ HvJ EU 21 september 2017, C-429/16 (*Ciupa e.a.*), rov. 29.

Nu is het doel van de loonoffers zoals hier besproken niet om arbeidsovereenkomsten te beëindigen; het doel is juist werkgelegenheidsbehoud. Zo heeft de Hoge Raad in de ook hieronder te bespreken *SIPOR*-beschikking geoordeeld dat een herplaatsing in een andere minder betaalde functie geen vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is als bedoeld in artikel 7:673 BW.⁵⁶ Er hoeft in dit geval dus ook geen gedeeltelijke transitievergoeding te worden betaald. Terecht wijzen Laagland en Lintsen erop dat de transitievergoeding geen Europese oorsprong heeft en dus ook niet Europees hoeft te worden uitgelegd.⁵⁷ Desalniettemin concluderen zij dat deze Europese benadering van wat een ontslag inhoudt tot nadenken aanzet. Dat is inderdaad het geval. Ik zou menen dat bij een collectieve eenzijdige loonsverlaging die als een substantiële wijziging is aan te merken, omdat de wijziging bijvoorbeeld niet tijdelijk van aard is, de verplichting kan bestaan om tijdig de vertegenwoordigers van de werknemers te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen.

Ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is een beweging af te leiden richting het aanmerken van substantiële en structurele wijziging van de arbeidsovereenkomst als een (deeltijd)ontslag. Die beweging is echter niet helemaal rechtlijnig. In de *Kolom*-beschikking overwoog de Hoge Raad dat bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in sommige gevallen een aanspraak kan bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding.⁵⁸ De Hoge Raad oordeelde dat in een situatie waarbij ‘door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer’, de werknemer een deel van de transitievergoeding zou mislopen waarop hij bij een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst *op dat moment* aanspraak zou hebben. Wanneer kan nu gesproken worden van een situatie waarbij door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer? In dit kader worden twee voorbeelden genoemd: het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Wanneer de arbeidsovereenkomst alsnog beëindigd zou worden dan zou de werknemer ‘een op aanmerkelijk lagere grondslag berekende transitievergoeding ontvangen dan zonder die vermindering het geval zou zijn geweest’. De Hoge Raad acht het onrechtvaardig dat in zulke gevallen de werknemer een deel van de transitievergoeding zou mislopen.⁵⁹

Met een substantiële vermindering van de arbeidstijd bedoelt de Hoge Raad ‘een vermindering van de arbeidstijd met ten minste twintig procent’; met een structurele vermindering van de arbeidstijd wordt bedoeld ‘een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn’.⁶⁰ De Hoge Raad kiest ervoor pas bij een vermindering van ten minste twintig procent te spreken

⁵⁶ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*), rov. 2.8.

⁵⁷ F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘De Europese invloed op fundamenten van het Nederlandse arbeidsrecht: het ondeelbaarheidsbeginsel op de schop?’, *TRA* 2020/63.

⁵⁸ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.4.

⁵⁹ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.4.

⁶⁰ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.6. De gedeeltelijke transitievergoeding dient berekend te worden naar evenredigheid van de vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het loon waarop voorheen aanspraak bestond.

van een substantiële vermindering vanwege de ‘hanteerbaarheid’. In de literatuur is echter terecht betoogd dat dit een arbitraire grens is die misbruik in de hand kan werken, omdat werkgevers kunnen proberen – eventueel gefaseerd – om de vermindering tot 19% te beperken.⁶¹

De wet voorziet niet in gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De doctrine ging uit van de ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst.⁶² Hoewel de Hoge Raad begint met de vaststelling dat volgens het wettelijk stelsel een arbeidsovereenkomst slechts in haar geheel wordt opgezegd of ontbonden,⁶³ stelt hij vast dat de arbeidsovereenkomst op andere manieren feitelijk gedeeltelijk kan worden beëindigd. In de *Kolom*-beschikking overweegt de Hoge Raad dat gesproken kan worden van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst ‘ongeacht of in het gegeven geval de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (i) een gedeeltelijke beëindiging, (ii) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst dan wel (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de gedeeltelijke beëindiging bestaat in de hier bedoelde gevallen aanspraak op gedeeltelijke transitievergoeding’.⁶⁴

Nu is een loonoffer geen deeltijdontslag. Het aantal arbeidsuren wordt niet verminderd. De gevolgen van een deeltijdontslag en loonoffers zijn echter in zeker opzicht vergelijkbaar: de werknemer ontvangt maandelijks een lager loon. Kunnen we daarom zeggen dat wat overwogen is over substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd ook gezegd kan gelden bij een substantiële en structurele loonsverlaging? Zouden de werknemers bij een substantiële loonsverlaging niet ook aanspraak kunnen hebben op een gedeeltelijke transitievergoeding die naar evenredigheid berekend moet worden? Ook dan ontstaat immers de volgens de Hoge Raad onaanvaardbare situatie dat bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst *na de loonsverlaging* de transitievergoeding immers ook berekend wordt op een (aanmerkelijk) lagere grondslag. Bij loonoffers zullen vrijwel altijd bedrijfseconomische omstandigheden een rol spelen. Een loonoffer heeft bijvoorbeeld ook gevolgen voor de WW-uitkering en de pensioenopbouw. Hoewel bij een loonoffer geen sprake is van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is er wel sprake van een aanpassing van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelde in de *Kolom*-beschikking dat de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding ook ontstaat indien de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van aanpassing van de arbeidsovereenkomst,⁶⁵ zonder dat daar een (gedeeltelijke) beëindiging bij komt kijken.⁶⁶

⁶¹ Zie bijv. V. Bij de Vaate en D. Pinedo, ‘De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat ‘off-road’’, *TvO* 2019 nr. 1, p. 14.

⁶² Zie hierover o.a. V. Bij de Vaate en D. Pinedo, ‘De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat ‘off-road’’, *TvO* 2019 nr. 1, p. 10-16.

⁶³ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.1; HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.2.2.

⁶⁴ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.5.

⁶⁵ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.5.

⁶⁶ Vlg. V. Bij de Vaate en D. Pinedo, ‘De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat ‘off-road’’, *TvO* 2019 nr. 1, p. 13.

Maakt het uit dat niet de arbeidsduur is verminderd, maar het loon? Kan er ook een aanspraak op een pro rata transitievergoeding bestaan bij een substantiële en structurele vermindering van een andere arbeidsvoorwaarde dan arbeidsduur? Sommige auteurs meenden van wel. Bij de Vaate en Pinedo interpreteerden de *Kolom*-beschikking zo dat het om 20% inkomensachteruitgang moet gaan zonder dat daaraan een vermindering van arbeidstijd ten grondslag ligt.⁶⁷

Vrij snel kwam de Hoge Raad met een bevestiging dat een wijziging van arbeidsvoorwaarden inderdaad kan neerkomen op (gedeeltelijk) ontslag. In de *Victoria*-beschikking benadrukt de Hoge Raad dat er bepaalde mogelijkheden zijn om de arbeidsovereenkomst in feite gedeeltelijk te beëindigen, ook al voorziet de wet niet in gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de *Kolom*-beschikking zijn die mogelijkheden niet uitgebreid; daar is slechts een gedeeltelijke transitievergoeding verbonden aan die reeds bestaande mogelijkheden, aldus de Hoge Raad.⁶⁸

Interessant genoeg overwoog de Hoge Raad in de *Victoria*-beschikking vervolgens ten overvloede dat één van die reeds bestaande mogelijkheden is dat de werknemer op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf gehouden kan zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, ‘dat in resultaat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst’.⁶⁹ In dat geval kan een aanspraak bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding, indien is voldaan aan de vereisten die artikel 7:673 BW stelt, indien door omstandigheden gedwongen tot gedeeltelijke beëindiging is overgegaan en indien de gedeeltelijke beëindiging een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer betreft.⁷⁰ De Hoge Raad lijkt bij de weg die is ingeslagen met de *Kolom*-beschikking te willen vasthouden aan de eis dat het moet gaan om een vermindering van arbeidstijd.⁷¹

Een aantal maanden na de *Victoria*-beschikking werd dit nog eens bevestigd door de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of er ook recht op een gedeeltelijke transitievergoeding bestaat, wanneer – door omstandigheden gedwongen – niet wordt overgegaan tot een vermindering van de arbeidstijd, maar tot herplaatsing van de werknemer in een andere, minder betaalde functie. Herplaatsing in een andere passende functie (zonder urenverlies) is echter geen vorm van beëindiging als bedoeld in artikel 7:673 BW, aldus de Hoge Raad in de *SIPOR*-beschikking.⁷² Verwijzend naar artikel 7:669 lid 1 BW waarin voor een rechtsgeldige opzegging onder andere vereist wordt dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt, wordt een dergelijke herplaatsing juist gezien als een weg om te voorkomen dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. De Hoge Raad vervolgt door te oordelen dat de wettelijke regeling van de transitievergoeding gebaseerd is op ‘verlies van werk’. ‘Die

⁶⁷ V. Bij de Vaate en D. Pinedo, ‘De pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat ‘off-road’’, *TvO* 2019 nr. 1, p. 14.

⁶⁸ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.2.4.

⁶⁹ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.3.3.

⁷⁰ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.3.4.

⁷¹ Zie ook noot van Dekker bij *SIPOR*, *TRA* 2020/56.

⁷² HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*), rov. 2.8.

wettelijke regeling is niet bedoeld om een vergoeding aan de werknemer toe te kennen voor verlies van inkomen om andere redenen.⁷³

Ook loonoffers kunnen worden gezien als een manier om te voorkomen dat arbeidsovereenkomsten moeten worden beëindigd. Er is dan in principe geen sprake van urenverlies en de werknemer heeft in ieder geval geen aanspraak op een transitievergoeding wanneer de loonsverlaging niet structureel is. Loonoffers zullen meestal van tijdelijke aard zijn. Uitgegaan wordt van een tijdelijke, moeilijke situatie waarin de medewerking van de werknemers wordt gevraagd om die situatie te overbruggen. Wanneer het weer beter gaat, kunnen de werknemers weer gecompenseerd worden voor het misgelopen loon.⁷⁴ Maar wat als het niet beter gaat? Wat als – ondanks de loonoffers – de financiële situatie van de onderneming niet verbetert en ontslag (of zelfs faillissement) onvermijdelijk blijkt?

In de *Victoria*-zaak was het (mogelijke) tegenverzoek van de werknemer voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst die neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging een alternatief voor een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hoe zit het met de gedeeltelijke beëindiging als alternatief voor een loonoffer? Wanneer een werkgever een loonoffer vraagt, zou een werknemer een tegenverzoek kunnen doen om de arbeidsomvang overeenkomstig te verminderen.⁷⁵ Dit lijkt op de vijfde – volgens de Hoge Raad reeds bestaande – mogelijkheid waarop de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk kan worden beëindigd.

We hebben hierboven gezien dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW gehouden kan zijn in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de overeengekomen werkzaamheden, de aan het voorstel van de werknemer ten grondslag liggende omstandigheden en de omstandigheden binnen het bedrijf van de werkgever.⁷⁶ Als de werkgever daarbij een gedeeltelijk transitievergoeding moet betalen, dan kan dat gegeven met zich brengen dat hij niet hoeft in te stemmen met het voorstel. Een deeltijdontslag in plaats van een loonoffer zou immers hogere kosten voor de werkgever betekenen. In een crisis als de coronacrisis kan dat juist niet van de werkgever gevegd worden. Als de werknemer daarbij echter voorstelt om de betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding op te schorten totdat het weer beter gaat met het bedrijf dan zou dat bezwaar weggenomen kunnen worden.⁷⁷

⁷³ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*), rov. 2.8.

⁷⁴ Daar gaat bijv. de rechter vanuit in de hieronder te bespreken zaak, Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536. In Nederland zijn echter weinig voorbeelden bekend van succesvolle loonsverlagingen (met een volledige compensatie) zelfs met instemming van werknemersvertegenwoordigers. Eerder komt voor dat in de onderhandelingen de looneis wordt gematigd, waarmee loonstijging wordt gematigd of zelfs bevroren, zie N. Zekić, A.T.J.M. Jacobs en W. Plessen, ‘Versobering van arbeidsvoorwaarden bij cao en behoud van werkgelegenheid, een verkenning’, in A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers (red.), *70 jaar VvA: einde van het begin*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 92.

⁷⁵ Dit kan echter gevolgen hebben voor de WW-aanspraak van de werknemer, aangezien het UWV dan toetst of de werknemer alles heeft gedaan zijn baan geheel of gedeeltelijk te behouden. Het initiatief ligt hier echter ook bij de werkgever en niet de werknemer, net als bijv. bij opzegging met instemming.

⁷⁶ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), rov. 3.3.3 en 3.3.7.

⁷⁷ Over de beëindiging van de slapende dienstverbanden is overwogen: “Als de werkgever aannemelijk maakt dat die voorfinanciering leidt tot ernstige financiële problemen, kan de rechter beslissen dat betaling aan de

Van Eck en Ruijsenaars spreken in hun noot op de *Victoria*-beschikking de verwachting uit dat voor een geslaagd werknemersvoorstel als hier bedoeld, dat resulteert in gedeeltelijke beëindiging met gedeeltelijke transitievergoeding, nodig is dat dit terug te voeren is op omstandigheden die volledig in de risicosfeer van de werkgever thuishoren.⁷⁸ Daarvan is bij loonoffers sprake. De werkgever verzoekt de werknemer het loon te verlagen waarop de werknemer een tegenverzoek doet (ook) de arbeidsomvang te verminderen. Otto stelt in zijn noot bij de *Xella*-uitspraak dat zolang de werkgever belang heeft bij de arbeid van de werknemer, geen ‘ontslagplicht’ kan bestaan zoals die uit de *Xella*-beschikking zou kunnen worden afgeleid.⁷⁹

Als door de crisis echter minder werk voor handen is, zou de werknemer wel een goed argument hebben voor de vermindering van de arbeidsomvang. Kan de werkgever dan vasthouden aan zijn verzoek alleen het loon te verminderen, maar niet de arbeidsomvang? Dat is niet op voorhand te zeggen. Een van de relevante vragen is hoe blijvend de achteruitgang van de economische activiteit is. De werkgever kan de werknemer weer nodig hebben, zodra de economie weer aantrekt. In sommige branches daarentegen, zoals in de evenementenbranche, kan het wellicht veel langer duren voordat de werkzaamheden weer op het oude niveau zijn. In die tijd kan de werknemer zich bijvoorbeeld – in deeltijd – omscholen voor een andere baan.⁸⁰ Het is niet ondenkbaar dat in zulke gevallen de werkgever gehouden kan zijn op grond van goed werkgeverschap in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot vermindering van de arbeidsomvang dat neerkomt op deeltijdontslag als tegenverzoek op een verzoek om een loonoffer.

4. Recente (lagere) rechtspraak

Uit de rechtspraak is af te leiden dat eenzijdig het loon verlagen wegens bedrijfseconomische omstandigheden zeer moeilijk is. Helemaal onmogelijk is het echter niet gebleken. Tijdens (de nasleep van) de kredietcrisis kwam de voorzieningenrechter Utrecht tot de conclusie dat van een werknemer van een architectenbureau gevergd kon worden in te stemmen met een loonmatiging van 6%.⁸¹ Of dit een uitzondering was die de regel bevestigt, moet nog blijken. Vanwege de coronacrisis hebben verschillende werkgevers de lonen (tijdelijk) verlaagd. In

werknemer in termijnen plaatsvindt of wordt opgeschort (...)”, HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*), rov. 2.7.4.

⁷⁸ M. van Eck en M. Ruijsenaars, *JAR* 2020/73.

⁷⁹ M.L.G. Otto, *JAR* 2019/312. De verplichting van de werkgever om in te stemmen met het beëindigingsvoorstel van de werknemer is inderdaad niet absoluut. Daarop dient een uitzondering te worden aanvaard indien de werkgever – o.g.v. door hem te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst, zie rov. 2.7.3.

⁸⁰ Zie bijv. het CPB-advies voor de overheid om in te zetten op financiële prikkels (lagere loonsubsidie en loonoffers) en ondersteuning (scholingssubsidies) om ‘reallocatie’ van werknemers te vergroten, zie E. Jongen en P. Koning, ‘Lessen voor de NOW’, CPB coronapublicatie, augustus 2020, <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Coronapublicatie-Lessen-voor-de-NOW.pdf>.

⁸¹ Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414, *RAR* 2014/57.

sommige gevallen is het salaris eenzijdig verlaagd. Over zulke situaties is reeds rechtspraak verschenen.

In juli jl. moest de kantonrechter in Amsterdam zich buigen over een zaak van een IT-bedrijf dat het salaris van alle 100 werknemers met gemiddeld 25% heeft verlaagd als gevolg van het te verwachten verlies vanwege de coronacrisis.⁸² Bijna alle werknemers gingen akkoord met de loonsverlaging; slechts twee werknemers lieten weten dit niet te willen. Een van die twee werknemers kreeg enige tijd later een officiële waarschuwing en werd uit zijn team gezet. Deze werknemer verzocht de rechter om zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden en de werkgever te veroordelen tot betaling van het achterstallig loon, de transitievergoeding en de billijke vergoeding wegens het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De stelling van de werknemer was dat de werkgever doelbewust op een arbeidsconflict heeft aangestuurd.

Bij de behandeling van de zaak stelt de kantonrechter vast dat de arbeidsrelatie ernstig is verstoord. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst op die grond en gaat na of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever. De rechter kijkt hoe de werkgever is omgegaan met de afwijzing van de werknemer van het voorstel en stelt vast dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De rechter had zich voor een groot deel hiertoe kunnen beperken aangezien het in de kern een ontslagzaak was. Maar het oordeel van de rechter strekt verder. Zij constateert dat het arbeidsconflict zijn oorsprong vindt in de eenzijdige salarisverlaging. Vervolgens lijkt de rechter de 611-toets toe te passen, zonder ergens het goed werknemerschap als grond voor wijziging expliciet te benoemen.

De kantonrechter merkt eerst op dat de werkgever, in beginsel, het salaris niet zonder instemming van de werknemer eenzijdig mag verlagen. De rechter overweegt dat hoewel het om een ‘forse salarisverlaging’ gaat, daar tegenover staat dat die verlaging van tijdelijke aard is en – zo verwacht de rechter – de werknemer in de toekomst gecompenseerd zou worden.⁸³ De rechter is van mening dat het eerder om een ‘loonopschorting’ gaat. Gelet op de ‘buitengewone noodsituatie’ die zich kennelijk bij de werkgever heeft voorgedaan, zouden de omstandigheden kunnen meebrengen dat van de werknemer gevraagd kan worden met deze tijdelijke opschorting akkoord te gaan.

De rechter lijkt een tijdelijke loonmatiging in een noodsituatie als deze zeker niet te willen uitsluiten. Zij plaatst dit niet in het kader van goed werknemerschap; ze merkt slechts op dat ‘de omstandigheden’ dit met zich kunnen brengen. Zij laat wel meewegen dat de overgrote meerderheid van de medewerkers met het voorstel heeft ingestemd. De rechter overweegt echter dat zij niet kan nagaan of het voorstel tot salarisverlaging redelijk was, omdat de werkgever geen financiële onderbouwing heeft gegeven. De werknemer heeft steeds ‘de volle arbeidsprestatie’ geleverd, waarvoor de werkgever ook het overeengekomen bedrag bij de klant zal hebben gedeclareerd. Om die reden wordt de vordering van het volledige loon met de wettelijke verhoging van 20% toegewezen. Daartegenover staat dat de rechter de

⁸² Rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3536.

⁸³ De rechter gaat daarvan uit, maar uit de correspondentie tussen de werkgever en de werknemer blijkt dat het helemaal niet zeker was dat gecompenseerd zou worden, zie rov. 1.7.

transitievergoeding in mindering brengt op de billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever ‘nu deze een deel van de schade compenseert’. De weigering van de werknemer in te stemmen met de loonsverlaging lijkt in deze ontslagprocedure een rol te hebben gespeeld, maar uit de overwegingen van de kantonrechter is niet duidelijk op te maken op welke manier zij dit heeft laten meewegen.

Ook in een ander oordeel van de rechter in Amsterdam werd uiteindelijk de eenzijdige wijziging niet toegestaan, maar ook hier stelt de rechter eerst voorop dat door de ‘onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie’ waarin de werkgever verkeert, de werkgever een zwaarwichtig belang heeft dat ‘in beginsel mee brengt dat van de medewerkers [...] gevraagd kan worden om – in overleg – bepaalde arbeidsrechtelijke aanspraken op te schorten of zelfs helemaal prijs te geven’.⁸⁴ De werkgever heeft echter hierover geen overleg gevoerd. Daarnaast brengt 50% van het salaris voor de werknemer een te grote inkomensachteruitgang mee, waardoor hij in financiële problemen komt. Daarom besluit de rechter dat van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verlangd kan worden dat hij over meerdere maanden met 50% opschorting van zijn salaris instemt. In beide zaken zien we dus dat de rechter niet duidelijk is over welke maatstaf zij toepast en dat zelfs onderdelen van de 613-toets en de 611-toets door elkaar worden gebruikt, wat overigens wel vaker voorkomt.⁸⁵

Voor de horeca hebben de maatregelen naar aanleiding van de coronapandemie grote gevolgen gehad. Toch moet in elk geval de noodzaak voor de wijziging aangetoond worden. Het enkel stellen dat de zaak dicht was en er dus geen omzet werd gedraaid, is echter onvoldoende onderbouwing om van een redelijk wijzigingsvoorstel te kunnen spreken, zo oordeelde de rechter in een Curaçaose zaak waarin de werkgever – een restauranteigenaar – de arbeidsovereenkomst wilde wijzigen in een 0-urencontract wat betekent dat de werkgever geen loon zou uitbetalen.⁸⁶ Ook hier benadrukt de rechter dat er in tijden van nood bijzondere voorzieningen kunnen worden getroffen en dat van werknemers gevergd kan worden dat zij *tijdelijk* genoeg nemen met verminderde primaire arbeidsvoorwaarden (zoals loon en werkuren), maar het staken met vrijwel onmiddellijke ingang van de betaling van het volledige salaris van een werknemer wordt in de gegeven omstandigheden onredelijk geacht. Ook benadrukte de rechter dat dit in feite neerkomt op een verkapt ontslag.

Aangenomen mag worden dat het makkelijker is secundaire arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen dan primaire arbeidsvoorwaarden. Toch zal de wijziging van secundaire arbeidsvoorwaarden aan dezelfde eisen moeten voldoen. Zo onderzoekt de kantonrechter in Rotterdam in een zaak waarin de werkgever de werknemers verplicht had tot 1 juni 2020 20% van hun tijd als vakantie op te nemen, of die werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet

⁸⁴ Rb. Amsterdam 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2734.

⁸⁵ Zie bijv. N. Zekić, ‘All is fair in love and crisis? Loonoffers en goed werknemerschap’, *TAP* 2016/77, p. 10-16.

⁸⁶ Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 1 juli 2020, ECLI:NL:OGAC:2020:161. In dit geval had de werkgever de ernst van de wijziging van de omstandigheden voor haar onderneming niet met bewijsstukken onderbouwd.

wijken.⁸⁷ De kantonrechter benadrukt daarbij dat een enkele verwijzing naar de coronacrisis daarvoor onvoldoende is. Aangezien de werkgever zelf de werknemers had bericht dat een en ander in overleg met de leidinggevende moest gebeuren en er geen overleg was geweest met de werknemer in kwestie, oordeelt de kantonrechter dat de werkgever niet eenzijdig aan de werknemer kan opleggen om 20% van zijn vakantie-uren in te leveren.

Een ander recent voorbeeld van hoe de rechter omgaat met wijziging van secundaire arbeidsvoorwaarden betreft een zaak waarin de Rabobank de leaseautoregeling van een groep van werknemers wilde afschaffen.⁸⁸ De aanleiding voor de wijziging was overigens gelegen in de strengere kapitaaleisen waaraan de bank moet voldoen in welk kader zij ingrijpende kostenbesparende maatregelen heeft moeten nemen. Het hof oordeelde dat het belang van de werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet moet wijken voor de door Rabobank gestelde belangen. Als een van de redenen voert het hof aan het feit dat Rabobank niet heeft uitgelegd waarom zij wel wil bezuinigen op de leasecontracten van de werknemers maar hogere functionarissen hun leaseauto laat houden.⁸⁹

Ten tijde van schrijven zijn er nog geen uitspraken geweest over de toepassing van artikel 6:248 BW of artikel 6:258 BW in loonoffers-geschillen. Zoals eerder opgemerkt is daar een van de belangrijkste vragen in wiens risicosfeer de omstandigheid ligt waardoor de overeenkomst gewijzigd moet worden. In één van de zaken waarbij de werkgever het loon in het geheel niet betaalde onder andere omdat er niet gewerkt kon worden door de coronacrisis heeft de kantonrechter bij de toepassing van artikel 7:628 BW geoordeeld dat ‘ook in dit geval het niet (kunnen) verrichten van de werkzaamheden door de werknemer voor rekening van de werkgever’ kwam.⁹⁰ Van Slooten heeft in zijn noot betoogd dat dit niet zo evident is gelet op het exceptionele karakter van deze crisis.⁹¹ We zien echter dat meer rechters oordelen dat de coronacrisis in de risicosfeer van de werkgever ligt.⁹² Ook wanneer de werknemer niet naar het werk kan komen, omdat hij in contact is geweest met een persoon die mogelijk besmet is met het coronavirus en van overheidswege in quarantaine moet of omdat hij een kwetsbare huisgenoot heeft, is een omstandigheid die niet in de risicosfeer van werknemer ligt.⁹³

Het is niet ondenkbaar dat de rechter een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW of artikel 6:258 BW bijvoorbeeld toestaat als een werkgever de eerder afgesproken loonsverhoging niet doorvoert terwijl de coronacrisis nog gaande is. Het is echter moeilijk in te schatten hoe kansrijk een dergelijk beroep is. We hebben bijvoorbeeld gezien dat de kredietcrisis en het maatschappelijk

⁸⁷ Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4731.

⁸⁸ De werkgever wil in dit geval de wijziging doorvoeren met een beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding en bij werknemers met wie geen wijzigingsbeding was overeengekomen, met een beroep op art. 7:611 BW, zie Hof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2110.

⁸⁹ Hof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2110. Het hof overweegt voorts dat hoewel de 7:611-toets een andere is, de uitkomst van die toets niet anders is nu Rabobank niet een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemers dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

⁹⁰ Rb. Oost-Brabant 29 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2838, *JAR* 2020/156, m.nt. J.M. van Slooten.

⁹¹ *JAR* 2020/156.

⁹² Rb. Limburg 22 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4436.

⁹³ Rb. Limburg 23 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4465; Rb. 27 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5863.

debat over bonussen er niet aan in de weg staan dat overeenkomsten moeten worden nagekomen. Geldt dat ook voor deze crisis? Er zal per geval gekeken moeten worden of de (financiële) omstandigheden zodanig ‘klemmend’ zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een onaanvaardbare disproportionaliteit is ontstaan tussen het belang van de betrokken werknemers en het belang dat van de werkgever om het bedrijf in stand te houden.⁹⁴ Daarnaast mag verwacht worden dat de dezelfde werkgever eerst heeft geprobeerd met de wederpartij overleg te plegen om de nadelige gevolgen van de abnormale omstandigheden op te vangen.⁹⁵

5. Conclusie

Loonoffermaatregelen zijn zeer moeilijk eenzijdig tegen de wil van de werknemer of de vakbond door te voeren. Tijdens de kredietcrisis zijn de beroepen bij de rechter op eenzijdige loonmatiging zeer zelden succesvol gebleken. Het is nu nog te vroeg om te kunnen zeggen of dat voor de coronacrisis ook geldt. In de reeds gepubliceerde rechtspraak zien we nog geen verandering, toch lijken de rechters die mogelijkheid zeker niet te willen uitsluiten. Het is niet ondenkbaar dat de rechter van de werknemer in het kader van goed werkgeverschap nu meer flexibiliteit verwacht, aangezien de coronacrisis geen economische maar eerder een humanitaire crisis is. Waar de kredietcrisis over het algemeen tot het ondernemersrisico werd gerekend is dat voor de coronacrisis moeilijker te zeggen. De gevolgen van deze coronacrisis zijn daarnaast nog niet ten volle uitgekristalliseerd. Een ding is wel zeker: het (collectieve) overleg blijft de aangewezen weg om tot een verlaging van de lonen te komen. De werkgevers en de werknemers (of hun vertegenwoordigers) zullen met elkaar in gesprek moeten treden om te bezien welke oplossingen mogelijk zijn. We zien dat ook in de rechtspraak hieraan wordt vastgehouden.

Hoe ingewikkeld het juridisch kader voor *eenzijdige* wijziging op het eerste gezicht ook lijkt, het gaat zowel bij artikel 7:613 als 7:611 BW uiteindelijk om de belangenafweging. De werkgever zal steeds de bedrijfseconomische noodzaak van de loonoffermaatregel concreet moeten aantonen. Het enkele feit dat de werkgever nadelige gevolgen ondervindt van de coronacrisis is niet voldoende om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te versoberen. De werkgever zal moeten aantonen dat er een werkelijke bedrijfseconomische noodzaak bestaat om loonoffermaatregelen te treffen. Hij zal eventueel ook moeten aantonen dat hij ook andere manieren heeft onderzocht en geprobeerd om te bezuinigen.

Aangezien het om een belangenafweging gaat, moeten ook de werknemers hun belangen zo concreet mogelijk maken. Het feit dat het om een primaire arbeidsvoorwaarde gaat, zal zwaar wegen voor de rechter, zeker als een loonoffer een substantiële inkomensachteruitgang voor de werknemer betekent. Maar het concretiseren van werknemersbelangen hoeft daar niet te

⁹⁴ Zie bijv. de conclusie A-G Vranken over de in het verleden gegeven werkgelegenheidsgaranties bij HR 19 november 1993, NJ 1994/156, JAR 1993/274 (*Campina/Van Jole*).

⁹⁵ Het wordt aangenomen dat ook zonder een zogenoemde *hardship*-clausule een verplichting tot heronderhandelen op partijen rusten, die de rechter via toepassing van art. 6:258 BW kan sanctioneren, zie bijv. C.H. Sieburgh, Asser/Sieburgh 6-III 2018, 16.4 (Onvoorziene omstandigheden), nr. 440.

stoppen. Als een werknemer kan aantonen dat hij of zij door het loonoffer zelf in financiële problemen belandt, zou ook dat zwaar moeten meewegen. Wellicht zou in dat geval geoordeeld moeten worden dat de wijziging niet van de werknemer gevegd kan worden.⁹⁶ Bij werknemers met een laag inkomen zal dat eerder het geval zijn dan bij de werknemers met een hoog inkomen. Van hoger betaald personeel meer vragen dan van lager betaald personeel zou een goede werkgeversstrategie kunnen zijn. Uitgesloten moet ook niet worden dat onder omstandigheden een loonmaatregel van een bepaalde werknemer niet gevegd kan worden, ook al heeft de meerderheid van de werknemers ingestemd met een loonoffer. Sommige werknemers zijn nu eenmaal draagkrachtiger en kunnen de financiële gevolgen beter dragen dan andere.

Recente ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van de wijziging van de arbeidsovereenkomst geven nieuwe interessante inzichten om naar loonoffers te kijken. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat het van belang is dat het loonoffer *tijdelijk* is, anders komen we in de buurt van een ‘door omstandigheden gedwongen substantiële en structurele wijziging van de arbeidsovereenkomst’ met misschien een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding. Dat lijkt niet aan de orde te zijn wanneer er geen sprake is van urenverlies. Toch kan er dan een onrechtvaardige situatie ontstaan wanneer ontslag alsnog onvermijdelijk blijkt. De transitievergoeding (maar ook de WW-uitkering en de pensioenopbouw) wordt dan over een lager bedrag berekend. Er is volgens de Hoge Raad ‘geen rechtvaardiging te geven voor het mislopen door de werknemer van het bedoelde gedeelte van de transitievergoeding’ wanneer het een vermindering van de arbeidsduur betreft.⁹⁷ De vraag is of bij loonoffers die rechtvaardiging wel bestaat. Het enkele feit dat er geen urenverlies is, kan mijns inziens niet rechtvaardigen dat de werknemer een lagere transitievergoeding krijgt als ontslag toch volgt na een loonoffer. Sterker nog, de werknemers in kwestie hebben hetzelfde aantal uren moeten werken voor een lager loon. Zij hebben dat geaccepteerd met het doel de werkgelegenheid te behouden. Dat zou geen gevolgen moeten hebben voor de hoogte van de transitievergoeding als het toch tot ontslagen komt.

Mogelijk is tot slot dat een werknemer aan wie een loonoffer wordt gevraagd een tegenverzoek doet om arbeidsduurvermindering die neerkomt op een deeltijdontslag. Een werkgever zou onder omstandigheden gehouden kunnen zijn op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW in te stemmen met een dergelijk voorstel van de werknemer. Er zou in dat geval een aanspraak kunnen bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding. De vraag is of de werkgever daarmee geholpen is.

Al met al blijft het een ingewikkelde aangelegenheid om de lonen te verlagen vanwege de coronacrisis, maar er is niets eenvoudigs aan de coronacrisis.

⁹⁶ Dat deed de rechter ook in de TSN-zaak, zie Rb. Overijssel 13 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5017, *JAR* 2015/308.

⁹⁷ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*), rov. 3.5.4.