



UHASSELT

KU LEUVEN



Maastricht University

KNOWLEDGE IN ACTION

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Demotie van (oudere) werknemers: naar een vlottere aanpasbaarheid van de bedongen functie in het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht?

Michiel Hoekx

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechtsbedeling

PROMOTOR :

Prof. dr. Petra FOUBERT

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be
Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2017

2018



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Demotie van (oudere) werknemers: naar een vlottere aanpasbaarheid van de bedongen functie in het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht?

Michiel Hoekx

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechtsbedeling

PROMOTOR :

Prof. dr. Petra FOUBERT

SAMENVATTING

De continu veranderende behoeften en noden van de onderneming verplichten de werkgever ertoe alsmear meer flexibiliteit van zijn werknemers te eisen. Deze wisselende omstandigheden maken van de functie-inhoud een variabel gegeven. Gebleken is dat niet iedere werknemer gelijke tred kan houden met de steeds veranderende eisen die aan het functioneren worden gesteld en dat iedere werkgever hiermee wel eens wordt geconfronteerd. Het hoeft dan ook geen betoog dat de introductie van het begrip *demotie* hiermee verband houdt.

De demotie van (oudere) werknemers en het daarmee samenhangende wijzigingsvraagstuk, waarin een evenwicht moet worden gevonden tussen het streven naar meer interne functieflexibiliteit in hoofde van de werkgever enerzijds en de bescherming waarop de disfunctionerende werknemer daarbij kan rekenen anderzijds, vormen het centraal gegeven van deze masterscriptie.

Na een toelichting van de begrippen *bedongen arbeid* en *demotie* in het eerste deel van deze scriptie, wordt in het tweede deel gefocust op de mogelijkheden voor de werkgever tot wijziging van de bedongen functie wegens disfunctioneren van de werknemer. Naast de verschillende soorten wijzigingen en soorten variabiliteit die onderscheiden kunnen worden, wordt het potentieel van de goede trouw, als instrument voor interne functieflexibiliteit, onderzocht. De vraag naar de aanpasbaarheid van de bedongen functie kan immers niet louter vanuit arbeidsrechtelijk perspectief worden benaderd. Een gedegen verbintenisrechtelijke analyse van de werkingen van de goede trouw naar Belgisch contractenrecht wordt consequent doorgetrokken naar de arbeidsovereenkomst. In zijn aanvullende functie legt de goede trouw partijen aanvullende loyaleitsverplichtingen op, zo ook een heronderhandelingsplicht. Gezien de dynamische aard van de arbeidsverhouding zijn wijzigingen aan de overeengekomen arbeid onvermijdelijk. Daarom is in het kader van demotie de heronderhandelingsplicht bij overeenkomsten van lange duur een uitermate interessante piste. In eerste instantie lijkt de aanvullende werking van de goede trouw een reddingsboei aan te reiken, evenwel blijkt er weinig houvast te zijn. Een uitdieping en concretisering van het leerstuk van de goede trouw en de daaruit voortvloeiende heronderhandelingsplicht is daarom noodzakelijk. Vooral het Nederlandse recht dient hiervoor als inspiratiebron, in het bijzonder de in artikel 7:611 BW vervatte norm van goed werkgever- en goed werknemerschap zoals ingevuld door de Nederlandse Hoge Raad die partijen een heronderhandelingsplicht oplegt. Op die manier wordt getracht de (her)onderhandelingsplicht tussen de Belgische werkgever en werknemer aan te scherpen en het pad te effenen voor een versterking van de beginselen van goed werkgever- en goed werknemerschap in het Belgische arbeidsrecht.

Het derde deel handelt over de bescherming voor de met het *demotievoorstel* geconfronteerde werknemer en maakt een analyse van de actiemiddelen die ingeroepen kunnen worden tegen ongeoorloofde wijzigingen. Net als alle andere schuldeisers kan de gedemoveerde werknemer een beroep doen op de klassieke actiemiddelen. De enige bijzondere actie die voor hem openstaat is het impliciet ontslag. Gebleken is dat de werknemer echter doorgaans in onzekerheid baadt

wanneer hij zich beroept op onderzochte actiemiddelen. Daarvan is vooral sprake bij het impliciet ontslag waarbij hij zelf verantwoordelijk kan worden gesteld voor het ontslag. Bovendien kunnen actiemiddelen die toezien op de correcte naleving van de arbeidsovereenkomst zelfs uitmonden in de beëindiging ervan.

Bij wijze van besluit wordt teruggekoppeld naar de onderzoeksvragen waarin de vastgestelde tekortkomingen en bevindingen op een rij worden gezet om van daaruit een aantal voorstellen *de lege ferenda* te formuleren. Het eerste voorstel suggereert aan de wetgever dat hij tegemoet komt aan de doorgemaakte evoluties in rechtsleer en rechtspraak. Een integratie van de privaatrechtelijke goede trouw in de Arbeidsovereenkomstenwet, een modernisering van artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet en een wettelijke regeling van het impliciet ontslag zijn het *minimum minimorum*. Een tweede voorstel betreft het inschrijven van een aan het arbeidsrecht geadapteerde vorm van de goede trouw in de Arbeidsovereenkomstenwet en een gedegen uitdieping van bemiddeling bij geschillen die de wijziging van de arbeidsovereenkomst tot voorwerp hebben. Tenslotte pleit een derde en meer verregaand voorstel voor een wettelijke regeling van demotie wegens disfunctioneren op initiatief van de werkgever.

DANKWOORD

Voor u ligt het sluitstuk van mijn masteropleiding in de Rechten aan de Universiteit Hasselt. Ik was geprivilegieerd om een onderzoek te voeren in het arbeids(overeenkomsten)recht, een rechtstak waar ik reeds grote interesse in had bij aanvang van mijn rechtenopleiding.

De totstandkoming van deze scriptie was geen sinecure, daarom zou ik deze gelegenheid graag willen aanhalen om enkele personen te bedanken die mij hebben bijgestaan gedurende het gehele onderzoeksproces.

Allereerst wil ik bijzondere dank betuigen aan mijn promotor, prof. dr. Petra FOUBERT, om mijn onderzoeksvoorstel tot masterscriptie te aanvaarden, zodoende ik een onderzoek kon voeren naar een onderwerp waar ik bijzonder door geboeid ben. Ik beschouw deze masterscriptie dan ook als mijn eigen project. Verder wil ik prof. dr. Petra FOUBERT bedanken voor haar uiterst fijne begeleiding, goede tips, constructieve feedback en ondersteuning gedurende het gehele onderzoeksproces.

Vervolgens zou ik een woordje van dank willen richten aan mijn ouders voor hun onvoorwaardelijke steun en liefde. Zij hebben altijd geloof in mijn kunnen getoond, mij met raad en daad bijgestaan en mij alle kansen geboden om aan zelfontplooiing te doen. Ook een bijzondere vermelding aan mijn vriendin en mijn zus voor de ondersteuning doorheen mijn rechtenopleiding.

Michiel Hoekx

Lommel, 3 januari 2018.

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	I
DANKWOORD	III
INHOUDSOPGAVE	V
LIJST VAN BIJLAGEN	IX
DEEL I: INLEIDING	1
1. Probleemstelling	1
2. Onderzoeksopzet- en vragen	2
3. Rechtsvergelijking	4
4. Verhouding tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en het burgerlijk recht	6
5. De bedongen arbeid als essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst	7
6. Demotie.....	10
6.1. Demotie: multidisciplinair begrip.....	10
6.2. Demotie wegens disfunctioneren.....	11
DEEL II: MOGELIJKHEDEN VOOR DE WERKGEVER TOT WIJZIGING VAN DE BEDONGEN FUNCTIE	13
1. Het wijzigingsvraagstuk toegespitst op het Belgische individuele arbeidsrecht.....	13
1.1. Wijziging met wederzijds goedvinden	13
1.2. Het <i>ius variandi</i> van de Belgische werkgever	14
1.2.1. Wijzigingsbeding.....	15
1.2.1.1. Onderscheid tussen essentiële en bijkomstige arbeidsvoorwaarden	16
1.2.1.2. Uitoefening van het wijzigingsbeding.....	18
1.2.2. Het invullingsrecht of <i>ius dominandi</i> van de werkgever	18
1.2.3. Marginaal wijzigingsrecht op grond van het goetrouwprincipe	20
2. Het wijzigingsvraagstuk toegespitst op het Franse individuele arbeidsrecht	21
2.1. Wijziging met wederzijds goedvinden	21
2.2. Het wijzigingsrecht van de Franse werkgever	21
2.2.1. Variatiebeding versus algemeen wijzigingsbeding	22
2.2.2. Variatiebeding aangaande de <i>qualification professionnelle</i>	23
3. Het wijzigingsvraagstuk toegespitst op het Nederlandse individuele arbeidsrecht	26
3.1. Wijziging met wederzijds goedvinden	26
3.2. Het wijzigingsrecht van de Nederlandse werkgever	27
3.2.1. Wijzigingsbeding.....	28
3.2.1.1. Geldigheidsvoorwaarden artikel 7:613 BW	28

3.2.2. Functiewijziging op basis van artikel 7:613 BW	31
Besluit	33
4. Goede trouw als instrument voor interne functieflexibiliteit?	35
4.1. Goede trouw in het contractenrecht.....	35
4.1.1. Interpretatieve werking	35
4.1.2. Aanvullende werking	37
4.1.3. Beperkende werking.....	38
4.2. Goede trouw als arbeidsrechtelijk principe?	41
4.3. Werkingen van de goede trouw als grondslag voor de functiewijziging	42
4.3.1. Beperkende werking van de goede trouw	44
4.3.1.1. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werkgever	44
4.3.1.2. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werknemer	46
4.3.2. Interpretatieve werking van de goede trouw	47
4.3.3. Aanvullende werking van de goede trouw	48
4.3.3.1. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werkgever	48
4.3.3.2. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werknemer	48
4.3.3.3. Heronderhandelingsplicht	49
4.3.4. Aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid <i>c.q.</i> goed werkgever- en goed werknemerschap.....	50
4.3.4.1. Nederland: goed werkgever- en goed werknemerschap als wijzigingsgrond	50
4.3.4.1.1. Principe-arresten Nederlandse Hoge Raad	51
4.3.4.1.1.1. Taxi Hofman/Van der Lely	51
4.3.4.1.1.2. Stoof/Mammoet	52
4.3.4.1.2. Het verfijnde Taxi Hofman-criterium	53
4.3.4.1.2.1. Gewijzigde omstandigheden	53
4.3.4.1.2.2. Redelijk aanbod	54
4.3.4.1.2.2.1. Formele redelijkheidseisen	54
4.3.4.1.2.2.2. Materiële redelijkheidseisen.....	55
4.3.4.1.2.2.3. Redelijke aanvaarding	56
4.3.4.1.2.2.3.1. Formele redelijkheidseisen.....	56
4.3.4.1.2.2.3.2. Materiële redelijkheidseisen	56
4.3.4.1.3. Demotie wegens disfunctioneren	57
4.3.4.1.4. Het verfijnde Taxi Hofman-criterium als inspiratiebron?.....	59

4.3.4.2. Nederland: gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid als wijzigingsgrond.....	61
4.3.5. Rechtsvergelijkende conclusie	62
DEEL III: BESCHERMING WERKNEMER TEGEN ONGEORLOOFDE EENZIJDIGE FUNCTIEWIJZIGING.....	65
1. Impliciet ontslag	66
1.1. Ontstaan.....	67
1.2. Voorwaarden impliciet ontslag	69
1.2.1. Eenzijdige wijziging.....	69
1.2.2. Belangrijke eenzijdige wijziging	70
1.2.3. Bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.....	71
1.2.4. Essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.....	71
1.3. Gevolgen	72
1.3.1. Redelijke bedenktijd.....	72
1.3.1.1. Afstand van recht	73
1.3.1.2. Voorbehoud of protest.....	73
1.3.2. Ingebrekestelling en tijdstip van beëindiging	74
1.4. Frankrijk en Nederland: impliciet ontslag?.....	75
1.4.1. Frankrijk.....	75
1.4.2. Nederland	76
1.5. Conclusie	77
2. Exceptio non adimpleti contractus	78
3. Kort geding	80
4. Gedwongen uitvoering	83
Besluit.....	84
ALGEMEEN BESLUIT	85
Probleemstelling	85
Antwoorden op onderzoeksvragen.....	86
Onderzoeksvraag 1	86
Onderzoeksvraag 2.....	88
Onderzoeksvraag 3.....	89
Voorstel 1 <i>de lege ferenda</i> - <i>minimum minimorum</i>	89
Voorstel 2 <i>de lege ferenda</i> - arbeidsrechtelijke vertaling goede trouw en bemiddeling.....	92
Voorstel 3 <i>de lege ferenda</i> - wettelijke regeling demotie wegens disfunctioneren	95

BIBLIOGRAFIE	97
Wetgeving	97
Rechtspraak	98
Rechtsleer.....	102
BIJLAGEN	109
Bijlage I: concordantietabel Code civil	110
Bijlage II: betekenis en grondslag wijzigingsrecht werkgever	112

LIJST VAN BIJLAGEN

- Bijlage I: concordantietabel Code civil;
- Bijlage II: betekenis en grondslag wijzigingsrecht werkgever.

DEEL I: INLEIDING

1. Probleemstelling

1. De maatschappelijke relevantie van demotie dient niet onderschat te worden. De demotie van (oudere) werknemers wordt overschaduwd door een taboesfeer. Het complexe demotievraagstuk wordt vanuit verschillende invalshoeken bediscussieerd. Gezien de beladenheid, breedte en complexiteit van de term demotie polariseren discussies hieromtrent al snel tot conflicterende standpunten. Emotie rond demotie.

2. Het huidige arbeidsethos is onderhevig aan evoluties en maatschappijveranderingen. De continu veranderende noden en behoeften van de onderneming verplichten de werkgever ertoe alsmaar meer flexibiliteit van zijn werknemers te eisen. Het hoeft geen verbazing te wekken dat de introductie van het begrip demotie hiermee verband houdt. Deze wisselende omstandigheden maken van de functie-inhoud een veranderlijk gegeven waarbij van de werknemer wordt verwacht dat hij er voor openstaat zich over te geven aan de veranderende behoeften van de onderneming die gepaard gaan met het eigen maken van nieuwe vaardigheden.

3. Gebleken is dat niet iedere werknemer gelijke tred kan houden met de steeds veranderende behoeften van de onderneming en de veranderende eisen die gesteld worden aan het functioneren. Het disfunctioneren van de werknemer kan aanleiding geven tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast kan de (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst als alternatief dienen voor ontslag. De functiewijziging ingeval van disfunctioneren biedt de werkgever de mogelijkheid om de betrokken werknemer te behouden.

4. Daar de werkgever gebaat is bij een zo groot mogelijke flexibiliteit van werknemers, hebben laatstgenoemden belang bij regelmaat en voorzienbaarheid. Het in overeenstemming brengen van deze tegengestelde werkgevers- en werknemersbelangen wordt gezien als een functie van het hedendaagse arbeidsrecht, waarin flexibiliteit steeds nadrukkelijker naar de voorgrond treedt en een plaats tracht te verwerven.¹

5. Tegenover voornoemde *evenwichtsfunctie* staat de *beschermende functie* van het arbeidsrecht. De beschermende finaliteit van het arbeidsrecht houdt in dat de werknemer niet wordt overgeleverd aan de willekeur van de economisch sterkere werkgever.² Betekent dit nu dat de beschermende functie van het arbeidsrecht een belemmering vormt voor het streven naar meer flexibiliteit? Het is niet verwonderlijk dat de beschermende functie zich juridisch zal manifesteren bij een ingrijpende wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst. Echter impliceert dit niet dat er geen rekening wordt gehouden met de werkgeversbelangen omdat de werknemer de zwakkere partij is bij de overeenkomst.³

¹ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 475.

² D. CUYPERS, *Schets van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 33.

³ F. HENDRICKX, "De arbeidsovereenkomst, een burgerlijke en sociale verbintenis" in M. STROOTBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 75-76.

2. Onderzoeksopzet- en vragen

6. Aangehaalde evoluties tonen aan dat er in hoofde van de werkgever steeds meer behoefte is aan flexibel inzetbare werknemers. Gepaard gaande met deze evoluties dringt volgende vraag zich op: over welke ruimte beschikt een werkgever om bestaande arbeidsovereenkomsten, en in het bijzonder de bedongen functie, duurzaam aan te passen bij disfunctioneren van de (oudere) werknemer?

7. Elke werkgever wordt namelijk wel eens geconfronteerd met een werknemer die niet aan de eisen van het functieniveau voldoet. Interessant hierbij is dat de oorzaak van het disfunctioneren bij de persoon van de werknemer gelegen is. De demotie wegens disfunctioneren situeert zich dus in de arbeidsverhouding, terwijl bijvoorbeeld de demotie vanuit een reorganisatie zich op het collectieve arbeidsniveau bevindt. Dat demotie wegens disfunctioneren zich op het individuele arbeidsniveau bevindt, is uitermate interessant in het kader van het wijzigingsvraagstuk, daar de demotie of functie- en loonverlaging steeds een negatieve impact op de betrokken werknemer heeft, enerzijds, en de werkgever zijn behoefte aan flexibiliteit niet kan verwezenlijken wegens te weinig manoeuvreerruimte, anderzijds.

8. Het is evident dat partijen met wederzijds goedvinden de bedongen functie-inhoud kunnen wijzigingen en alzo kunnen terugkomen op de afspraken die werden gemaakt bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Echter dient opgemerkt te worden dat een functiewijziging ingeval van disfunctioneren doorgaans op initiatief van de werkgever wordt doorgevoerd, waardoor de werknemer zich vaak in een materieel ongelijke onderhandelingspositie bevindt.⁴

9. Beschikt een werknemer die geconfronteerd wordt met een functiewijzigingsvoorstel over de mogelijkheid om het gedane voorstel af te wijzen zonder dat hij moet vrezen voor zijn job? Het antwoord op deze vraag is niet zonneklaar. Daarnaast dienen we ons af te vragen of de werkgever over een wijzigingsrecht beschikt: heeft hij het recht om een functiewijziging eenzijdig door te voeren indien er sprake is van een individueel demotiegeschil?

10. Met dit onderzoek tracht ik door middel van een kritische analyse zicht te krijgen op de mogelijkheden van de werkgever om (oudere) werknemers wegens disfunctioneren te demoveren en of hiertoe in België een juridische grondslag *de lege lata* en *de lege ferenda* voorhanden is. Voorts peilt dit onderzoek naar de variabiliteit van de arbeidsvoorwaarde arbeid (functie) *de lege lata*. Er zal met name worden nagegaan in hoeverre een vlottere functiewijziging kan worden gerealiseerd in hoofde van de werkgever zonder dat dit een verzwakking op het gebied van bescherming voor de werknemer betekent. Zodoende viseert deze masterscriptie primair wijzigingsvoorstellen uitgaande van de werkgever. Evenwel is niet alleen de werkgever vragende partij van meer flexibiliteit. Ook de werknemer doet soms wijzigingsvoorstellen om zijn functie inhoudelijk aan te passen. Desalniettemin zal deze masterscriptie hieraan voorbijgaan en focussen

⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 5.

op de wijzigingsvoorstellen van de werkgever, omwille van het feit dat die voorstellen, gelet op de impact ervan, doorgaans een ruimere draagwijdte hebben, zowel wat betreft de impact op de betrokken werknemer, als wat betreft de impact ervan op de onderneming in het algemeen.⁵

11. Het is onmiskenbaar dat het arbeidsovereenkomstenrecht hierbij centraal staat, daar het grotendeels de inhoud van de arbeidsovereenkomst regelt. Daarnaast mag men niet uit het oog verliezen dat het verbintenissenrecht minstens een evenwaardige plaats inneemt in onderzochte problematiek. Zo biedt het verbintenissenrecht tevens bescherming aan de werknemer en tegelijkertijd verleent het de nodige flexibiliteit. Dit betekent echter niet dat het arbeidsrecht geen autonome rechtstak is. Een verantwoorde oplossing voor de wijzigingsproblematiek moet in de eerste plaats vanuit het arbeidsrecht zelf komen. Bij ontstentenis daarvan dient een beroep te worden gedaan op het verbintenissenrecht.⁶

12. Met deze masterscriptie wil ik een beter zicht krijgen en een antwoord geven op de volgende drie vragen:

- Over welke mogelijkheden beschikt een werkgever om een (oudere) werknemer te demoveren als blijkt dat de werknemer niet langer in staat is de bedongen arbeid te vervullen? Welke bescherming wordt in huidig wettelijk kader geboden aan de werknemer?
- In hoeverre kan een vlottere functiewijziging in huidig wettelijk kader worden verwezenlijkt of dient een tussenkomst van de wetgever soelaas te bieden?
- Slaagt het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht erin om het streven van de werkgever naar interne flexibiliteit ingeval van disfunctioneren te verzoenen met de beschermingsbehoefte van de werknemer? Zo niet, welke maatregelen zijn nodig om deze balanceeroefening tot een goed einde te brengen?

Het normatieve karakter van deze masterscriptie houdt zich schuil in de derde en laatste onderzoeksvraag. Met deze vraag wil ik een bijdrage leveren aan het denken over de ruimte tot aanpassing en verbetering van het huidige recht.

⁵ Dit hoeft niet per se zo te zijn. Ook een door de werknemer geformuleerd wijzigingsvoorstel kan tal van (organisatorische) vraagstukken doen rijzen en een impact op andere werknemers hebben. Bijvoorbeeld het geval waarin een werknemer, die onderdeel uitmaakt van een bepaalde dienst, op eigen initiatief in functie wordt verlaagd, en dat andere werknemers van desbetreffende dienst die wijziging moeten opvangen.

⁶ W. RAUWS, "Arbidsrecht en burgerlijk recht: een stevig huwelijk, een turbulente lat-relatie of scheiding?", *TPR* 2011, 177-178.

3. Rechtsvergelijking

13. In navolging van de geponeerde onderzoeksvragen is een rechtsvergelijkende analyse in zekere mate een vereiste. Bepaalde pijnpunten die bestaan in het huidige Belgische rechtstelsel kunnen mogelijks worden opgelost door over de grenzen heen te kijken. Door middel van rechtsvergelijking kan afstand worden gedaan van ons Belgische rechtssysteem en kunnen we onze blik verruimen door ons in te laten met de ontwikkelingen en ervaringen in andere landen. Rechtsvergelijking leidt bijgevolg tot rechtsverfijning en rechtsverrijking.

14. Het Franse en Nederlandse rechtssysteem zijn, wat mij betreft, in het kader van dit onderzoek het meest opportuun om af te zetten tegenover het Belgische. Beiden rechtssystemen verschillen van het Belgische, maar desalniettemin kan men in ieder rechtssysteem afzonderlijk hetzelfde vertrekpunt waarnemen, namelijk de verbindende kracht van de overeenkomst.

In de arbeidsrechtelijke rechtsleer wordt in het algemeen een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een institutionele benadering en anderzijds een contractuele benadering van de arbeidsrelatie.

De institutionele benadering stelt het belang van een groter geheel voorop. Het legt de klemtoon op het feit dat zowel de werkgever als de werknemer onderdeel uitmaken van de onderneming in zijn totaliteit. De onderneming wordt aanschouwd als een gemeenschap waarbij werkgevers- en werknemersbelangen jegens elkaar in balans moeten worden gebracht. Volgens deze benadering is de arbeidsovereenkomst niet louter een overeenkomst tussen twee partijen. De rechten en plichten van de werkgever en werknemers vinden tevens hun oorsprong in de verplichtingen opzichtsens de gemeenschap.⁷

De contractuele benadering kan getypeerd worden als een klassiek civilistische benadering waarbij de afspraken die tussen de partijen in de individueel afgesloten arbeidsovereenkomst werden gemaakt van doorslaggevend belang zijn voor de arbeidsrelatie. Deze benadering hecht veel waarde aan de individuele rechten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Aldus strekt de arbeidsovereenkomst de partijen tot wet.⁸

Indien beide benaderingen in verband worden gebracht met het wijzigingsvraagstuk, en in het bijzonder met het streven naar interne contractuele flexibiliteit, dient niet betwist te worden dat het institutionele systeem, dat het gemeenschapsbelang nastreeft, meer flexibiliteit aanreikt dan een systeem dat de arbeidsrelatie louter stoelt op de individueel afgesloten arbeidsovereenkomst.

⁷ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 7.

⁸ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 8.

15. Het Franse en Belgische rechtssysteem leunen op het eerste gezicht dicht tegen elkaar aan. De contractuele benadering voert in beide landen de boventoon. Zowel in Frankrijk als België vormt het vertrekpunt de verbindende kracht van de overeenkomst. Aldus kan hetgeen dat werd bedongen enkel en alleen maar worden gewijzigd mits instemming van de betrokken werknemer. Het Nederlandse rechtssysteem lijkt dan weer een tegenpool te zijn van het Belgische respectievelijk het Franse rechtssysteem. In Nederland percipieert men de arbeidsrelatie op verschillende wijze. De Nederlandse Hoge Raad heeft tot tweemaal toe stevig stof doen opwaaien omtrent de vraag of hij het Nederlandse arbeidsrecht op een institutioneel voetstuk heeft willen plaatsen. Dit gebeurde een eerste maal in 1998 met het Taxi Hofman-arrest en een tweede maal in 2008 met het arrest Stoof/Mammoet.⁹

16. Een belangrijke stroming van de Nederlandse doctrine neemt de contractuele benadering als uitgangspunt voor het arbeidsrecht maar acht een verfijning door middel van institutionele accenten wenselijk. Beide benaderingen zijn in zuivere vorm noch zinvol noch bruikbaar. Bovendien biedt deze institutionele correctie op de contractuele benadering de mogelijkheid aan de rechter, door middel van de maatstaf van redelijkheid en billijkheid, om de werkgeversbelangen bij wijziging van arbeidsvoorwaarden te toetsen aan de werknemersbelangen bij een ongewijzigde continuering van de bedongen arbeidsovereenkomst.¹⁰

17. In het kader van deze masterscriptie wordt voor een functionele rechtsvergelijking geopteerd, daar het toelaat na te gaan welke problematiek zich in het kader van het wijzigingsvraagstuk stelt en op welke manier deze problematiek wordt opgelost in verschillende rechtssystemen. Een kritische en nauwgezette analyse van het Franse en Nederlandse rechtssysteem zal daarom worden neergezet tegenover het Belgische rechtssysteem. Beide systemen verschillen op essentiële punten van het Belgische rechtssysteem. Desalniettemin vertonen beide systemen voldoende aanknopingspunten met ons systeem om alzo tot nuttige inzichten te komen. Bovendien kan de keuze voor Frankrijk en Nederland verantwoord worden door de (semi-)recente interessante ontwikkelingen die daar te signaleren zijn en die nagenoeg allemaal geïncorporeerd kunnen worden in het Belgische (arbeids)recht.

⁹ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/99; HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

¹⁰ J.M. VAN SLOOTEN, *Arbeid en loon*, Deventer, Kluwer, 1999, 66; G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 120-121.

4. Verhouding tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en het burgerlijk recht

18. Het arbeidsrecht is een autonome rechtstak met een eigen dynamiek, eigen technieken en finaliteit. Weliswaar betreft het een relatieve autonomie, daar het arbeidsrecht niet volledig kan worden losgekoppeld van het gemeen recht. Het arbeidsrecht wordt gekenmerkt door een beschermende finaliteit, namelijk de bescherming van de integriteit van de werknemer. Het tracht de rechten van de arbeidende mens op menselijke waardigheid, geconcretiseerd in zijn recht op arbeid te realiseren.¹¹

19. Een sterke binding tussen het arbeidsrecht en het verbintenissenrecht heeft altijd bestaan. Tot op heden is het arbeidsrecht sterk ingebed in het gemeen recht in het algemeen, en in het verbintenissenrecht in het bijzonder.¹² Zo sluiten specifieke dwingende wetsbepalingen aan bij het gemeen verbintenissenrecht, meer nog, ze worden er ingepast.¹³ De sterke cohesie wordt geaccentueerd door de bindende kracht van de overeenkomst, hetgeen onverkort van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. De afwezigheid ervan zou immers ingaan tegen de beschermende finaliteit van het arbeidsrecht, daar de werknemer zou worden onderworpen aan de willekeur van de werkgever om eenzijdige wijzigingen aan te brengen in de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Bovendien werd het principe van de contractuele binding tevens ingeschreven in art. 20, 1^o Arbeidsovereenkomstenwet.¹⁴ Daarenboven dient vermeld te worden dat het gezag van de werkgever gerelativeerd wordt door het verbintenissenrecht. Het fundament van de arbeidsrelatie blijft het verbintenissenrecht.¹⁵ Voorgaande kan overigens kracht worden bijgezet door een lezing van artikel 32 Arbeidsovereenkomstenwet dat uitdrukkelijk bepaalt dat de arbeidsovereenkomst zowel op arbeidsrechtelijke als civielrechtelijke wijzen beëindigd kunnen worden.

¹¹ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 491.

¹² W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 13.

¹³ M. RIGAUX, "De gespannen verhouding tussen artikel 1134 BW en de sociaalrechtelijke finaliteit. Inleidende beschouwingen" in M. RIGAUX en A. VAN REGENMORTEL, *Rechts(on)zekerheid omtrent (schijn)zelfstandigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 7-8.

¹⁴ Art. 20, 1^o WAO: "De werkgever is verplicht de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen."

¹⁵ L. DEAR, "La théorie de l'acte équipollent à rupture" in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Anthemis, Luik, 2008, 160.

5. De bedongen arbeid als essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst

20. De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij een werknemer zich ertoe verbindt om tegen loon, onder het gezag van een werkgever, arbeid te presteren. Opdat een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is overeengekomen dient er sprake te zijn van drie essentiële bestanddelen: arbeid, loon en gezag.¹⁶

21. De bedongen arbeid is dus een essentieel bestanddeel en betekent in enge zin de arbeid waarvan de inhoud of de aard, de tijd en de plaats uitdrukkelijk, dit kan zowel schriftelijk als mondeling zijn, of stilzwijgend zijn overeengekomen.¹⁷ Contractspartijen kunnen tevens opteren om één aspect of alle aspecten van de arbeidsverbintenis bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst bepaalbaar te laten.¹⁸

22. Tot de geldigheid van een (arbeids)overeenkomst zijn ingevolge artikel 1108 BW vier voorwaarden vereist: de toestemming van de partij die zich verbindt, haar bekwaamheid om contracten aan te gaan, een bepaald voorwerp en een geoorloofde oorzaak van de verbintenis. Daarenboven moet het voorwerp bestaan of mogelijk zijn op het ogenblik van het aangaan van de verbintenis.¹⁹

Ofschoon artikel 1108 BW een bepaald voorwerp vereist, wordt algemeen aanvaard dat het voldoende is dat het voorwerp op moment van contractsluiting bepaalbaar is. Voorgaande kan bovendien kracht worden bijgezet door artikel 1129 BW, hetgeen vereist dat de zaak minstens t.a.v. haar soort en hoeveelheid bepaald is of nader bepaald kan worden. Zo veronderstelt ook het Hof van Cassatie in zijn rechtspraak dat deze voorwaarde is vervuld, mits de overeenkomst objectieve elementen bevat waardoor het voorwerp kan worden bepaald op het ogenblik waarop de verbintenis moet worden uitgevoerd zonder dat het nodig is dat partijen een nieuwe overeenkomst afsluiten.²⁰

23. De bedongen arbeid wordt beschouwd als het voorwerp van de hoofdverbintenis van de werknemer als één van de hoofdverbintenissen van de werkgever in een individuele arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst brengt met zich mee dat de werknemer de overeengekomen arbeidsprestatie verricht onder het gezag van de werkgever en dat de werkgever

¹⁶ P. HUMBLET en M. RIGAUX, *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 33; P. TIERENS en I. VERREY, *Arbeidsovereenkomstengids*, Landelijke Bedienden Centrale – Nationaal Verbond voor Kaderpersoneel, 2000, 27.

¹⁷ W. VAN EECKHOUTTE, *Compendium '15-'16. Arbeidsrecht met fiscale notities*, Mechelen, Kluwer, 2015, nr. 1420.

¹⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 67.

¹⁹ A. VAN OEVELEN, "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht", in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 5-10.

²⁰ Cass. 21 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 679; Cas. 27 oktober 2000, *RW* 2001-02, 24; Cass. 13 juni 2005, *JTT* 2006, 29; P.-A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat" in *Les obligations contractuelles*, Brussel, ED. du Jeune Barreau, 1984, 105; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 258.

de bedongen arbeid verschaft en het overeengekomen loon betaalt.²¹ De hoofdverbintenissen uit een arbeidsovereenkomst hebben dus een voorwerp, en hiermee is voldaan aan het vereiste van het bestaan van een voorwerp.²²

24. In het kader van de aanpasbaarheid van de bedongen arbeid is het interessant om te weten wat precies het belang is van de vereiste van de voldoende bepaalbaarheid van de te verrichten arbeid.

Dit houdt alleszins niet in dat het voorwerp van de verbintenis arbeid te verschaffen en het voorwerp van de verbintenis arbeid te presteren nauwkeurig en op allesomvattende wijze moet zijn omschreven. Dat het voorwerp van deze verbintenissen niet geheel bepaald moet zijn, volgt uit de aard van de arbeidsovereenkomst. Het is namelijk onbetwistbaar dat de werkgever op het moment van aanwerving nog niet volledig de capaciteiten van de werknemer kent. Bovendien krijgt de werkgever te maken met steeds veranderende economische behoeften, waardoor hij verplicht wordt mee te evolueren. Daarom is het logisch dat partijen bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst het voorwerp van de te verrichten arbeidprestaties nog niet in detail bepalen.²³ Het tot op zekere hoogte onbepaald laten van de te verrichten arbeid houdt in dat de werknemer zijn arbeidskracht ter beschikking stelt van de werkgever en dat laatstgenoemde, steunend op de gezagsverhouding tussen hem en de werknemer, een recht op gezagsuitoefening heeft, hetgeen hem toelaat de arbeidsprestaties nader in te vullen, of beter, te bepalen en de uitvoering ervan te organiseren.²⁴ Wanneer de te verrichten arbeid bij aanvang van de arbeidsovereenkomst minutieus zou zijn geregeld, zou dit de gezagsuitoefening in hoofde van de werkgever onmogelijk maken.²⁵ De overeenkomst betreft in dat geval geen arbeidsovereenkomst meer, omdat het element van ondergeschiktheid ontbreekt.²⁶

25. Het vaag laten van de te verrichten arbeid speelt bovendien in de kaart van de werkgever. Op die manier kan hij zijn gezag aanwenden om de contouren van de arbeidstaak eigenhandig uiteen te zetten. De bevoegdheid van de werkgever om dergelijke vaagheid nader in te vullen, is omgekeerd evenredig met de duidelijkheid van het contract.²⁷ Datgene dat strikt is overeengekomen, moet even strikt worden uitgevoerd.

²¹ Art. 2, 3, 4, eerste lid en 5 WAO; A. VAN OEVELEN, "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht", in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 5.

²² W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 313.

²³ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 313; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 69.

²⁴ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1982, 315-316.

²⁵ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 316.

²⁶ A. VAN OEVELEN, "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht", in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 8.

²⁷ K. MAGERMAN, *Loonvoorwaarden wijzigen*, Brugge, die Keure, 2010, 190.

26. De vraag of een voorwaarde overeengekomen is, vereist een dynamische benadering. De oorspronkelijke schriftelijke overeenkomst betreft een momentopname, ten gevolge daarvan neemt haar belang als bewijsmiddel af naarmate de arbeidsverhouding blijft voortbestaan. Het is verre van abnormaal dat mettertijd het loon, de arbeidsplaats, de functie en zelfs het statuut van de werknemer onderhevig zijn aan veranderingen, en dat kan dus inhouden dat een vaag gelaten bestanddeel een concrete invulling krijgt, zonder dat dit leidt tot een nieuwe overeenkomst. Finaal geldt wat is overeengekomen, zelfs al was dat mondeling of stilzwijgend. De rechter zal dus, a.d.h.v. de concrete omstandigheden, telkens moeten beoordelen of er sprake is van een overeengekomen voorwaarde dan wel louter van de uitvoering van een aanvankelijk overeengekomen vage clausule.²⁸

27. Een voldoende bepaalbaarheid betekent inderdaad dat de bepaaldheid van de te presteren arbeid algemeen kan worden gelaten, niettemin houdt dit in dat de te verrichten arbeid niet geheel onbepaald mag worden gelaten. Een minimum aan bepaaldheid is noodzakelijk. Op die manier wordt het de werkgever belet om naar eigen goedgevoelen, op basis van de gezagsverhouding, de aard van de te verrichten arbeid te bepalen.²⁹ De civielrechtelijke geldigheidsvoorwaarde van de bepaalbaarheid van het voorwerp komt er op neer dat de te presteren arbeid bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst naar de aard voldoende bepaalbaar moet zijn en niet uitsluitend afhangt van de wil van één partij. Evenals het voorwerp van de verbintenis een bloem te leveren onvoldoende bepaald is, zo is ook de verbintenis arbeid in ondergeschiktheid te presteren onvoldoende bepaald.³⁰

²⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 70.

²⁹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 71.

³⁰ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 317.

6. Demotie

6.1. Demotie: multidisciplinair begrip

28. Zuiver gesteld is demotie het omgekeerde van promotie. De werknemer zet vrijwillig of gedwongen een stap terug binnen de bestaande hiërarchische structuur. Dat een carrière per definitie altijd crescendo gaat, met een daarbij stijgend loon als logisch gevolg, en dat enkel van een succesvol beroepsleven kan worden gesproken als een werknemer hieraan voldoet, is een dominante maatschappelijke opvatting. Het wordt ons als het ware met de paplepel meegegeven. Niet alleen is deze opvatting irreal, het is ook gewoon een foute stelling. Iedereen weet namelijk dat het schier onmogelijk is om in een actieve loopbaan van 35 à 40 jaar enkel en alleen maar promotie te maken.³¹

29. In de literatuur zijn verschillende definities van demotie terug te vinden. Demotie is een multidisciplinair gegeven en wordt benaderd vanuit een psychologische, economische en sociologische invalshoek. Het verdient bijval dat demotie wordt bestudeerd op de snijlijn van deze drie disciplines. Zo definiëren de economische wetenschappen demotie als een positionele stap terug op de hiërarchische ladder en een functieverlaging, die bovendien een vermindering in verantwoordelijkheden en autoriteit, maar ook een loonsverlaging inhouden. De sociologische wetenschappen koppelen het begrip demotie aan statusverlaging met minder verantwoordelijkheden en autoriteit. De psychologische wetenschappen spreken dan weer over transitie en de mate van tevredenheid m.b.t. de jobinhoud en jobstatus.³²

30. De functieverlaging weerspiegelt demotie op de meest objectieve wijze, waarbij het element status(verlaging) belangrijk is om indachtig te houden. De statusverlaging wordt eerder gezien als een gevolg van de functieverlaging, en vormt geen op zichzelf staande demotie. Ook het element loonsverlaging dient mee in het *demotieverhaal* te worden genomen, maar eerder als gevolg van de functieverlaging. Demotie is namelijk niet altijd onlosmakelijk verbonden met een verlaging in loon en daarom vindt de literatuur het geen goed ijkpunt om demotie te omschrijven. Daarentegen beschouwt de literatuur het element loon als een belangrijke motivator, daar de gedemoveerde de demotie op geheel andere wijze zal beleven wanneer aan de demotie een loonsverlaging wordt gekoppeld.³³

31. Het is duidelijk dat demotie een multidisciplinair gegeven is. In deze masterscriptie ga ik uit van de volgende definitie: een functiewijziging waarbij een (oudere) werknemer op initiatief van de werkgever wordt teruggezet naar een hiërarchisch lagere functie, met verlies van verantwoordelijkheden en statusverlaging, in combinatie met een loonsverlaging.

³¹ T. VERHEYEN en B. VERMEIR, *Remotie. Een stap terug is een stap vooruit*, Mechelen, Kluwer, 2011, 46-47.

³² T. VERHEYEN, "De promotie van demotie: een literatuuroverzicht", internet, 28/11/2017, (http://research.vub.ac.be/sites/default/files/uploads/BUTO/Working-Papers/mosi_working_paper_47_-_verheyen_t._2012_de_promotie_van_demotie_een_literatuuroverzicht.pdf).

³³ T. VERHEYEN, "De promotie van demotie: een literatuuroverzicht", internet, 28/11/2017, (http://research.vub.ac.be/sites/default/files/uploads/BUTO/Working-Papers/mosi_working_paper_47_-_verheyen_t._2012_de_promotie_van_demotie_een_literatuuroverzicht.pdf).

6.2. Demotie wegens disfunctioneren

32. Het demoveren van een werknemer kan allerlei redenen hebben. Het disfunctioneren van de werknemer is daar één van. Wanneer de werkgever vindt dat de werknemer niet meer naar behoren functioneert kan hij overgaan tot het verminderen van diens verantwoordelijkheden.

33. Vrijwel iedere werkgever wordt wel eens geconfronteerd met een werknemer die zijn functie niet volwaardig uitoefent. De oorzaak hiervan kan gezocht worden bij de persoon van de werknemer. Zo is het mogelijk dat de functie zowel fysiek als mentaal teveel van hem vergt. Daarentegen kunnen ook verklaringen worden gezocht die geen direct verband houden met de persoon van de werknemer. Zo is de pensioensleeftijd opgetrokken en vereist de functie tegenwoordig steeds meer en andere vaardigheden van de werknemer dan toen hij werd aangeworven. Gebleken is dat niet ieder werknemer gelijke tred kan houden met de ontwikkeling van de bedrijfsorganisatie en de steeds veranderende eisen die aan het functioneren worden gesteld. Ook zijn functies in de loop der jaren onderhevig geweest aan drastische veranderingen verwijtbaar aan de digitalisering en automatisering.³⁴

Dit alles kan de werkgever ertoe bewegen om de disfunctionerende werknemer te demoveren, i.e. het doorvoeren van een functie- en/of loonsverlaging.

³⁴ R. JONGSMA, *Demotie: het laatste taboe doorbroken*, Alpen aan den Rijn, Vakmedianet, 2014, 55-59.

DEEL II: MOGELIJKHEDEN VOOR DE WERKGEVER TOT WIJZIGING VAN DE BEDONGEN FUNCTIE

1. Het wijzigingsvraagstuk toegespitst op het Belgische individuele arbeidsrecht

1.1. Wijziging met wederzijds goedvinden

34. Het Belgische recht erkent het principe van de bindende kracht van de overeenkomst en het daaruit voortvloeiend beginsel van de tweezijdige wijziging. Dat blijkt zowel uit cassatierechtspraak,³⁵ als uit artikel 17, 1° en 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet.³⁶ Gelet op de bindende kracht van de overeenkomst, zijn wijzigingen van de arbeidsovereenkomst slechts mogelijk met wederzijds goedvinden van beide partijen, weze het dat de instemming impliciet of stilzwijgend wordt gegeven (art. 1134, tweede lid BW).³⁷ De Belgische werkgever kan aldus de arbeidsovereenkomst niet eenzijdig wijzigen of herroepen.³⁸

Bestaat bij een partij de wil om de arbeidsovereenkomst te wijzigen, dan moet de wederpartij instemmen met de beoogde wijziging.³⁹ In dat geval vindt er niet langer een eenzijdige wijziging plaats, maar wel een tweezijdige. Bovendien zal de wijziging niet langer op gespannen voet staan met het principe van de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst.

Daarenboven geldt in de context van de arbeidsverhouding dat de werkgever niet zomaar de instemming van de met het wijzigingsvoorstel geconfronteerde werknemer mag verwachten wanneer het wijzigingsvoorstel een verslechtering van de bedongen arbeidsvoorwaarden inhoudt. Hij mag slechts op de instemming van de betrokken werknemer vertrouwen indien hij de werknemer een duidelijke inhoudelijke toelichting heeft gegeven m.b.t. de beoogde wijziging en voor zover hij uit de gedragingen of verklaringen van de werknemer redelijkerwijze mag opmaken dat die dat voorstel ook bewust heeft geaccepteerd.⁴⁰

³⁵ Cass. 15 februari 1982, RW 1982-83, 2209; Cass. 21 april 1986, JTT 1986, 501; Cass. 12 januari 1987, JTT 1987, 428; Cass. 20 december 1993, Arr. Cass. 1993-94, 1085; Cass. 30 november 1998, Arr. Cass. 1998, 1083; Cass. 18 december 2000, Arr. Cass. 2000, 2029; Cass. 4 februari 2002, AJT 2001-02, 1033, noot L. MONSEREZ.

³⁶ Art. 17, 1° WAO: "De werknemer is verplicht zijn werk zorgvuldig, eerlijk en nauwkeurig te verrichten, op tijd, plaats en wijze zoals is overeengekomen."

Art. 20, 1° WAO: "De werkgever is verplicht de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen, inzonderheid, zo de omstandigheden dit vereisen en behoudens strijdige bepaling, door de voor de uitvoering van het werk nodige hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen."

³⁷ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", TSR 2010, 239.

³⁸ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 88.

³⁹ Arbh. Brussel 28 juni 2012, Soc.Kron. 2014, 510.

⁴⁰ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 358.

1.2. Het *ius variandi* van de Belgische werkgever

35. Niettegenstaande het feit dat het principe van de tweezijdige wijziging van de overeenkomst het vertrekpunt blijft om de arbeidsrelatie te flexibiliseren, dringt de vraag zich op in welke mate het de werkgever is toegelaten om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden van de werknemer te wijzigen. Dit betreft de vraag naar het *ius variandi* van de werkgever.

Een antwoord op deze vraag kan echter niet geboden worden door de traditionele technieken van het huidige individuele arbeidsrecht. Behoudens het geval dat de werkgever en de werknemer een heronderhandelingsplicht in de arbeidsovereenkomst hebben bedongen indien sprake is van gewijzigde omstandigheden, namelijk het disfunctioneren van de werknemer, reikt de arbeidsovereenkomst immers geen eenzijdig wijzigingsrecht aan. Bovendien ontbreekt het in de Arbeidsovereenkomstenwet en andere soortgelijke arbeidsrechtelijke regelingen aan expliciete bepalingen die de werkgever een eenzijdig wijzigingsrecht bieden. Nochtans regelt artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet de hypothese waarin er een wijzigingsbeding is in de arbeidsovereenkomst, maar een letterlijke lezing van dat artikel ontkracht *de facto* net de stelling dat de werkgever over een wijzigingsrecht beschikt.⁴¹

36. Een flexibele uitlegging van de rigide regels in de Arbeidsovereenkomstenwet, heeft ertoe geleid dat Belgische rechtsleer en rechtspraak een *ius variandi* in hoofde van de werkgever in beperkte mate heeft erkend en zodoende heeft getracht (een begin) van antwoord te formuleren op het wijzigingsvraagstuk. Zo onderscheidt de Belgische rechtsleer en rechtspraak alleszins twee varianten van het *ius variandi*: het wijzigingsrecht op grond van een wijzigingsbeding en het invullingsrecht van de werkgever of het zogenaamde *ius dominandi*. Aangestipt moet worden dat beide voornoemde varianten in feite oneigenlijke varianten van het *ius variandi* betreffen vanwege het feit dat ze steeds de instemming van de betrokken werknemers vereisen.⁴²

37. In deze bijdrage worden drie varianten van het *ius variandi* van de werkgever erkend, die bovendien afwijken van het destijds gemaakte onderscheid door SMITS. Zo erkende SMITS naast het wijzigingsrecht op basis van een wijzigingsbeding en het invullingsrecht van de werkgever, eveneens dat de werkgever het recht heeft om onbelangrijke wijzigingen aan te brengen aan essentiële arbeidsvoorwaarden, dan wel het in niet-aanzienlijke mate wijzigen van bijkomstige arbeidsvoorwaarden.⁴³ Deze zienswijze werd echter van tafel geveegd door het cassatiearrest van 20 december 1993, alwaar het Hof van Cassatie zich ontegensprekelijk liet opmerken als een rigoureuus voorstander van het principe van de bindende kracht van de overeenkomst door te beklemtonen dat "*wat partijen contractueel geregeld hebben, hen derhalve, ook inzake arbeidsovereenkomsten, tot wet strekt, onverschillig of het essentiële of bijkomstige elementen van de overeenkomst uitmaken*".⁴⁴ Behoudens een geldig wijzigingsbeding, kan de werkgever zich volgens het Hof van Cassatie alleen maar beroepen op een wijzigingsrecht t.a.v. niet-

⁴¹ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 362.

⁴² A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 362.

⁴³ M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en het *ius variandi*", *RW* 1986-87, 1057-1058.

⁴⁴ Cass. 20 december 1993, *RW* 1995-1996, 41.

overeengekomen bijkomstige voorwaarden van de arbeidsovereenkomst. Aldus heeft deze strakke contractuele visie van het Hof elk nut van het onderscheid tussen bijkomstige en essentiële voorwaarden, enerzijds, en onbelangrijke versus belangrijke wijzigingen, anderzijds, weggevaagd. Hierdoor kon de ruime visie van SMITS niet langer in stand worden gehouden.⁴⁵

38. Dit gezegd zijnde, rijst de vraag over welke drie wijzigingsvarianten de werkgever dan wel beschikt. Zoals vermeld, onderscheidt deze bijdrage drie varianten van het *ius variandi*, die hierna ieder afzonderlijk besproken zullen worden: het wijzigingsrecht op grond van een wijzigingsbeding in een arbeidsovereenkomst, het invullingsrecht of *ius dominandi* in hoofde van de werkgever en het marginaal wijzigingsrecht gesteund op het principe van de goede trouw.

1.2.1. Wijzigingsbeding

39. Een wijzigingsbeding is een beding waarmee de werkgever bij de arbeidsovereenkomst zich een eenzijdig wijzigingsrecht van een door hem aan de werknemer toegekend voordeel voorbehoudt.⁴⁶ Nochtans verbiedt de Arbeidsovereenkomstenwet het wijzigingsbeding ten voordele van de werkgever. Ingevolge artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet is het beding waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, nietig. Deze bepaling hoeft geen verbazing te wekken omdat de werknemer door dergelijk beding in een materiële ongelijke positie wordt gebracht.⁴⁷ Het wijzigingsbeding strekt niet tot voordeel in hoofde van de werknemer. Hij doet namelijk bij voorbaat afstand van zijn weigeringsrecht dat hem overeenkomstig artikel 1134, tweede lid BW toekomt. Anders geformuleerd, de werknemer geeft een bepaalde autonomie op zonder dat duidelijk is welke gevolgen dat heeft.⁴⁸

Hoewel een lezing van artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet in feite net de hypothese ontkracht dat de werkgever op grond van een beding een eenzijdig wijzigingsrecht heeft, heeft het Hof van Cassatie een belangrijke verfijning aangebracht aan de draagwijdte van deze bepaling. In het cassatiearrest van 14 oktober 1991 vindt volgens het Hof het artikel toepassing op bedingen die betrekking hebben op de eenzijdige wijzigingen van essentiële bestanddelen van de overeenkomst.⁴⁹ *A contrario* beschikt de werkgever dus wel over een eenzijdig wijzigingsrecht t.a.v. bijkomstige voorwaarden.

⁴⁵ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 109-110.

⁴⁶ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 190.

⁴⁷ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 245.

⁴⁸ A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 211.

⁴⁹ Cass. 14 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 145, concl. H. LENAERTS.

1.2.1.1. Onderscheid tussen essentiële en bijkomstige arbeidsvoorwaarden

40. Bij de beoordeling van de geldigheid van het wijzigingsbeding, is het van belang een onderscheid te maken tussen essentiële en bijkomstige bestanddelen van de arbeidsovereenkomst. Het onderscheid wordt beïnvloed door een aantal factoren.

Ten eerste worden een aantal arbeidsvoorwaarden als objectief-essentiële arbeidsvoorwaarden aangemerkt. Het betreft de voorwaarden loon, arbeid of functie, arbeidstijd en - in principe ook - arbeidsplaats.⁵⁰ Deze voorwaarden zijn per slot van rekening constitutief voor het bestaan van iedere arbeidsovereenkomst vermits zonder loon, arbeid en gezag objectief gezien geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.⁵¹

Andere arbeidsvoorwaarden, bijvoorbeeld extra legale voordelen, worden in beginsel eerder als bijkomstige arbeidsvoorwaarden gedefinieerd. Bijgevolg heeft de werkgever t.a.v. die arbeidsvoorwaarden een grotere wijzigingsmarge.⁵² Het feit dat een arbeidsvoorwaarde het label krijgt opgeplakt van een bijkomstige arbeidsvoorwaarde, betekent echter niet dat deze niet geherkwalificeerd en dus verheven kunnen worden tot subjectief-essentiële bestanddelen.

Ten tweede kunnen arbeidsvoorwaarden tevens bijkomstig respectievelijk essentieel zijn wanneer de betrokken werknemer en werkgever een bepaalde voorwaarde op het ogenblik van het sluiten van hun arbeidsovereenkomst expliciet te kennen hebben gegeven dat het een bijkomstige dan wel een essentiële voorwaarde betreft.⁵³

Zo kunnen de werknemer en werkgever overeenkomen dat een objectief-essentiële arbeidsvoorwaarde wordt verheven tot een bijkomstige arbeidsvoorwaarde.⁵⁴ Hierbij kunnen ze echter niet bedingen dat het loon, de arbeidstijd of de functie geheel bijkomstig zijn.⁵⁵ Omgekeerd, kan een bijkomstige arbeidsvoorwaarde verheven worden tot een subjectief-essentiële voorwaarde indien zij door partijen als wezenlijk aanvoelt.⁵⁶

Ten derde kan het essentiële dan wel bijkomstige karakter van de arbeidsvoorwaarde afhangen van de schade die de werknemer ondervindt door de wijziging. Loopt de werknemer door de

⁵⁰ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 247.

⁵¹ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 363.

⁵² Arbh. Brussel 29 juni 2012, AR 2011/AB/959.

⁵³ W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 27; F. HENDRICKX, "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 307.

⁵⁴ Bv. de werknemer aanvaardt dat de functie geen essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst uitmaakt of dat de werknemer verschillende taken zal uitvoeren.

⁵⁵ B. CROIMANS en J. DE LAAT, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?", *NTSR* 2008, 285; A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 105; Cass. 13 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 400.

⁵⁶ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 248.

wijziging van de arbeidsvoorwaarde ernstige schade op, dan wordt die voorwaarde erkend als een essentiële.⁵⁷

Met betrekking tot de functie heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 16 september 2013 geoordeeld dat de overeengekomen functie in beginsel een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst uitmaakt, tenzij uit de overeenkomst of de uitvoering ervan kan worden opgemaakt dat dit niet het geval is.⁵⁸ Evenwel zullen partijen in het merendeel van de gevallen slechts een aanvangsfunctie in gedachten hebben gehad bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst. De functie op zich is dan ook niet zozeer essentieel, maar wel de status, de verantwoordelijkheden en het vakmanschap die er gepaard mee gaan.⁵⁹ In het Franse recht wordt dit aangeduid als de *qualification professionnelle*, hetgeen duidt op het niveau waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd.⁶⁰ Des te groter de verantwoordelijkheden en de status die met de functie gepaard gaan, des te belangrijker zullen de morele en materiële voordelen zijn die de werknemer eraan onttrekt, en des te aannemelijker het zal zijn dat partijen daadwerkelijk aan het niveau waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd een essentieel karakter hebben gegeven.⁶¹

Indien een werkgever overgaat tot een functiewijziging of een wijziging aan het takenpakket van de werknemer, of wordt de werknemer overgeplaatst naar een andere afdeling of dienst, dan gaat de rechter na of de wijziging gepaard gaat met een loonvermindering⁶² en of de nieuwe functie of gewijzigde taken nog aansluiten bij de geestelijke, lichamelijke en professionele mogelijkheden en het kwalificatiepeil van de werknemer.⁶³ Leidt de functiewijziging tot financiële schade in hoofde van de werknemer, hetgeen een degradatie impliceert, dan zal de rechter de bedongen functie sneller aanmerken als een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.⁶⁴ Leidt de functiewijziging evenwel niet tot financiële schade, en is ze bovendien noodzakelijk vanuit organisatorisch oogpunt, dan zal de rechter de bedongen functie eerder als bijkomstig kwalificeren.⁶⁵

Ten slotte wordt de aard van de gewijzigde arbeidsvoorwaarde door de (lagere) rechtspraak beoordeeld door een afweging te maken tussen het rechtmatig verwachtingspatroon van de werknemer, enerzijds, en de noden die gepaard gaan met het goed beheer van de onderneming, anderzijds.⁶⁶ Hoe groter het belang de werknemer oorspronkelijk hechtte aan de gewijzigde

⁵⁷ P. HUMBLET, R. JANVIER, W. RAUWS en M. RIGAUX, *Synopsis van het Belgisch Arbeidsrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 231.

⁵⁸ Cass. 16 september 2013, *JTT* 2013, 433.

⁵⁹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 205.

⁶⁰ P.H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2009, 25.

⁶¹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 205.

⁶² Arbh. Brussel 1 oktober 2010, *JTT* 2011, 122; Cass. 11 oktober 2010, AR S.09.0117.F, onuitg.

⁶³ Arbh. Brussel 28 mei 2010, AR 2005/AB/47.044, onuitg.; A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 364.

⁶⁴ Cass. 16 september 2013, *JTT* 2013, 433;

⁶⁵ Arbh. Brussel 1 oktober 2010, *JTT* 2011, 122.

⁶⁶ Arbh. Luik 22 maart 1982, *JTT* 1983, 224; Arbh. Brussel 10 maart 1981, *TSR* 1981, 224; Arbh. Luik 23 mei 1984, *TSR* 1985, 326; Arbh. Brussel 8 november 2010, *JTT* 2011, 117; Cass. 11 oktober 2010, AR S.09.0117.F, onuitg.; Arbh. Bergen 26 juni 2009, onuitg.

arbeidsvoorwaarde, hoe meer hij kon vertrouwen op het behoud ervan en hoe vlugger ze als essentieel wordt beschouwd.⁶⁷

1.2.1.2 Uitoefening van het wijzigingsbeding

41. Voor de geldigheid mag het wijzigingsbeding niet louter potestatief zijn. Dit houdt in dat de werkgever zich enkel maar op het beding kan beroepen indien de redenen daartoe niet louter afhangen van zijn wil, maar ook zijn ingegeven door factoren buiten zijn wil om.⁶⁸ Die redenen hoeven echter niet voorafgaand en limitatief in de arbeidsovereenkomst zijn omschreven. Omschrijft het wijzigingsbeding daarentegen wel die redenen, dan beperkt het zo zijn draagwijdte.⁶⁹

42. Eenmaal de werkgever zich daadwerkelijk beroept op een geldig wijzigingsbeding, dan mag deze laatste het wijzigingsrecht dat hij daaraan ontleent niet misbruiken, maar moet hij het te goeder trouw uitoefenen. Zo moet hij steeds de noden en belangen, alsook de rechtmatige verwachtingen van de concrete werknemer in acht nemen. Wendt de werkgever daarentegen zijn wijzigingsrecht aan op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat in vergelijking met de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bezorgde werkgever in dezelfde omstandigheden geplaatst, dan is de rechter bij machte om de concrete aanwending van dat beding terug te dringen tot binnen de grenzen van het redelijke, daarbij steunend op het rechtsmisbruikverbod en de beperkende werking van de goede trouw.⁷⁰ Aldus wordt de eerste variant van het *ius variandi* begrensd door het beginsel van de goede trouw.⁷¹

1.2.2. Het invullingsrecht of ius dominandi van de werkgever

43. Het invullingsrecht van de werkgever is een tweede oneigenlijke variant van het *ius variandi*. Dat recht laat de werkgever immers niet toe om op grond van zijn patronaal invullingsrecht bedongen arbeidsvoorwaarden te wijzigen, maar stelt hem alleen in de mogelijkheid om niet in de arbeidsovereenkomst gepreciseerde arbeidsomstandigheden en arbeidsaspecten nader in te vullen. Die opengelaten arbeidsomstandigheden- en aspecten hebben onder meer betrekking op omstandigheden of aspecten waarin de werknemer de bedongen arbeid verricht, zoals bijvoorbeeld het type van smartphone, het arbeidsgereedschap dat hem ter beschikking staat ter uitvoering van de bedongen arbeid of de precieze taken of functie-inhoud ingeval die niet welomschreven zijn in de arbeidsovereenkomst. Kortom, de arbeidsovereenkomst bepaalt doorgaans niet tot in detail wat

⁶⁷ Arbh. Brussel 28 mei 2010, AR 2005/AB/47.044, onuitg.; A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 365.

⁶⁸ S. GILSON, "La modification unilatérale du contrat de travail: vue d'ensemble" in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Limal, Anthemis, 2010, 21.

⁶⁹ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 111.

⁷⁰ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 111.

⁷¹ Het *ius variandi* vindt tegelijkertijd zijn rechtsgrond (eerste en tweede lid) en zijn begrenzing (derde lid) in artikel 1134 BW (F. HENDRICKX, "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 302).

de concrete taken van de werknemer zijn, en welke uitvoeringsmodaliteiten gepaard gaan met zijn bedongen arbeid.⁷²

De werkgever is dus enigszins gebaat om vaagheid te bewaren rond de door de werknemer te presteren arbeid en de daarbij geldende arbeidsvoorwaarden- en omstandigheden.⁷³ Hoe minder concreet de arbeidsovereenkomst de arbeidsomstandigheden- en aspecten bepaalt, hoe meer invullingsruimte de werkgever, krachtens zijn gezag, heeft om het ongeregelde te concretiseren.⁷⁴

De geldigheid van het patronaal invullingsrecht wordt erkend, daar de draagwijdte van het invullingsrecht beperkt is tot het niet-overeengekomene en zodoende verenigbaar is met het principe van de verbindende kracht van de (arbeids)overeenkomst. Een nadere invulling van datgene dat contractueel onbepaald bleef, betekent echter niet dat de werkgever een wijziging doorvoert aan arbeidsvoorwaarden.⁷⁵ Een werkgever die zijn invullingsrecht aanwendt, doet niets anders dan een correcte uitvoering geven aan de arbeidsovereenkomst. Artikel 17, 2° Arbeidsovereenkomstenwet verplicht de werknemer immers om te handelen volgens de bevelen en instructies die hem worden gegeven door de werkgever met het oog op de uitvoering van de overeenkomst. Het is die verplichting die de werkgever een grondslag biedt voor zijn patronaal invullingsrecht, of het zogenaamde *ius dominandi*.⁷⁶

De conclusie is dat het gezags- en invullingsrecht stopt waar de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst begint. Dit impliceert dat de demotie (functie- en loonwijziging) wegens disfunctioneren niet eenzijdig kan worden doorgevoerd door de werkgever, daar het bereik van het *ius dominandi* beperkt is tot de niet-overeengekomen arbeidsvoorwaarden- en omstandigheden.

44. Analoog met het *ius variandi* dat de werkgever ontleent aan een geldig wijzigingsbeding, mag laatstgenoemde zijn patronaal invullingrecht niet kennelijk onredelijk uitoefenen. Aldus wordt het invullingsrecht begrensd door het beginsel van de goede trouw en het daarmee samenhangende rechtsmisbruikverbod. Zo is het de werkgever niet toegestaan om zijn invullingsrecht willekeurig aan te wenden of om werknemers te benadelen. Evenwel blijft zijn invullings- en gezagsrecht een soeverein recht, hij mag er alleen geen misbruik van maken.⁷⁷ Indien de werkgever beslist om zijn gezagsrecht aan te wenden met het oog op een nadere invulling van ongeregelde arbeidsomstandigheden- en aspecten, dan dient hij daarbij rekening te houden met de belangen en noden, enerzijds, en de rechtmatige verwachtingen van de werknemer, anderzijds.⁷⁸ Op die manier

⁷² N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 243.

⁷³ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 111.

⁷⁴ P. HUMBLET, "Ius dominandi of ius variandi: what's in a name?", *RW* 1994-95, 244.

⁷⁵ A. VAN OEVELEN, "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht", in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 9; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 317.

⁷⁶ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 367.

⁷⁷ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 368.

⁷⁸ C. BEDEROT, "La bonne foi et le contrat de travail: baliverne, balise ou baliste", *Ors.* 2009, 18; L. DEAR, "La théorie de l'acte équipollent à rupture du contrat de travail" in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous*

baant het principe van de goede trouw zich ook een weg in deze tweede variant van het *ius variandi*.

1.2.3. Marginaal wijzigingsrecht op grond van het goedetrouwprincipe

45. Een derde variant betreft de leer van het marginaal wijzigingsrecht. Een prominent gedeelte van de Nederlandstalige rechtsleer in België erkent een marginaal wijzigingsrecht in hoofde van de werkgever. Hierbij steunt het zich op artikel 1134, derde lid BW.⁷⁹ Overeenkomstig deze bepaling moeten overeenkomsten te goeder trouw worden uitgevoerd. Niettegenstaande het feit dat de werknemer in bepaalde context zijn instemming met de wijziging moet verlenen,⁸⁰ wordt het marginaal wijzigingsrecht van de werkgever vrij frequent als een eenzijdig wijzigingsrecht beschouwd.⁸¹ Mogelijks kan de opgang van deze zienswijze, die overigens in de beperkende werking van de goede trouw en het daarmee gepaard gaande rechtsmisbruikverbod van contractuele rechten een grond voor flexibiliteit ziet, verklaard worden vanuit het feit dat het Hof van Cassatie in 1993 het bestaan van een *ius variandi* in hoofde van de werkgever heeft afgewezen.^{82 83}

les secteurs, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 163; A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 115.

⁷⁹ F. HENDRICKX, "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 301; P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening van de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, 146; A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 516-517; N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 98-99; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 250-254.

⁸⁰ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 99.

⁸¹ B. CROIMANS en J.J.M. DE LAAT, "Eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?", *TSR* 2008, 508.

⁸² Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 228.

⁸³ Een nadere toelichting inzake de leer van het marginaal wijzigingsrecht komt aan bod in 4.3.1. nr. 100 e.v.

2. Het wijzigingsvraagstuk toegespitst op het Franse individuele arbeidsrecht

2.1. Wijziging met wederzijds goedvinden

46. Het Franse arbeidsovereenkomstenrecht, met name de Code du travail, bevat geen expliciete grondslag die de functiewijziging of de wijziging van de arbeidsovereenkomst in het algemeen mogelijk maakt. Franse rechtspraak en rechtsleer leiden de wijzigingsbevoegdheid van de werkgever oorspronkelijk af uit artikel 1134, tweede lid C.civ, na hercodificatie van de Code civil tegenwoordig gelegen in artikel 1193 C.civ.⁸⁴ Contractspartijen worden geacht in staat te zijn om in onderling akkoord gezamenlijk aanpassingen aan de inhoud van een arbeidsovereenkomst aan te brengen.⁸⁵ Bijgevolg leidt een wijziging aan de arbeidsovereenkomst, met wederzijds goedvinden, niet tot juridische problemen.

2.2. Het wijzigingsrecht van de Franse werkgever

47. Sedert de introductie van het onderscheidend criterium *modification du contrat de travail en changement des conditions de travail* door de Cour de cassation in het principearrest van 10 juli 1996 kent het Franse recht twee vormen van aanpassing van de arbeidsovereenkomst.⁸⁶ De notie *modification du contrat de travail* heeft betrekking op de aanpassing van de *éléments contractuels* of kernelementen van de arbeidsovereenkomst.⁸⁷ Deze elementen vormen samen de *socle contractuel*. Aangaande de afbakening van de *socle contractuel* bestaat overigens een grote eensgezindheid in de Franse doctrine en jurisprudentie. Daartoe behoren in elk geval het loon, de functie en de arbeidsduur.⁸⁸ Voornoemde elementen worden in hoge mate beschermd tegen eenzijdige wijzigingen. Een aanpassing kan slechts worden doorgevoerd mits instemming van de betrokken werknemer. Bovendien beschikt hij, krachtens het principe van de bindende kracht van de overeenkomst, over een weigeringsrecht om het wijzigingsvoorstel inzake *éléments contractuels* naast zich neer te leggen zonder nadere motivering.⁸⁹ De rechter dient het weigeringsrecht te honoreren, ongeacht de ingrijpendheid van de aanpassing voor de werknemer en ongeacht de werkgeversbelangen die gepaard gaan met de aanpassing. Kortom, het wijzigingsvoorstel inzake een contractueel arbeidselement is ondergeschikt aan het weigeringsrecht in hoofde van de werknemer; de goede trouw en belangenafweging ondergeschikt aan de *force obligatoire du contrat* of de bindende kracht van de overeenkomst.⁹⁰

⁸⁴ Art. 1193 C.civ: "Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise." (Zie bijlage I).

⁸⁵ P. VOIRIN, "La modification par l'employeur des conditions du contrat de travail", *Dr.Soc.* 1940, 93.

⁸⁶ Cass. soc. 10 juli 1996, *Dr.soc.* 1996, 976-977 (Le Berre c./SA Socorem); Cass. soc. 10 juli 1996, *Bull V*, nr. 278, 196 (Vanderdonck c./Société GAN Vie).

⁸⁷ Art. L1222-6 Code du travail spreekt over *éléments essentiels*.

⁸⁸ P. WAQUET, "Le renouveau du contrat de travail", *RJS* 1999, 386.

⁸⁹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Parijs, L.G.D.J., 2016, 397-398; C. RADE, "La figure du contrat dans le rapport de travail", *Dr.soc.* 2001, 810.

⁹⁰N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 86.

48. Een tweede aanpassingsvorm van de arbeidsovereenkomst, *changement des conditions de travail*, heeft betrekking op niet-contractuele arbeidselementen. Deze elementen kan de werkgever eenzijdig aanpassen op grond van zijn gezagsrecht, zijn *pouvoir de direction*.⁹¹ Dergelijke *changement* betreft geen wijziging, maar gaat samen met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. De Franse werkgever beschikt krachtens zijn gezag over een invullingsrecht. Zo kan de werkgever de niet-contractuele elementen eenzijdig aanpassen, of beter, invullen, weliswaar met respect voor de *socle contractuel* die als grensaanduiding fungeert. Het invullingsrecht mag namelijk niet de arbeidsovereenkomst fundamenteel of in de kern wijzigen.⁹²

49. Een contractueel arbeidselement kan mogelijks gewijzigd worden, indien partijen een zogenaamde *clause de variation* (variatiebeding) in de arbeidsovereenkomst hebben ingelast. De geldigheid en het gebruik van het variatiebeding worden onderworpen aan een rechterlijke controle.⁹³

2.2.1. Variatiebeding versus algemeen wijzigingsbeding

50. Variatiebedingen worden omschreven als bedingen die de werkgever het recht geven om eenzijdig de arbeidsovereenkomst op één of meer door het beding gespecificeerde punten aan te passen. Doorgaans zijn variatiebedingen terug te vinden in individuele arbeidsovereenkomsten en zijn in principe geldig voor zover partijen dergelijk beding geldig zijn overeengekomen en volgens de eisen van de goede trouw toepassen.⁹⁴

Anders dan het variatiebeding is een algemeen wijzigingsbeding niet geldig. Hoewel de Franse Code du travail hiertoe geen uitdrukkelijk verbod oplegt, heeft de Cour de cassation met een arrest van 27 februari 2001⁹⁵ geoordeeld dat een werknemer niet rechtsgeldig op voorhand kan overeenkomen dat hij zijn door de wet toegekende weigeringsrecht niet zal uitoefenen t.a.v. een toekomstig wijzigingsvoorstel. Aldus is volgens het Franse Hof van Cassatie een wijzigingsbeding, waarmede de werknemer akkoord gaat dat de werkgever ten alle tijde eenzijdige wijzigingen kan doorvoeren aan de arbeidsovereenkomst, onaanvaardbaar.⁹⁶

⁹¹ Cass. soc. 8 oktober 1987, *Dr.soc.* 1988, 141 (Raquin et Trappiez c. /Société Jacques Marchand); F. GAUDU en R. VALTINET, "Les contrats de travail", in *Traité des contrats*, J. GHESTIN (ed.), Parijs, L.G.D.J., 2001, 328-331.

⁹² J. PELISSIER, A. SUPHOT en A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2004, 474-476; N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 87.

⁹³ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 224.

⁹⁴ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 223-224.

⁹⁵ Cass. soc. 27 februari 2001, *Dr.soc.* 2001, 514, noot C. RADE: "La clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi."

⁹⁶ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 218.

2.2.2. Variatiebeding aangaande de *qualification professionnelle*

51. In Frankrijk worden functies in hoge mate bepaald door gedetailleerde functieclassificaties en functieomschrijvingen. Aan deze omschrijvingen ontleent men in Frankrijk veel waarde, daar het de determinant vormt voor de status die de werknemer uit het functieniveau kan putten. Deze lijn wordt ook doorgetrokken naar het recht aangaande de functiewijziging. Het Franse arbeidsrecht maakt een onderscheid tussen de *qualification professionnelle* en de *tâche*. De *qualification professionnelle* valt in zijn hoedanigheid van *élément contractuel* onder de bescherming van artikel 1193 C.civ. Een aanpassing van de *qualification professionnelle* impliceert bijgevolg een *modification du contrat de travail*. De term *tâche* doelt dan weer op concrete werkzaamheden. Een aanpassing van de *tâche* krijgt doorgaans de kwalificatie van *changement des conditions de travail*.⁹⁷

In navolging van het Franse Hof van Cassatie⁹⁸ sluit de rechtsleer⁹⁹ zich aan bij diens standpunt dat enkel de *qualification professionnelle* kan worden aangemerkt als een contractueel element, en dat de eenzijdige wijziging ervan is uitgesloten. Diezelfde eensgezindheid is terug te vinden t.a.v. welke niveauperanderingen een aantasting van de *qualification professionnelle* opleveren en derhalve als een *modification du contrat de travail* zullen worden beschouwd. Zo is er sprake van een niveauperandering, indien de aanpassing de verantwoordelijkheden,¹⁰⁰ de bevoegdheden¹⁰¹ of de status¹⁰² van de werknemer of diens werk aantast.¹⁰³

52. De functieonderdelen die ressorteren onder de *qualification professionnelle* kunnen aldus niet eenzijdig worden gewijzigd, tenzij in de arbeidsovereenkomst door partijen een rechtsgeldig variatiebeding is gestipuleerd dat aan de werkgever dergelijke wijzigingsbevoegdheid toekent. Evenzo in het kader van functieflexibiliteit rijst de vraag in welke mate de werkgever over de mogelijkheid beschikt om de als contractueel beschouwde functieonderdelen middels een variatiebeding alsnog eenzijdig te kunnen aanpassen.¹⁰⁴

53. Het overeenkomen van verschillende functies, bijvoorbeeld tuinman-kok, wordt vaak gebezigd in de praktijk en is niet omstreden. Op die manier kan de werknemer veelzijdig en flexibel worden ingezet. Echter moeten t.a.v. variatiebedingen aangaande de *qualification professionnelle* enkele geldigheidsvoorwaarden in acht worden genomen. Zo toetst de rechter de geldigheid van het

⁹⁷ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 261.

⁹⁸ Cass. Soc. 7 juli 2004, *inédit* (société SBE).

⁹⁹ O.a. P.H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2009, 25; J.E. RAY, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2000, 23.

¹⁰⁰ Cass. soc. 22 mei 1996, *inédit* (Fudinard c./Association sportive Beaurnaise); Cass. soc. 24 oktober 2000, *inédit* (Rabier c/FC Rouen); Cass. soc. 29 januari 1997, *Bull V*, nr. 38, 25 (société Câbles Pirelli c./Moriot); Cass. soc. 12 juli 1999, *inédit* (Guillaume c./société CMD); Cass. soc. 23 januari 2001, *Bull V*, nr. 18, 11 (société Winterthur c./Mondoulet).

¹⁰¹ Cass. soc. 11 januari 2006, *RJS* 2003-3, nr.304 (société Jikaf c./Salgado).

¹⁰² Cass. soc. 23 januari 2001, *Bull V*, nr. 18, 11 (société Winterthur c./Mondoulet); Cass. soc. 14 juni 2000, *Bull V*, nr. 228, 178 (Faure c./société Exedim).

¹⁰³ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 268.

¹⁰⁴ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 269.

variatiebeding aan artikel 1193 C.civ. en aan artikel 1163 C.civ. dat stelt dat een overeenkomst bepaalbaar moet zijn. Indien een in de arbeidsovereenkomst opgenomen variatiebeding daarentegen louter strekt tot het toekennen van een eenzijdige functiewijzigingsbevoegdheid in hoofde van de werkgever, doet dit vragen rijzen over de geldigheid ervan.¹⁰⁵ Deze zienswijze beantwoordt aan hetgeen werd bepaald in voornoemd cassatiearrest van 27 februari 2001. Evenwel bestaat twijfel in de doctrine omtrent de door het Hof gekozen grondslag, met name ex-artikel 1134, tweede lid C.civ thans artikel 1193 C.civ. Sommige auteurs zijn van mening dat de ex-artikelen 1170 en 1174, thans 1304-2 C.civ. een betere grondslag bied(t)(en).¹⁰⁶ Dit betreft de zogenaamde potestatieve voorwaarde en houdt in dat elke verbintenis aangegaan onder een voorwaarde waarvan de realisatie uitsluitend afhangt van de wil van een contractspartij, nietig is. Hieruit moet geconcludeerd worden dat een variatiebeding slechts nietig is, indien de aanpassingen louter afhankelijk zijn van de wil van de werkgever.¹⁰⁷ Deze rechtsgrondslag scheidt de mogelijkheid om bedingen, waarbij aan de werkgever het recht wordt verleend om wijzigingen in het belang van de onderneming door te voeren, gebaseerd op objectieve omstandigheden, toe te staan.¹⁰⁸

54. Zo geeft RAY het voorbeeld van een verkoopster-kassierster-magazijnierster, die ingevolge de arbeidsovereenkomst in noodzakelijke gevallen, belast kan worden met huishoudelijke taken of leveringen. Hierbij werpt de auteur de vraag op of het voorwerp van de verbintenis voldoende bepaald of bepaalbaar is. Zo niet, is het beding nietig en beschikt de werkneemster zijns inziens over een rechtmatig weigeringsrecht t.a.v. de nieuwe functie-inhoud.¹⁰⁹ In dit verband dient gewezen te worden op het arrest van 13 juli 2004 van de Cour de Cassation,¹¹⁰ waarin het Hof heeft geoordeeld dat bedingen niet geldig zijn indien zij de werkgever de mogelijkheid verschaffen om geheel naar eigen inzicht en goedgevoelen de *qualification professionnelle* te wijzigen.¹¹¹

55. Het gebruik van een variatiebeding door de werkgever, waaraan laatstgenoemde zijn eenzijdige wijzigingsbevoegdheid ontleent, is onderworpen aan een toetsing door de rechter. Deze rechterlijke controle houdt niet meer in dan de vraag of een geldig overeengekomen variatiebeding al dan niet wordt misbruikt door de werkgever. Op de werkgever rust immers de verplichting zijn arbeidsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren.¹¹²

¹⁰⁵ P.H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2009, 51.

¹⁰⁶ Art. 1304-2 C.civ.: "*Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.*"

¹⁰⁷ C. RADE, "Haro sur le contrat", *Dr.soc.* 2001, 515; P.H. ANTONMATTEI, "Retour sur les clauses de variabilité", *JSL* 2001, afl. 85, 3; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 218-219.

¹⁰⁸ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 225-226.

¹⁰⁹ J.E. RAY, *Droit du travail. Droit vivant 2011/2012*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2011, 260.

¹¹⁰ Cass. soc. 13 juli 2004, *inédit* (société nationale de radio et télévision).

¹¹¹ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 228-229.

¹¹² N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 230-231.

56. Slotsom is dat noch rechtspraak, noch rechtsleer duidelijk aangeven welke maatstaf exact gehanteerd moet worden inzake de beoordeling van de geldigheid van een variatiebeding aangaande de functie. Alleszins moet duidelijkheid bestaan omtrent de bedongen functie(s). Dit wordt overigens ook naar voren gebracht in de Franse doctrine. Zij pleiten namelijk voor een geldigheid van variatiebedingen m.b.t. de functie die de bevoegdheden van de werkgever a.d.h.v. objectieve criteria op voorhand vastleggen. Volgens de doctrine wordt een beding geldig geacht indien het zelf uitdrukkelijk bepaalt in welke concrete omstandigheden het de werkgever is toegestaan om de werknemer tewerk te stellen op een ander, lager functieniveau. Op die manier wordt het willekeurig gebruik van de bedongen eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in hoofde van de werkgever in de kiem gesmoord, en bovendien maakt dergelijk beding de inhoud van de arbeidsovereenkomst na de aanpassing voorzienbaar. Indien de werknemer zou zijn overgeleverd aan de willekeur van de werkgever, of anders geformuleerd, vanaf het moment dat de werkgever een eenzijdige functiewijziging kan doorvoeren zonder dat de werknemer op voorhand weet tot welke nieuwe functie dit kan leiden, is er sprake van een nietig variatiebeding.¹¹³

¹¹³ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 221-222; N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 271.

3. Het wijzigingsvraagstuk toegespitst op het Nederlandse individuele arbeidsrecht

3.1. Wijziging met wederzijds goedvinden

57. In navolging van het Belgische en Franse arbeidsrecht erkent Nederland ook het principe van de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst en het beginsel van tweezijdige wijziging dat daaruit voortspuit. *In se* is er bij een arbeidsovereenkomst en dus eveneens bij de wijziging ervan steeds sprake van aanbod en aanvaarding. Zodoende is het geen enkele partij toegestaan om een eenzijdige wijziging aan overeengekomen arbeidsvoorwaarden door te voeren, maar dienen werkgever en werknemer met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst te wijzigen.¹¹⁴

58. Enige voorzichtigheid dient in acht te worden genomen indien er sprake is van demotie van een (oudere) werknemer die een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt. Met voorzichtigheid wordt onder andere bedoeld dat de instemming in hoofde van de werknemer met die slechtere arbeidsvoorwaarden niet te snel mag worden aangenomen. Zo heeft de werkgever de verplichting om op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze uitleg aan de werknemer te verschaffen betreffende de inhoud en de gevolgen van de wijziging.¹¹⁵ De werkgever mag de instemming met de verslechterde arbeidsvoorwaarden slechts afleiden wanneer uit de gedragingen of verklaringen van de werknemer niets anders kan worden geconcludeerd dan de instemming met die arbeidsvoorwaarden.¹¹⁶ Het stilzitten, niet-reageren of niet onmiddellijk protesteren tegen een wijziging vormt bovendien geen grond om uit af te leiden dat de werknemer zijn instemming heeft verleend.¹¹⁷

59. Indien er wordt overgegaan tot een demotie waarbij een functie- en loonsverlaging wordt doorgevoerd, dan kan men de vraag opwerpen in hoeverre een akkoord van de werknemer met een andere, lagere functie tevens een akkoord inhoudt met een verminderd loon. Dit kan niet zomaar aannemelijk worden gemaakt.¹¹⁸ De bewijslast hiertoe ligt bij de werkgever. Echter indien hij een gemotiveerde betwisting kan aandragen, zal de bewijslast worden omgekeerd en bijgevolg rusten op de schouders van de werknemer.¹¹⁹

60. Voorzichtigheid dient ook in acht te worden genomen in de situatie waarbij een functiewijziging op vraag van de werknemer plaatsvindt. Bij een functiewijziging op initiatief van de werknemer mag redelijkerwijs worden verwacht dat hij eveneens instemt met de bijbehorende vermindering in

¹¹⁴ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 55; A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 201-203.

¹¹⁵ Rb. Arnhem 16 april 1988, *JAR* 1998/108.

¹¹⁶ HR 12 februari 2010, *RAR* 2010/52 (Van Beek e.a./CZ Zorggroep Tilburg).

¹¹⁷ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 55; HR 24 april 2010, *JAR* 2010/127.

¹¹⁸ HR 9 september 1994, *NJ* 1995/113; Gerechtshof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, *LJN* BO6550.

¹¹⁹ HR 4 december 1998, *JAR* 1999/31 (Mostert/Securitas).

loon, zij het dat dit regressief moet gebeuren.¹²⁰ Aldus dient een redelijke afbouwregeling voorgesteld te worden waarbij het loon van de werknemer geleidelijk aan wordt verlaagd.¹²¹

3.2. Het wijzigingsrecht van de Nederlandse werkgever

61. Vooraleer wordt ingegaan op de gebruikelijke eenzijdige wijzigingsmogelijkheden waarover de Nederlandse werkgever beschikt, moet gewezen worden op het patronaal gezags- of instructierecht overeenkomstig de artikelen 7:610¹²² en 7:660¹²³ BW. Het gezags- of instructierecht verleent de werkgever aldus een soort invullingsrecht. Echter reikt de draagwijdte ervan niet zo ver om de bedongen arbeidsvoorwaarden te wijzigen, het recht van de werkgever om instructies te geven of gezag uit te oefenen wordt gelimiteerd door de onderlinge overeengekomen partijafspraken.¹²⁴

Hoe minder de overeengekomen arbeidsvoorwaarden van de arbeidsovereenkomst zijn gepreciseerd, des te groter is de ruimte voor de werkgever om gezag uit te oefenen en instructies te geven.¹²⁵ Hierbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat laatstgenoemde, als goed werkgever, ook zorgvuldig te werk moet gaan. Zodoende biedt artikel 7:660 BW de werkgever, zonder afbreuk te doen aan de onderlinge partijafspraken, de grenzen van de redelijkheid en billijkheid respecterend (art. 6:248 BW) en het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst nader in te vullen.¹²⁶

62. Naast de mogelijkheid om een functie- en loonswijziging met wederzijds goedvinden te bewerkstelligen, voorziet het Nederlandse burgerlijk wetboek in drie bepalingen die als grondslag kunnen dienen voor de eenzijdige wijziging van de functie-inhoud en verloning. Een eerste rechtsgrondslag is de gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid uit artikel 6:248 BW, die in haar beperkende werking ertoe kan leiden dat een contractuele bepaling opzij kan worden geschoven. Een tweede mogelijke rechtsgrondslag is de norm van goed werkgever- en goed werknemerschap zoals vervat ligt in artikel 7:611 BW en nader is ingevuld door de Hoge Raad in de arresten *Taxi Hofman*¹²⁷ en *Mammoet*.¹²⁸ Voornoemde rechtsgrondslagen zullen in detail worden besproken in hoofdstuk vier aangaande de goede trouw als instrument voor interne functieflexibiliteit. Een derde rechtsgrondslag, hierna besproken, is het eenzijdige wijzigingsbeding

¹²⁰ Ktr. Hoorn 22 februari 2002, *JAR* 2002/71.

¹²¹ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 56.

¹²² Artikel 7:610, eerste lid BW: "De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten."

¹²³ Artikel 7:660 BW: "De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemer, gegeven."

¹²⁴ B. CROIMANS en J. DE LAAT, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van instructierecht?", *TSR* 2008, 501-504.

¹²⁵ B. CROIMANS en J. DE LAAT, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van instructierecht?", *TSR* 2008, 516-517; D.J.B. DE WOLFF, *Goed werknemerschap. Een analyse van de verplichtingen van de werknemer in het licht van de redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 2007, 107; E. VERHULP, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, in J. VAN SLOOTEN, M. VEGTER en E. VERHULP (eds.), Deventer, Kluwer, 2016, 116-117.

¹²⁶ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 105.

¹²⁷ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

¹²⁸ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

zoals geregeld in artikel 7:613 BW. Tot slot bestaat de mogelijkheid (evenwel zeer omstreden) om in uitzonderlijke omstandigheden een beroep te doen op onvoorziene omstandigheden overeenkomstig artikel 6:258 BW.¹²⁹

3.2.1. Wijzigingsbeding

63. Onder wijzigingsbeding dient naar Nederlands arbeidsrecht, een beding dat de werkgever de bevoegdheid verleent om eenzijdig een overeengekomen arbeidsvoorwaarde van de arbeidsovereenkomst te wijzigen, verstaan te worden.¹³⁰ De wettelijke grondslag hiertoe is terug te vinden in artikel 7:613 BW: "*De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, 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.*" Het doeleinde van deze bepaling is om de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever terug te dringen en derhalve de werknemer een adequaat beschermingsniveau aan te reiken tegen dergelijke wijziging.¹³¹ Hierna zullen de geldigheidsvoorwaarden voor een beroep op artikel 7:613 BW besproken worden in het licht van eenzijdige functie- en loonwijziging.

3.2.1.1 Geldigheidsvoorwaarden artikel 7:613 BW

64. Voorafgaand aan een succesvol beroep op artikel 7:613 BW dient te worden voldaan aan enkele formele vereisten.

Allereerst moet het wijzigingsbeding *schriftelijk* zijn overeengekomen tussen werknemer en werkgever in de individuele arbeidsovereenkomst. Met het oog op rechtszekerheid en kenbaarheid moet het wijzigingsbeding dat een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst stipuleert persoonlijk met de werknemer zijn overeengekomen.¹³²

Daarnaast moet het wijzigingsbeding betrekking hebben op de in de arbeidsovereenkomst voorkomende *arbeidsvoorwaarden*. Het begrip arbeidsvoorwaarden wordt ruim ingevuld door de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak, namelijk als alle aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten en verplichtingen, voor zover deze niet onder het instructierecht van de werkgever vallen.¹³³ Deze ruime uitlegging van het begrip arbeidsvoorwaarde maximaliseert de bescherming die artikel 7:613 BW aan de werknemer geeft.¹³⁴ In het Nederlandse arbeidsrecht worden primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden onderscheiden, desalniettemin zijn deze begrippen

¹²⁹ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 210.

¹³⁰ J.M. VAN SLOOTEN, *Arbeid en loon*, Deventer, Kluwer, 1999, 51.

¹³¹ *Kamerstukken II* 1998/96, 24.615, nr. 3, 21-22.

¹³² G.W. VAN DER VOET, *AR-Commentaar 2011-5*, www.ar-updates.nl.

¹³³ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 215; W. BOUWENS en R. DUK, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 98-100.

¹³⁴ P. KRUIT, S.M. ROSIER, E.M.Y. SORENSEN, "Het eenzijdig wijzigingsbeding", in A.R. HOUWELING e.a. (ed.), *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2012, 47; W. BOUWENS en R. DUK, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 98-100.

juridisch gezien niet scherp afgebakend.¹³⁵ Voor de geldigheid van het wijzigingsbeding is echter voornoemd onderscheid niet relevant. Een wijzigingsbeding kan betrekking hebben op loon, onkostenvergoedingen, vakantieduur, toeslagen e.d.¹³⁶ Minder eenvoudig is het antwoord op de vraag of de functie als arbeidsvoorwaarde kan worden aangerekend. Dit vanwege het feit dat artikel 7:613 BW in feite niet als rechtsgrondslag wordt gezien voor de functiewijziging. Een functiewijziging die getoetst wordt langs de lijn van artikel 7:613 BW vormt eerder de uitzondering dan de regel.¹³⁷ Sommige auteurs zijn van mening dat een ruime invulling van het begrip arbeidsvoorwaarde impliceert dat de functie daartoe moet gerekend worden.¹³⁸

65. Vervolgens moet het wijzigingsbeding worden getoetst aan de materiële eisen van artikel 7:613 BW. Deze toetsing verloopt in twee stappen. De eerste toetsingstap verwacht van de werkgever dat hij een zwaarwichtig belang kan aantonen ter vergoelijking van de wijziging. Daarenboven wordt in de tweede toetsingstap nagegaan of de voorgestelde wijziging als formeel en materieel redelijk kan worden beschouwd.¹³⁹

66. Artikel 7:613 BW vereist van de werkgever dat hij een zwaarwichtig belang kan aantonen alvorens hij gebruik kan maken van een bedongen eenzijdige wijzigingsbevoegdheid. Dit vereiste moet voorkomen dat een werkgever een wijzigingsbeding te lichtzinnig aanwendt. Er moeten zware problemen op technisch, economisch of organisatorisch gebied zijn, die niet anders dan door een wijziging kunnen worden opgelost of wezenlijk kunnen worden verminderd. Anders geformuleerd, de term 'zwaarwichtig belang' in artikel 7:613 BW doelt dus op een zodanig ernstige situatie, dat een afwijking van het beginsel 'verbindende kracht van de overeenkomst' gerechtvaardigd wordt geacht.¹⁴⁰

In Nederland spelen de ondernemingsraad en vakbonden een belangrijke rol. De zwaarwichtigheid van het belang wordt vermoed aanwezig te zijn indien de ondernemingsraad dan wel de vakbond zich akkoord verklaart met een beoogde wijziging.¹⁴¹ De situatie is anders wanneer de werkgever er niet in slaagt in overeenstemming te komen met de ondernemingsraad of de vakbond. In dergelijk geval dient de werkgever de zwaarwichtigheid van het belang aannemelijk te maken, zo

¹³⁵ Loon en arbeidsduur worden stevast als primaire arbeidsvoorwaarden beschouwd (N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 36). De functie wordt doorgaans aan dat lijstje toegevoegd (P. KRUIT, S.M. ROSIER, E.M.Y. SORENSSEN, "Het eenzijdig wijzigingsbeding", in A.R. HOUWELING e.a. (ed.), *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2012, 48).

¹³⁶ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 58; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 212.

¹³⁷ Zie bv. Rb. Zwolle-Lelystad 18 oktober 2011, *RAR* 2012/12.

¹³⁸ P. KRUIT, S.M. ROSIER, E.M.Y. SORENSSEN, "Het eenzijdig wijzigingsbeding", in A.R. HOUWELING e.a. (ed.), *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2012, 47; W. BOUWENS en R. DUK, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 52; S.F.H. JELLINGHAUS, *Harmonisatie van arbeidsovereenkomsten*, in *het bijzonder na fusie of overname*, Deventer, Kluwer, 2003, 50.

¹³⁹ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 212.

¹⁴⁰ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 62; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 212.

¹⁴¹ G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten*, Deel V, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 2012, 46.

niet alleen de aanleiding voor de wijziging maar ook het gewicht ervan.¹⁴² Hetzelfde geldt, indien de ondernemingsraad, respectievelijk de vakbond geen recht van spreken heeft wanneer het een individueel geval betreft. Bijvoorbeeld het disfunctioneren van een werknemer kan als een zwaarwichtig belang beschouwd worden bij de functiewijziging van die werknemer.¹⁴³

Deze eerste toetsingstap van artikel 7:613 BW lijkt een striktere norm te bevatten dan het goed werkgever- en goed werknemerschap zoals vervat ligt in artikel 7:611 BW.¹⁴⁴ De instemming van de ondernemingsraad of vakbond kan steeds gemotiveerd bestreden worden door de werknemer. Aldus is er sprake van een weerlegbaar vermoeden.

67. Eens gebleken is dat het werkgeversbelang voldoende zwaarwichtig is, moet gekeken worden naar de individuele redelijk- en billijkheid t.o.v. de individuele werknemer.¹⁴⁵ Deze tweede toetsingstap gaat na of de beoogde wijziging formeel en materieel redelijk is. De formele redelijkheid vereist dat de wijziging wordt voorafgegaan door een zorgvuldige voorbereiding, die tijdig wordt gecommuniceerd en overlegd¹⁴⁶ en de werknemer moet bovendien een overgangstermijn¹⁴⁷ geboden zijn die hem toelaat zich aan te passen aan de gewijzigde arbeidsvoorwaarden.¹⁴⁸

Met betrekking tot de materiële redelijkheid is met name de aard van de wijziging van belang. Een wijziging die raakt aan de primaire arbeidsvoorwaarden wordt slechts in uitzonderlijke omstandigheden als redelijk beschouwd.¹⁴⁹ Een wijziging die daarentegen secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden treft, wordt eerder als redelijk aangemerkt. Bovendien weegt tevens de houding van de ondernemingsraad *c.q.* de vakbond mee bij de beoordeling van de materiële redelijkheid. Andere dan voornoemde materiële redelijkheidscriteria worden door de rechtsleer niet aangedragen.¹⁵⁰

¹⁴² M.J.A.C. DRIESEN en N. GUNDT, "Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid", *TRA* 2013, afl. 8-9, 6.

¹⁴³ Ktr. Rotterdam 17 februari 2005, *JAR* 2005/91; N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 129.

¹⁴⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 217.

¹⁴⁵ G.J.J. HEERMA VAN VOSS en J. HEINSIUS, *Sociaalrechtelijke aspecten van herstructurering*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2006, 104.

¹⁴⁶ Ktr. Apeldoorn 17 oktober 2001, *JAR* 2002/23; Ktr. Deventer 15 juni 2000, *JAR* 2000/26.

¹⁴⁷ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, *LJN* BV0736.

¹⁴⁸ M.J.A.C. DRIESEN en N. GUNDT, "Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid", *TRA* 2013, afl. 8-9, 6.

¹⁴⁹ Ktr. Gorinchem 12 december 2011, nr. 60, *LJN* BVO273.

¹⁵⁰ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 59.

3.2.2. Functiewijziging op basis van artikel 7:613 BW

68. Een functiewijziging met een daaraan gekoppelde loonsverlaging gebaseerd op artikel 7:613 BW komt zelden voor in de praktijk. Nederlandse rechtsleer en rechtspraak vinden het namelijk geen rechtsgrondslag om dergelijke wijziging op te steunen. Evenwel zegt deze zienswijze nog niets over de (on)mogelijkheid om een functiewijziging op een eenzijdig wijzigingsbeding te baseren.¹⁵¹ Een eerste vraag die onderzocht dient te worden, is of de functie als een arbeidsvoorwaarde kan worden beschouwd.

69. In het algemeen maakt de rechtspraak een onderscheid tussen loon, arbeidsduur en vrije tijd enerzijds en functie anderzijds. Gewezen rechterlijke uitspraken die de functie als arbeidsvoorwaarde beschouwen of op dezelfde leest schoeien als voornoemde arbeidsvoorwaarden, zijn vooralsnog niet te vinden. Ook in de rechtsleer is onenigheid omtrent de kwalificatie van de functie merkbaar. Sommige auteurs beschouwen de functie als een arbeidsvoorwaarde,¹⁵² anderen laten haar dan weer onverlet.¹⁵³ Geconcludeerd kan worden dat t.a.v. de vraag of de functie als een arbeidsvoorwaarde kan worden beschouwd geen algemene opvatting bestaat. Desondanks pleit GUNDT voor de kwalificatie van het functieniveau als arbeidsvoorwaarde. Dit vanwege het feit dat de werknemer voor een bepaalde functie solliciteert die hem carrièreperspectieven biedt. Bovendien kan worden gesteld dat tewerkstelling op een bepaald niveau voor een werknemer een basisvoorwaarde is om met een arbeidsovereenkomst akkoord te gaan, vergelijkbaar met arbeidsduur en loonhoogte. Verder heeft de werknemer bepaalde gerechtvaardigde verwachtingen omtrent het verantwoordelijkheidsniveau en kerntaken die verbonden zijn met de functie.¹⁵⁴

70. Voorgaande uiteenzetting m.b.t. de functie als arbeidsvoorwaarde bevat een hoog theoretisch gehalte, maar zolang deze theorie geen ondersteuning krijgt vanuit de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer zal de functiewijziging op basis van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid ingevolge artikel 7:613 BW geen toepassing vinden. Maar in principe bestaat weldegelijk de mogelijkheid hiertoe volgens het doctoraatsproefschrift van GUNDT in 2009. Het jurisprudentieel landschap blijkt evenwel enkele jaren later iets anders te liggen, maar van een echte ommezwaai is geen sprake. Tot op heden werden vier zaken behandeld strekkend tot het beroep op artikel 7:613 BW als rechtsgrondslag voor een functiewijziging.¹⁵⁵ In twee van deze zaken is het beroep op voornoemd artikel gehonoreerd door de rechter. In beide vonnissen is de reden voor het

¹⁵¹ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 125-126.

¹⁵² P. KRUIT, S.M. ROSIER, E.M.Y. SORENSSEN, "Het eenzijdig wijzigingsbeding", in A.R. HOUWELING e.a. (ed.), *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2012, 47; W. BOUWENS en R. DUK, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 52; S.F.H. JELLINGHAUS, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden. In het bijzonder na fusie of overname*, Deventer, Kluwer, 2003, 50; R.M. BELTZER, "De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248", *AI* 2004-2, 31.

¹⁵³ Y. KONIJN, *Cumulatie of exclusiviteit. Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage, Boom Juridische uitgevers, 1999, 276; J.M. VAN SLOOTEN, *Arbeid en loon*, Deventer, Kluwer, 1999, 43-66.

¹⁵⁴ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 128.

¹⁵⁵ Ktr. Middelburg 18 december 2013, ECLI: NL:RBZWB:2013:10595, *AR Updates* 2014-0027; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *AR Updates* 2013-0846; Rb. Zwolle-Lelystad 18 oktober 2011, *RAR* 2012/12; Ktr. Zwolle 28 juni 2011, *LJN* BQ9563.

functiewijzigingsverzoek het disfunctioneren van de werknemer.¹⁵⁶ Opmerkelijk hierbij is dat beide vonnissen werden gewezen door de kantonrechter te Zwolle.

Beide zaken werden op soortgelijke wijze afgehandeld. Het betrof telkenmale een disfunctionerende werknemer die in een lagere functie werd geplaatst. Een wijzigingsbeding was in beide zaken van toepassing en dus toetste de kantonrechter achtereenvolgens het zwaarwichtige belang van de werkgever en woog de werkgevers- en werknemersbelangen tegen elkaar af. Bij die belangenafweging is het volgens de rechter niet vereist dat eerst het disfunctioneren van de werknemer komt vast te staan. Evenwel werd in de eerste zaak¹⁵⁷ in de beoordeling van het zwaarwichtige belang de voorafgaande gesprekken en het uitblijven van verbetering van het functioneren door de rechter meegenomen. Opvallend in de tweede zaak¹⁵⁸ is dat de rechter, ondanks het ontbreken van een voorafgaand gesprek met de werknemer omtrent het disfunctioneren en de afwezigheid van een verbetertraject, toch een functiewijziging toelaat.¹⁵⁹

Als voor een functiewijziging gegrond op artikel 7:613 BW het disfunctioneren als onderliggende reden voor de functiewijziging niet aannemelijk moet worden gemaakt, dan heeft dit mijns inziens serieuze gevolgen voor de rechtsbescherming van de werknemer.

Voorts dien ik de aandacht te vestigen op het feit dat de rechter in sommige gevallen het wijzigingsbeding niet toepasselijk verklaart voor een demotie. Zo werd volgend wijzigingsbeding afgewezen door het Gerechtshof van 's-Hertogenbosch: "*De werkgever heeft te allen tijde het recht de functie-inhoud te wijzigen c.q. uit te breiden.*"¹⁶⁰ De rechter in kwestie heeft geoordeeld dat een functiewijziging naar een lagere functie niet binnen een dergelijk wijzigingsbeding past.

Bovenstaande uiteenzetting toont mijns inziens een diffuus beeld aan m.b.t. functie- en loonswijziging wegens disfunctioneren. Enerzijds loopt de werknemer de kans dat zijn disfunctioneren niet hoeft komen vast te staan bij een beroep op artikel 7:613 BW. Anderzijds bestaat de mogelijkheid dat een beroep op een wijzigingsbeding faalt aangezien demotie wegens disfunctioneren niet binnen de daarmee gegeven wijzigingsmogelijkheden valt.

¹⁵⁶ Rb. Zwolle-Lelystad 18 oktober 2011, *RAR* 2012/12; Ktr. Zwolle 28 juni 2011, *LJN* BQ9563.

¹⁵⁷ Ktr. Zwolle 28 juni 2011, *LJN* BQ9563.

¹⁵⁸ Rb. Zwolle-Lelystad 18 oktober 2011, *RAR* 2012/12.

¹⁵⁹ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 64-65.

¹⁶⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, *AR Updates* 2014-0322.

Besluit

71. Gebleken is dat de drie onderzochte rechtsstelsels steevast hetzelfde uitgangspunt hanteren: de bindende kracht van de (arbeids)overeenkomst en het daaruit volgend beginsel van tweezijdige wijziging. Noch de Belgische, noch de Franse en Nederlandse werkgever beschikt over de mogelijkheid om eenzijdig een functie- en loonwijziging door te voeren indien het disfunctioneren van de (oudere) werknemer komt vast te staan. Partijen kunnen de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst enkel temperen door variabiliteit in de overeenkomst in te bouwen. Ook kan enige variabiliteit bewerkstelligd worden door aan bepaalde aspecten van de arbeidsovereenkomst een vage invulling te geven. Dergelijke aspecten kunnen door de Belgische werkgever tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst eenzijdig worden gepreciseerd. Dit invullingsrecht vindt zijn grond in het gezagsrecht, meer nauwkeurig het directierecht, van de werkgever. Ook de Franse en Nederlandse werkgever beschikken over een dergelijk invullingsrecht. Echter is gebleken dat het gezags- of directierecht in onderzochte rechtsstelsels tekortschiet om een eenzijdige functie- en loonwijziging door te voeren.

72. Een benadering van het wijzigingsvraagstuk vanuit een zuiver arbeidsrechtelijk perspectief leert ons dat de traditionele technieken van het Belgische individuele arbeidsrecht tekortschieten. De twee erkende arbeidsrechtelijke varianten van het *ius variandi* reiken de werkgever enige flexibiliteit aan, maar kennen tegelijkertijd beperkingen. Zo spruit één van die beperkingen voort uit de goede-trouw-eis en het daarmee samenhangende rechtsmisbruikverbod, die bijgevolg een doorwerking in negatieve zin kent als behoeder van het idee van de goede trouw.

73. Verder erkent het Belgische individuele arbeidsrecht *de facto* geen enkele echte variant van het *ius variandi*. De enige arbeidsrechtelijke variant die in zekere zin een *ius variandi* inhoudt, is het wijzigingsbeding. Dit beding biedt de werkgever de nodige flexibiliteit om naar believen de bedongen arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Uit de door het Hof van Cassatie gegeven interpretatie aan artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet volgt dat het wijzigingsbeding enkel bijkomstige bestanddelen van de arbeidsovereenkomst tot voorwerp kan hebben, en dus - in principe- niet essentiële bestanddelen zoals de functie en/of het loon.

74. In tegenstelling tot België, wordt in Frankrijk en Nederland niet gekeken naar het essentieel of bijkomstig karakter van een bestanddeel ter beoordeling van de geldigheid van een variatiebeding, respectievelijk een wijzigingsbeding. Bovendien is de contractuele wijzigingsbevoegdheid m.b.t. de te wijzigen bestanddelen in voornoemde landen ruimer dan in België. Maar dat is dan ook het enige, want t.a.v. de uitoefening van het contractueel wijzigingsrecht, is het Belgische arbeidsrecht, anders dan het Franse of het Nederlandse, een stuk flexibeler en reikt het wijzigingsbeding de werkgever meer mogelijkheden aan. Doet een Belgische werkgever een beroep op dergelijk beding, dan mag hij daarbij het rechtsmisbruikverbod niet schenden, maar daar blijft het dan ook bij. De rechterlijke controle daartoe beperkt de flexibiliteit van de werkgever enigermate, maar laat tevens toe de werknemersbelangen mee in ogenschouw te nemen.

Naar Frans recht kan de werkgever op basis van een rechtsgeldig variatiebeding enkel een functiewijziging doorvoeren, op een bij voorbaat vastgestelde manier, wanneer de werknemer op voorhand weet tot welke nieuwe functie dit kan leiden. Naar Nederlands recht wordt dan weer een zwaarwichtig belang verlangd.

75. In België blijft het principe van de verbindende kracht van de (arbeids)overeenkomst steevast het uitgangspunt. Dit wordt nogmaals bevestigd door de Arbeidsovereenkomstenwet, aldaar het gemeenrechtelijk uitgangspunt, omschreven in artikel 1134, eerste en tweede lid BW, zijn arbeidsrechtelijke vertaling kent in artikel 17, 1^o en 20, 1^o, en wordt de werknemer een principiële weigeringsrecht toegekend, i.e. het recht om elk voorstel tot functiewijziging met loonverlies te weigeren.

76. Tevens is het Hof van Cassatie een begenadigd verdediger van het principe van de verbindende kracht van de arbeidsovereenkomst. Dit werd ontegensprekelijk benadrukt in het principearrest van 20 december 1993. Vanuit de beschermende functie van het arbeidsrecht - de zwakke werknemer moet beschermd worden tegen de machtige werkgever - weert het Hof daarenboven flexibiliteitsafwegingen, zelfs indien die afwegingen steun vinden in op de beide partijen rustende eis van redelijkheid en billijkheid.

Ondanks het feit dat het Hof van Cassatie de bedongen arbeid benadrukt en zich weert tegen flexibiliteitsafwegingen, kan het Hof niet geheel onverschillig blijven tegenover de behoefte aan flexibiliteit. Om toch tegemoet te komen aan die behoefte, bezigt het Hof evenwel, via de omweg van de interpretatieve werking van de goede trouw van de arbeidsovereenkomst, flexibiliteitsafwegingen. Die gebezigde omweg staat nochtans haaks op de beschermingsgedachte waarvan het Hof uitgaat en integreert belangenafweging op minder doorzichtige wijze in het wijzigingsvraagstuk. Dit leidt tot de merkwaardig conclusie dat het Hof impliciet doet wat het expliciet weert.

77. Dit alles doet de vraag rijzen of het gemeenrechtelijk beginsel van de goede trouw, als aanvulling op de arbeidsrechtelijke varianten van het *ius variandi*, potentieel in zich draagt om het hoofd te bieden aan het wijzigingsvraagstuk, en dus met andere woorden een oplossing aanreikt waarbij op transparante wijze tegemoet wordt gekomen aan het dynamische karakter van de arbeidsverhouding en de flexibiliteitsbehoefte die daaruit voortkomt. Die vraag wordt onder de loep genomen in het volgende hoofdstuk. Daarbij wordt onder meer over de grens gekeken bij onze noorderburen, waar de redelijkheid en billijkheid *c.q.* het goed werkgever- en goed werknemerschap het flexibiliteitsinstrument bij uitstek is. Wat dit precies inhoudt, komt in het hiernavolgende hoofdstuk uitgebreid aan bod.

In bijlage II wordt een overzicht weergegeven van wat, afhankelijk van de betekenis van het wijzigingsrecht, de grondslag is waarop het wijzigingsrecht van de Belgische, respectievelijk de Franse en Nederlandse, werkgever zijn steun vindt.

4. Goede trouw als instrument voor interne functieflexibiliteit?¹⁶¹

4.1. Goede trouw in het contractenrecht

78. Het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw ligt wettelijk verankerd in art. 1134, derde lid BW en art. 1135 BW. Overeenkomstig art. 1134, derde lid BW moeten overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer worden gebracht. Luidens het daaropvolgende artikel verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend.¹⁶² *In casu* staat billijkheid voor goede trouw. Het principe van de uitvoering te goeder trouw vormt samen met het beginsel van de wilsautonomie, het beginsel van het consensualisme en de bindende kracht van de overeenkomst één van de grondslagen van het Belgisch contractenrecht.¹⁶³

79. Klassiek gezien worden drie werkingen of functies van de goede trouw onderscheiden. Hetgeen partijen uiteindelijk bindt, wordt in geval van betwisting door de rechter vastgesteld door middel van *interpretatie* van wat partijen verklaard hebben en van wat, in *aanvulling* daarop, in de overeenkomst besloten ligt. Eenmaal is uitgemaakt tot wat de partijen gehouden zijn, rust op hen de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw na te leven. Voorgaande impliceert evenzeer dat de partijen de rechten die uit de overeenkomst voortvloeien, op *gematigde* wijze dienen uit te oefenen.¹⁶⁴ Hierna worden de drie werkingen of functies van de goede trouw bondig besproken: de interpretatieve, de aanvullende en de beperkende, corrigerende of matigende werking. Voorts wordt nagegaan welke werkingen het Franse¹⁶⁵ en Nederlandse rechtsstelsel¹⁶⁶ aan de goede trouw verbinden.

4.1.1. Interpretatieve werking

80. Een eerste werking is de interpretatieve werking van de goede trouw. Traditioneel gezien moest de Belgische rechter, overeenkomstig artikel 1156 BW en steunend op de goede trouw, dubieuze, onduidelijke of onvolledige overeenkomsten op redelijke en billijke wijze interpreteren, waarbij de geest van het contract primeert op de tekst.¹⁶⁷ De Belgische rechtsleer en rechtspraak vullen de interpretatieve werking van de goede trouw vandaag de dag evenwel anders in. Zo dienen overeenkomsten niet alleen worden geïnterpreteerd overeenkomstig de uitleggingsregels van de artikelen 1156 e.v. BW, maar vervult de goede trouw ook een rol bij de interpretatie van overeenkomsten. Bedoeld wordt dat men zich bij het opsporen van de gezamenlijke bedoeling van

¹⁶¹ Interne functieflexibiliteit verwijst naar de mogelijkheid om de bedongen functie te kunnen wijzigen op individueel arbeidsniveau.

¹⁶² Art. 1135 BW.

¹⁶³ W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, 974.

¹⁶⁴ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintennisrecht*, Acco, Leuven, 2015, 95.

¹⁶⁵ In Frankrijk spreekt men van *la fonction interprétative*, *la fonction complétive* en *la fonction limitative*.

¹⁶⁶ In Nederland spreekt men niet van goede trouw, maar hanteert men de termen redelijkheid en billijkheid. Art. 3:12 BW bepaalt wat redelijk en billijk is: "*Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.*"

¹⁶⁷ Art. 1156 BW: "*Men moet in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.*"

de partijen laat leiden door de zin en betekenis die redelijkerwijze aan de wederzijds afgelegde verklaringen, gelet op de omringende omstandigheden, toegekend mag worden.¹⁶⁸ Deze interpretatieve functie van de goede trouw wordt eveneens impliciet¹⁶⁹ dan wel uitdrukkelijk¹⁷⁰ erkend door het Hof van Cassatie: bij de interpretatie van een overeenkomst mag de rechter in aanmerking nemen welke betekenis partijen redelijkerwijze hebben willen toekennen aan hun wederzijds afgelegde wilsverklaringen.¹⁷¹ Let wel, de rechter mag bij de interpretatie te goeder trouw de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen enkel naar redelijkheid toetsen, hetgeen altijd een marginale toetsing inhoudt.¹⁷² Zodoende telt wat partijen redelijkerwijs hebben bedoeld, niet wat zij geacht moeten worden te hebben bedoeld.¹⁷³

81. Ook in het Nederlandse recht wordt de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen als cruciaal bestempeld. Nochtans vermeldt het Nieuw Burgerlijk Wetboek nergens dat overeenkomsten redelijk en billijk moeten worden uitgelegd. Echter is dit principe (voornamelijk) door de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad zo gegroeid. In het *Haviltex-arrest* van 13 maart 1981 heeft de Hoge Raad de zogenaamde *Haviltexnorm* naar voren geschoven. Deze norm geeft aan dat bij de uitleg van bedingen niet louter moet worden gekeken naar de zuiver taalkundige uitleg, maar naar "*de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*".¹⁷⁴ Meer dan twintig jaar later brengt de Hoge Raad in het arrest *DSM/Fox* de interpretatie van overeenkomsten nogmaals rechtsreeks in verband met de redelijkheid en billijkheid door te stellen dat "*bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen*".¹⁷⁵ Bijgevolg is de redelijkheid en billijkheid via de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad een instrument geworden voor de interpretatie van overeenkomsten.

82. Tot voor kort werd ook in Frankrijk de goede trouw herleid tot de interpretatieregel *l'esprit supprime la lettre*, die vervat lag in artikel 1156 C.civ.¹⁷⁶ Echter moet gewezen worden op de recente Franse ordonnantie tot wijziging van de Code civil wat het verbintenissenrecht betreft.¹⁷⁷ Aangaande de interpretatie van overeenkomsten, opteerde de Franse wetgever voor een aanvulling, herformulering en inkorting van de regels in de artikelen 1156-1164 C.civ. Opmerkelijk

¹⁶⁸ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2015, 97-98.

¹⁶⁹ Cass. 7 januari 1966, *RW* 1965-66, 1845. In dit arrest geeft het Hof van Cassatie impliciet maar duidelijk te kennen aan dat de rechter op zoek mag gaan naar wat partijen redelijkerwijs bedoeld kunnen hebben.

¹⁷⁰ Cass. 23 maart 2006, *RW* 2006-07, 874, noot A. VAN OEVELEN.

¹⁷¹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 29.

¹⁷² Deze marginale controle vloeit voort uit het cassatiearrest van 23 maart 2006, waarin het Hof van Cassatie de grenzen van de interpretatie van de goede trouw van overeenkomsten aangeeft. Overweging 1, laatste zinsnede stelt het volgende: "*op grond van een dergelijke uitlegging aan de partijen geen verplichtingen opleggen die onverenigbaar zijn met de aard en de strekking van de overeenkomst.*"

¹⁷³ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 29-30.

¹⁷⁴ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

¹⁷⁵ V. VAN DEN BRINK, "Uitleg van overeenkomsten. HR 20 februari 2004", *NbBW* 2004, 80.

¹⁷⁶ Art. 1156 C.civ.: "*On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.*"

¹⁷⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

is dat artikel 1156 C.civ een heuse metamorfose heeft ondergaan.¹⁷⁸ Zo valt voortaan de hoofdregel volgens dewelke de overeenkomst moet worden uitgelegd volgens de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de van de bewoordingen te houden, terug te vinden in artikel 1188, eerste lid C.civ. Naast de bevestiging van de hoofdregel werd in artikel 1188, tweede lid C.civ een tweede regel neergelegd. Deze tweede regel houdt in dat het contract geïnterpreteerd moet worden zoals een redelijk persoon in dezelfde omstandigheden zou doen ingeval de gemeenschappelijk bedoeling van de partijen niet kan worden achterhaald.¹⁷⁹ Mijns inziens introduceert deze tweede regel het Nederlandse concept van de redelijkheid en billijkheid in het Franse contractenrecht.

4.1.2. Aanvullende werking

83. De aanvullende werking van de goede trouw treedt naar de voorgrond indien een overeenkomst behept is met een leemte die niet door de wet wordt gepreciseerd.¹⁸⁰ Krachtens de goede trouw zijn partijen, buiten de overeengekomen verplichtingen, gehouden tot een aantal bijkomende verplichtingen die niet hun oorsprong vinden in de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen.¹⁸¹ Kortom, de aanvullende functie van de goede trouw leidt zodoende tot een verrijking van de contractsinhoud.¹⁸² *In casu* redigeert de goede trouw een objectieve gedragsnorm, hetgeen ertoe kan leiden dat partijen tot meer verplicht zijn dan de strikte naleving van de overeenkomst. Aldus ligt de aanvullende werking van de goede trouw aan de basis van tal van aanvullende loyaliteitsverplichtingen¹⁸³ tussen contractspartijen.¹⁸⁴

84. In het Belgische contractenrecht ligt de aanvullende werking van de goede trouw vervat in artikel 1135 BW en stelt duidelijk dat "*overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend*". Het te goeder trouw uitvoeren van een overeenkomst impliceert dus dat partijen niet alleen gebonden zijn door hetgeen impliciet of uitdrukkelijk is overeengekomen, maar tevens de nakoming van alle verbintenissen garanderen die

¹⁷⁸ Zie bijlage I.

¹⁷⁹ S. JANSEN, "De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: le nouveau de la grande dame", *Contracteren* 2016, 98.

¹⁸⁰ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Brugge, die Keure, 2005, 61.

¹⁸¹ A. VAN OEVELEN, "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht" in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 26-27.

¹⁸² I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 30.

¹⁸³ Bv. heronderhandelingsplichten bij contracten van lange duur, hetgeen m.i. aangewezen is in het kader van demotie met loonsverlies (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Brugge, die Keure, 2005, 62); mededelingsplicht (I. VAN PUYVELDE, *Intellectuele rechten van werknemers*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 91); Telkenmale gaat het om verplichtingen die een redelijk contractant in dezelfde omstandigheden geplaatst, op zich zou hebben genomen, hetgeen steeds door de rechter *in concreto* wordt vastgesteld (I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 31-32).

¹⁸⁴ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 67.

redelijkerwijze worden geacht inherent te zijn aan de overeenkomst.¹⁸⁵ Ook het Hof van Cassatie heeft de aanvullende werking van de goede trouw erkend in een arrest van 22 juni 1978.¹⁸⁶

85. In het Franse contractenrecht werd de aanvullende werking van de goede trouw oorspronkelijk, net zoals in België, opgenomen in artikel 1135 C.civ. Hetgeen overigens inhoudelijk volledig overeenkomt. Sedert de hercodificatie van het Franse verbintenissenrecht ligt de aanvullende functie van de goede trouw vervat in artikel 1194.¹⁸⁷ Naast een hernummering en een modernere schrijfwijze heeft de Franse wetgever het artikel op inhoudelijk gebied onverlet gelaten.

86. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt in het Nederlandse contractenrecht omschreven in artikel 6:248, eerste lid BW. Uit deze bepaling blijkt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Aldus functioneren redelijkheid en billijkheid als een zelfstandige bron van recht naast de overeenkomst, de wet en de gewoonte. Hierdoor kunnen wettelijke en contractuele leemtes worden aangevuld en kunnen partijen tot meer dan was overeengekomen worden verplicht, evenwel met inachtnaam van de concrete omstandigheden, de aard van de rechtsverhouding en de belangen van de partijen.¹⁸⁸

4.1.3. Beperkende werking

87. Vanuit juridisch oogpunt is de matigende, corrigerende of beperkende werking van de goede trouw niet evident. Deze werking staat namelijk haaks op de idee van wilsautonomie en op de bindende kracht van de overeenkomst. De beperkende werking treedt naar voor indien een partij haar contractrechten uitoefent op een manier die, gelet op de concrete omstandigheden, kennelijk onredelijk is.¹⁸⁹ Ingegeven door de gedragsnorm van de goede trouw mogen partijen van hun wederpartij niet strikt en evenmin met overdreven gestrengheid opeisen wat de overeenkomst, mogelijks aangevuld door de gebruiken of de wet, aan hen toekent. Aldus wordt met de beperkende werking van de goede trouw bedoeld dat een contractspartij een aan haar toekomend recht in bepaalde omstandigheden niet of niet volledig zal mogen uitoefenen vanwege het feit dat zo'n rechtsuitoefening als problematisch wordt beschouwd vergelijkend met de wijze waarop een normaal zorgvuldig en redelijke persoon zou handelen, geplaagd in dezelfde omstandigheden.¹⁹⁰

¹⁸⁵ W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, 977.

¹⁸⁶ Cass. 22 juni 1978, *RW* 1978-79, 1443.

¹⁸⁷ Zie bijlage I.

¹⁸⁸ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 67.

¹⁸⁹ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 68.

¹⁹⁰ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 32.

Hoewel een contractspartij formeel binnen de grenzen van haar recht blijft, dringt een matiging van haar gedrag zich op. Zonder matiging miskent ze namelijk de goede trouw en maakt ze zich schuldig aan rechtsmisbruik.¹⁹¹ Zodoende legt de goede trouw een verbod op aan de contractspartij om het haar toegekende recht uit te oefenen, indien dergelijke rechtsuitoefening strijdig is met wat van een redelijke partij mag worden verwacht.¹⁹² Indien ze voornoemd verbod negeert, dan is het de rechter toegelaten krachtens de beperkende werking van de goede trouw de uitoefening van het recht te matigen tot binnen de grenzen die hij redelijk acht.¹⁹³ De rechter beschikt slechts over een marginale matigingsbevoegdheid. De opheffing of wijziging van de overeenkomst is hem derhalve niet toegestaan. De beperkende werking van de goede trouw spreekt zich immers niet uit over de geldigheid van de overeenkomst, het beteugelt enkel de kennelijke onredelijke uitoefening ervan.¹⁹⁴

88. De beperkende werking van de goede trouw kende zijn doorbraak in het Belgische contractenrecht dankzij het mijlpaalarrest van 19 september 1983, waarin het Hof van Cassatie de matigingsbevoegdheid van de rechter bij een kennelijke onredelijke rechtsuitoefening van een partij verbindt aan de figuur van het rechtsmisbruik.¹⁹⁵ Het Hof heeft in dit arrest ondubbelzinnig geoordeeld dat in contractuele aangelegenheden het verbod om rechtsmisbruik te plegen, steunt op het principe van de uitvoering te goeder trouw zoals ligt vervat in artikel 1134, derde lid BW. De afwezigheid van de goede trouw veronderstelt dus in principe rechtsmisbruik.

89. Volgens vaste rechtspraak maakt de houder van een subjectief recht zich schuldig aan rechtsmisbruik indien hij *zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en zorgvuldig persoon*.¹⁹⁶ De rechter beschikt slechts over een marginaal toetsingsrecht voortspuitend uit de idee dat het optreden binnen de formele grenzen van een subjectief recht een vermoeden van rechtmatigheid geniet.¹⁹⁷ Om na te gaan of een partij zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsmisbruik kan de rechter de daartoe in rechtspraak ontwikkelde criteria aanwenden. Vooral het onevenredigheids criterium wordt door rechtspraak frequent aangehaald ter beoordeling van een beweerd misbruik van contractuele rechten.¹⁹⁸ Hierbij onderzoekt de rechter de wanverhouding tussen het eigen voordeel

¹⁹¹ W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *RW* 1996-97, 1014.

¹⁹² W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2015, 100.

¹⁹³ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 69.

¹⁹⁴ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2015, 101-102; A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 483-484.

¹⁹⁵ Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52. Dit arrest handelde nota bene over de eenzijdige wijziging van de verkoopzone van een handelsvertegenwoordiger.

¹⁹⁶ Cass. 10 september 1971, *Pas.* 1972, 28; Cass. 8 januari 1981, *Pas.* 1981, 495; Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52; Cass. 19 november 1987, *RW* 1987-88, 1060. Dit betreft het 'generieke criterium' van rechtsmisbruik.

¹⁹⁷ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 33.

¹⁹⁸ Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52; Cass. 18 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1441; Rb. Bergen 4 maart 1988, *JTT* 1989, 479; A. VAN OEVELEN, "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht" in A. VAN OEVELEN (ed.), *De*

en het nadeel voor de wederpartij.¹⁹⁹ Dit is m.a.w. de leer van het rechtsmisbruik, toegepast in contractuele context.

90. In het Franse contractenrecht is, zoals in België, de beperkende werking van de goede trouw onlosmakelijk verbonden met het rechtsmisbruiklerstuk in de contractuele sfeer en gestoeld op ex-artikel 1134, derde lid C.civ thans artikel 1104 C.civ.²⁰⁰ Deze bepaling stelt dat contracten te goeder trouw tot stand moeten komen en worden uitgevoerd. Zodoende maakt dit artikel duidelijk dat contracten niet alleen te goeder trouw moeten worden uitgevoerd (zoals oorspronkelijk werd vooropgesteld in artikel 1134, derde lid C.civ.), maar ook dat de totstandkoming van de overeenkomst te goeder trouw moet gebeuren.²⁰¹ Een partij die haar toekomend recht op kennelijke en onredelijk wijze uitoefent, handelt met *mauvaise foi*. Steunend op de vereiste van goede trouw heeft de Franse, net als de Belgische rechter, een matigingsbevoegdheid (*un pouvoir de modération*) waardoor het hem is toegestaan om de kennelijke onredelijke rechtsuitoefening terug te brengen binnen redelijke grenzen.²⁰²

91. Ook het Nederlandse recht erkent de beperkende functie van de redelijkheid en billijkheid, waardoor een partij zijn contractsrechten niet of niet volledig kan uitoefenen.²⁰³ Reeds sinds de jaren zeventig aanvaardt de Hoge Raad de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁰⁴ Sindsdien kent het Nederlandse recht op geheel autonome wijze de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, dus ook los van het rechtsmisbruiklerstuk.²⁰⁵ Bovendien werd de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verankerd in artikel 6:248, tweede lid van het Nederlandse burgerlijk wetboek.²⁰⁶ Opdat de beperkende werking intreedt, is vereist dat "*resultaten zouden worden bereikt, die zo kras onaanvaardbaar zijn, dat het rechtsgevoel ernstig zou worden geschokt*".²⁰⁷ Tevens dient de Nederlandse rechter een beoordelingsterughoudendheid (lees: marginale toetsing) in acht te nemen.²⁰⁸ Zijn bevoegdheid is dus beperkt.

bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 30.

¹⁹⁹ Cass. 15 maart 2002, *JTT* 2002, 814.

²⁰⁰ Zie bijlage I.

²⁰¹ S. JANSEN, "De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: le renouveau de la grande dame", *Contracteren* 2016, 93-94.

²⁰² F. OSMAN, "Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit", *Defr.* 1993, 65; A. BENABENT, "Rapport français", in travaux de l'association H. CAPITANT, *La bonne foi. Journées louisianaises*, Parijs, Litec, 1994, 292.

²⁰³ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 72.

²⁰⁴ HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin/HBU); HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 (Pseudo-vogelpest).

²⁰⁵ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 73.

²⁰⁶ Art. 6:248, tweede lid BW: "*Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.*"

²⁰⁷ C.J.H. BRUNNER en G.T. DE JONG, *Verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 2011, 28.

²⁰⁸ A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 76.

4.2. Goede trouw als arbeidsrechtelijk principe?

92. In deel I werd reeds ingegaan op de verhouding tussen sociaal recht en burgerlijk recht en de toepasselijkheid van burgerrechtelijke principes binnen het arbeidsrecht. Aangegeven werd dat geen twijfel bestaat omtrent de toepasselijkheid van algemene burgerrechtelijke regels in het arbeidsrecht bij gebrek aan afwijkende bepalingen.

93. Artikel L1222-1 van de Franse Code du travail stelt dat de arbeidsovereenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd. In Nederland fungeert het beginsel van goed werkgeverschap *c.q.* werknemerschap neergelegd in artikel 7:611 BW als arbeidsrechtelijke vertaling van de redelijkheid en billijkheid uit het gemene contractenrecht: "*De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen*".²⁰⁹ Deze bepaling heeft reeds een belangrijke invloed uitgeoefend op de ontwikkeling van vele nieuwe arbeidsrechtelijke normen in het Nederlandse recht.²¹⁰

94. Ondanks het grote belang van de eis van goede trouw zoals ligt vervat in artikel 1134, derde lid BW kent het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht geen algemene bepaling die vergelijkbaar is met of expliciet refereert naar dit artikel. Niettemin is het gemeen recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst indien geen specifieke wetgeving bestaat en de aangereikte burgerrechtelijke oplossingen verenigbaar zijn met de wil van de wetgever. Dat de Arbeidsovereenkomstenwet niet zelf expliciet verwijst naar de goede trouw, houdt niet in dat artikel 1134, derde lid BW niet van kracht is op de arbeidsovereenkomst.²¹¹ Bovendien blijft de arbeidsovereenkomst *in se* een burgerlijke overeenkomst, zodat de goede trouw ook van toepassing is op het arbeidsrecht.²¹² De bijzondere finaliteit, de bescherming van de economisch zwakkere werknemer, van het sociaal recht indachtig, doet stellen dat het sociaal recht meer dan andere rechtstakken gebaat is bij de toepassing van de goede trouw. Zodoende laten de bepalingen van de artikelen 1134, derde lid en 1135 BW toe de brug te slaan tussen het gemene verbintenissenrecht en het nieuwe sociale recht.²¹³

²⁰⁹ Dat artikel 7:611 BW de arbeidsrechtelijke vertaling is van wat in de artikelen 6:2 en 6:248 BW is geregeld, wordt uitdrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad. HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 (Agfa/Schoolderman); HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (Parallel Entry/KLM). N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 75.

²¹⁰ W. RAUWS, "Enige beschouwingen over de bedongen arbeid in Nederlands-Belgisch perspectief" in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 87.

²¹¹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 25.

²¹² A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 474.

²¹³ M. RIGAUX, "De gespannen verhouding tussen artikel 1134 BW en de sociaalrechtelijke finaliteit. Inleidende beschouwingen" in M. RIGAUX en A. VAN REGENMORTEL, *Rechts(on)zekerheid omtrent (schijn)zelfstandigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 2.

95. Mijns inziens kan de goede trouw fungeren als de startmotor in de ontwikkeling van vele nieuwe arbeidsrechtelijke normen, daar de goede trouw een open norm is en voortdurend wordt geactualiseerd, geconcretiseerd en gepreciseerd door rechtspraak.²¹⁴ Het grote pluspunt van de goede trouw is het enorme potentieel om, via rechtspraak, het recht uit te bouwen en te adapteren aan gewijzigde, maatschappelijke omstandigheden en op deze manier te behoeden voor veroudering. Bovendien toont rechtsvergelijkend onderzoek aan dat het niet ondoordacht is om de rechter een grotere rechtsvormende functie toe te wijzen. Een kijkje bij onze noorderburen doet ons vaststellen dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek tal van open normen herbergt. Kortom, een zekere rechtsscheppende bevoegdheid aan een rechter verlenen, is weldegelijk acceptabel voor zover deze is vereist om een billijke en maatschappelijke weloverwogen oplossing te formuleren op een probleem.²¹⁵

4.3. Werkingen van de goede trouw als grondslag voor de functiewijziging

96. Ofschoon de werknemer in beginsel niet moet handelen in het (exclusieve) belang van de werkgever en dus zijn eigenbelang mag nastreven (zij het met eerbied voor het werkgeversbelang), moet hij samenwerken met de werkgever waarbij men het vertrouwen in elkaar uitspreekt en de arbeidsovereenkomst uitvoert, met inachtnaam van elkaars belangen om alzo de arbeidsovereenkomst tot een goed einde te brengen.²¹⁶ Dit doorgedrongen idee van partnerschap in de arbeidsrelatie past in het binnen deze masterproef opgestelde onderzoekskader. Het in overeenstemming brengen van tegengestelde werkgevers- en werknemersbelangen wordt gezien als een functie van het hedendaagse arbeidsrecht. Tegenover deze *evenwichtsfunctie* staat de *beschermende functie* van het arbeidsrecht, die de werknemer ervan behoedt overgeleverd te worden aan de willekeur van de werkgever. Mijns inziens kunnen beide functies slechts worden waargemaakt indien er zowel aan de plichten van de werkgever als aan die van de werknemer aandacht wordt geschonken.

97. Arbeidsrechtelijke vraagstukken dienen steeds op afdoende wijze te worden opgelost. Het daartoe aangereikte instrumentarium door het Belgische individuele arbeidsrecht blijkt te strak en te algemeen geformuleerd te zijn, opdat ze de onderscheiden werkgevers- en werknemersbelangen juridisch ten volle zou honoreren. Zo kwamen we eerder tot de constatering dat het Belgische individuele arbeidsrecht in zijn huidige existentie, met inbegrip van het *ius variandi* er niet in slaagt om het wijzigingsvraagstuk op afdoende wijze op te lossen die voornoemde functies van het arbeidsrecht recht aandoet. In het huidige arbeidsethos weerklinkt de roep naar meer flexibiliteit bij de werkgever steeds nadrukkelijker. Meteen rijst hierbij de vraag in hoeverre de werkgever op eenzijdige wijze de arbeidsvoorwaarden kan wijzigen.

²¹⁴ D.J.B. DE WOLFF, *Goed werknemerschap. Een analyse van de verplichtingen van de werknemer in het licht van de redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 2007, 304-312.

²¹⁵ C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 152-153; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 26.

²¹⁶ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 434.

Een benadering van het wijzigingsvraagstuk met zuiver arbeidsrechtelijke technieken speelt onvoldoende in op de concrete context. Weliswaar biedt het ontwikkelde leerstuk van het *ius variandi* de werkgever enige flexibiliteit, maar uiteindelijk is de werking ervan afhankelijk van de instemming van de werknemer. Bovendien blijft het Hof van Cassatie strak vasthouden aan de overeenkomst. De bedongen arbeid wordt zeer eng opgevat door het rechtscollege. De *prima facie* voorkeur van het Hof voor de bindende kracht van de overeenkomst staat in gespannen verhouding met het wijzigen van arbeidsvoorwaarden en de realisatie van de functies van het arbeidsrecht. Mijns inziens verliest het Hof van Cassatie met zijn strikte contractuele analyse het dynamisch karakter van de arbeidsovereenkomst uit het oog. Iedere arbeidsovereenkomst wordt namelijk getypeerd door een inherente aanpassingsbehoefte, daar de arbeidsovereenkomst vooraf nooit geheel is bepaald. Zodoende is het niet verbazingwekkend dat verbintenissen van de werknemer en werkgever kunnen wijzigen, hetgeen impliceert dat de arbeidsrelatie verheven is tot een fluctuerend gegeven.²¹⁷

98. Rekening houdend met de groeiende flexibiliteitsbehoefte en de dynamische aard van de arbeidsrelatie, dienen we ons de vraag te stellen in welke mate de gemeenrechtelijke norm van de goede trouw de rechter de mogelijkheid verleent om het wijzigingsvraagstuk op te lossen op een wijze die afdoende aansluit bij de functies van het arbeidsrecht. Steunend op het principe van de goede trouw zou de Belgische rechter de nood aan flexibiliteit in hoofde van de werkgever explicieter kunnen afwegen tegenover de belangen van de werknemer. Door uit te gaan van de wederzijdse verwachtingen van de werkgever en de werknemer kan de rechter inspelen op de evoluties van de arbeidsmarkt en de dynamische aard van de arbeidsovereenkomst. Alleen indien de rechter de nodige aandacht besteedt aan de rechtmatig gewekte verwachtingen en zijn koudwatervrees t.a.v., op het eerste gezicht, onzekere en vage redelijkheidsoverwegingen overwint, kan een belangenafweging op transparante wijze geschieden en een billijke oplossing geredigeerd worden.²¹⁸ Pas dan kunnen de functies van het arbeidsrecht worden gerealiseerd.

99. Net zoals de rechter oog moet hebben voor de onderscheiden belangen en wederzijdse verwachtingen van de werkgever en de werknemer, kan ook kan de 'leer van het marginaal wijzigingsrecht' hierop gegrond worden. Deze leer tempert door de eis van de goede trouw van artikel 1134, derde lid BW het civilistische uitgangspunt van de bindende kracht van de overeenkomst, gesteund op artikel 1134, eerste lid BW en art. 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet.²¹⁹ Die eis gebiedt de rechter een afweging van de werkgevers- en werknemersbelangen te maken, om alzo de aan de arbeidsrelatie inherente spanning tussen zekerheid en flexibiliteit te remediëren.²²⁰ Alvorens van een functiewijziging met loonsverlies sprake kan zijn, moet eerst een evenwicht worden bereikt tussen zekerheid en flexibiliteit, tussen

²¹⁷ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 505-506.

²¹⁸ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 434.

²¹⁹ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 516.

²²⁰ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 460.

het werknemersbelang en het werkgeversbelang. Aldus is het rechtmatig gewekte verwachtingspatroon van de werkgever en werknemer van doorslaggevend belang.²²¹

De werkingen van de goede trouw kunnen een grondslag vormen waarop de rechter zich kan baseren om een marginaal wijzigingsrecht aan de werkgever toe te kennen, dat overigens de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst tempert. Let wel, dergelijk wijzigingsrecht moet steeds worden afgewogen tegen het principiële weigeringsrecht waarover de werknemer beschikt.²²²

4.3.1. Beperkende werking van de goede trouw

4.3.1.1. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werkgever

100. Eerder werd aangehaald dat een belangrijk gedeelte van de Nederlandstalige rechtsleer in België, op grond van artikel 1134, derde lid BW, een marginaal wijzigingsrecht in hoofde van de werkgever erkent.²²³ Een mogelijke verklaring hiervoor kan gevonden worden in het feit dat het Hof van Cassatie in 1993 het bestaan van een *ius variandi* in hoofde van de werkgever heeft afgewezen.²²⁴

Aldus werd een marginaal wijzigingsrecht in het leven geroepen om zodoende niet elke vorm van flexibiliteit uit te sluiten. Het eigen karakter van de arbeidsrelatie zou met zich meebrengen dat de werknemer zich niet mag verzetten tegen de wijziging van zijn contractuele rechten op een wijze die kennelijk de grenzen van een normale rechtsuitoefening te buiten gaat. Dergelijke weigering zal rechtsmisbruik in hoofde van de werknemer uitmaken.²²⁵ Het marginaal wijzigingsrecht van de werkgever inzake overeengekomen arbeidsvoorwaarden is beperkt tot de gevallen waarin het vasthouden aan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden door de werknemer als kennelijk onredelijk wordt beschouwd. De rechter beschikt bij de beperkende werking van de goede trouw slechts over een marginaal toetsingsrecht. Het blijven vasthouden aan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden zal als rechtsmisbruik worden bestempeld wanneer dergelijke uitoefening een nadeel voor de werkgever inhoudt dat buiten alle verhouding staat tot het voordeel dat de werknemer bij zijn gedrag heeft.²²⁶ Zo zou een disfunctionerende werknemer een door legitieme motieven verantwoorde functiewijziging moeten aanvaarden, indien die hem in een positie brengt die in alle facetten equivalent of gunstiger is dan voorheen.²²⁷

²²¹ F. HENDRICKX, "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 302-303; N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 99.

²²² A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 460.

²²³ Zie *supra* nr. 45.

²²⁴ Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 228.

²²⁵ W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 53-54.

²²⁶ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 251.

²²⁷ W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 54.

101. Beroept een werkgever zich op zijn marginaal wijzigingsrecht, dan moet hij:

- blijk geven van gematigdheid;
- respect tonen voor de legitieme verwachtingen van de werknemer;
- zijn wijzigingsrecht normaal inzetten.

Een werkgever die zijn marginaal wijzigingsrecht wenst aan te wenden, moet blijk geven van gematigdheid.²²⁸ Dit impliceert dat hij zijn wijzigingsrecht enkel maar kan uitoefenen op een wijze die de grenzen van dat wijzigingsrecht niet kennelijk te buiten gaat.²²⁹ Die grenzen worden afgebakend door middel van de in rechtspraak ontwikkelde rechtsmisbruikcriteria. Vooral het evenredigheidsbeginsel wordt veelvuldig aangewend bij de beoordeling van beweerd misbruik van het marginaal wijzigingsrecht.²³⁰

Een tweede aspect dat de werkgever in acht moet nemen bij de uitoefening van zijn marginaal wijzigingsrecht zijn de gewekte legitieme verwachtingen bij de werknemer.²³¹ De goede trouw verplicht hem ertoe om met respect voor de legitieme verwachtingen van de werknemer te handelen. De miskennis van die verwachtingen door de werkgever, houdt in dat hij in beginsel misbruik maakt van zijn marginaal wijzigingsrecht. Aldus hangt de geoorloofdheid van het marginaal wijzigingsrecht in hoofdzaak van de werkgever niet af van de vraag of de (voorgestelde) wijziging belangrijk is, noch van het onderscheid tussen bijkomstige en essentiële arbeidsvoorwaarden, maar eerder van het rechtmatige verwachtingspatroon van de betrokken werknemer en werkgever.²³²

Tot slot moet de werkgever zijn marginaal wijzigingsrecht normaal inzetten. Bij de beoordeling hiervan moet de rechter zich terughoudend opstellen. De beperkende werking van de goede trouw kan per slot van rekening alleen maar intreden wanneer de werkgever de grenzen van de normale uitoefening van zijn marginaal wijzigingsrecht onmiskenbaar overschrijdt. Zo beschikt de rechter slechts over een marginaal toetsingsrecht om na te gaan of het wijzigingsvoorstel vanuit economisch of organisatorisch perspectief, dan wel om enige andere reden noodzakelijk is voor het voortbestaan van de onderneming.²³³ Werpt de werknemer het evenredigheidsbeginsel op om de wijziging als kennelijk onredelijk aan te vechten, dan zal de rechter onderzoeken of het belang van de werkgever bij die wijziging redelijkerwijs opweegt tegen de mogelijke nadelen daarvan voor de werknemer.²³⁴

²²⁸ Arbh. Luik 2 december 1980, *JL* 1981, 209; Arbrb. Brussel 1 juli 1980, *JTT* 1982, 112.

²²⁹ Zo moet de werkgever bij het doorvoeren van rationalisatiemaatregelen blijk geven van gematigdheid en gevestigde verhoudingen meewegen (Arbh. Luik 2 december 1980, *JL* 1981, 209; Arbrb. Brussel 1 juli 1980, *JTT* 1982, 112; Arbh. Antwerpen 18 december 1980, *RW* 1980-81, 2405.

²³⁰ Zie *supra* nr. 89.

²³¹ Deze verwachtingen kunnen gewekt zijn door gemaakte afspraken bij de indiensttreding of in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, alsmede door het (eerdere) gedrag van de werkgever.

²³² A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 116-117.

²³³ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 463.

²³⁴ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van

Naast economische redenen of organisatorische noodwendigheden, kunnen ook redenen verbonden aan de persoon of geschiktheid van de werknemer aan de basis liggen van een wijzigingsvoorstel. Een werknemer die reeds enkele malen ongunstig werd geëvalueerd door diens werkgever, kan redelijkerwijs een (marginale) functiewijziging worden opgelegd. Hetgeen bovendien voorkeur verdient boven het ontslag van de disfunctionerende werknemer.²³⁵ De aanleiding van die verminderende vakbekwaamheid of, sterker, de ongeschiktheid van de betrokken werknemer kan divers zijn. Zo kan de demotie wegens disfunctioneren voortspruiten uit de technische onbekwaamheid van de werknemer of onaangepastheid, uit de verminderde motivatie, of uit een medische oorzaak.²³⁶

4.3.1.2. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werknemer

102. Indien een werknemer weigert in te stemmen met het gedane wijzigingsvoorstel van de werkgever, dan bieden artikel 1134, eerste en tweede lid BW en het daaruit voortvloeiende principe van de tweezijdige wijziging van de (arbeids)overeenkomst een principiële weigeringsrecht aan de werknemer. Een weigering van de (voorgestelde) (minieme) wijziging door de werknemer, impliceert in beginsel geen contractuele fout.²³⁷ Echter belet de beperkende werking van de goede trouw dat de werknemer zich onverkort beroept op zijn principiële weigeringsrecht. Gelet op het principe van de goede trouw, mag de werknemer zijn principiële weigeringsrecht niet op een kennelijke onredelijke wijze uitoefenen. Met andere woorden, het is de werknemer niet toegestaan elk redelijk wijzigingsvoorstel van de werkgever abusief af te slaan, en alzo de strikte uitvoering van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen.²³⁸ Zodoende wordt het principiële weigeringsrecht van de werkgever begrensd door de beperkende werking van de goede trouw en het daaraan gekoppelde verbod op rechtsmisbruik.²³⁹ Aangestipt moet worden dat de beperkende werking van de goede trouw het weigeringsrecht niet als zodanig begrenst, maar enkel de uitoefening ervan. De conclusie is dat de bindende kracht van de overeenkomst *in se* niet wordt aangetast. Echter strookt deze redenering niet met de leer van het marginaal wijzigingsrecht. Uit de veronderstelling dat een weigeringsrecht in hoofde van de werknemer zou bestaan en deze abusief wordt uitgeoefend, wordt de inhoud van de arbeidsovereenkomst weldegelijk aangetast. De werknemer wordt immers in dat geval gedwongen een wijziging van de overeengekomen arbeidsvoorwaarde(n), bijvoorbeeld de bedongen functie, te aanvaarden.²⁴⁰

103. Wat onder de noemer van een marginale wijziging kan worden geplaatst, en of dergelijke wijziging noodzakelijk is voor de onderneming, hangt af van de verwachtingen van de werknemer en

arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 100.

²³⁵ Arbh. Brussel 9 maart 2012, AR 2012/CB/2, onuitg.

²³⁶ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 116.

²³⁷ Arbh. Brussel 22 mei 2002, *Soc.Kron.* 2003, 182; A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 114.

²³⁸ B. CROIMANS en J. DE LAAT, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?", *NTSR* 2008, 284.

²³⁹ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 114.

²⁴⁰ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 230.

de werkgever en van de concrete omstandigheden. Zo is het niet ondenkbaar dat werkgever en werknemer bij het aangaan van de initiële arbeidsovereenkomst of in de loop ervan, hebben overeengekomen dat bepaalde wijzigingen mogelijk zijn of dat de werkgever niet de garantie voor de instandhouding van die voorwaarden onder alle omstandigheden kan verlenen. In dergelijk geval kan de werknemer niet meer redelijkerwijze de instandhouding van die voorwaarden verlangen.²⁴¹

104. De omvang van de bedoelde wijziging, gegrond op de beperkende werking van de goede trouw, wordt beoordeeld door de rechter. Bij deze beoordeling dient hij zich terughoudend op te stellen: hij kan uitsluitend toetsen of de werknemer, die zich heeft beroepen op zijn weigeringsrecht, niet manifest onredelijk handelt.²⁴²

Indien een werkgever er niet in slaagt om op afdoende wijze te staven dat de weigering van de werknemer in strijd is met de eis van de goede trouw, dan kan hij zich niet met succes beroepen op de leer van het marginaal wijzigingsrecht.²⁴³

4.3.2. Interpretatieve werking van de goede trouw

105. Een tweede mogelijkheid is om het wijzigingsvraagstuk te beslechten op grond van de interpretatieve werking van de goede trouw. Indien een werknemer een rigide en inflexibele invulling geeft aan de bedongen arbeidsovereenkomst, dan kan de rechter ten volle toetsen of de werknemer handelt zoals van een redelijke contractspartij verwacht mag worden en zal hij de in het geding zijnde arbeidsvoorwaarde uitleggen in de zin die werkgever en werknemer als redelijke partijen (zouden) hebben bedoeld. Het doorslaggevend criterium bij dergelijke redelijke uitlegging zijn de concrete omstandigheden: waar een flexibele invulling van een bepaalde arbeidsvoorwaarde, bijvoorbeeld de bedongen functie, voor de ene werknemer redelijkerwijze aanvaardbaar is, betekent dit niet dat hetzelfde opgaat voor een andere werknemer. Zodoende moet stevast de impact van de flexibele invulling worden toegespitst op de concrete situatie waarin de betrokken werknemer zich bevindt en dient het alsook afgewogen te worden tegen het belang dat de werkgever heeft bij die flexibele invulling.²⁴⁴

Desalniettemin is het aanwenden van het wijzigingsrecht door de werkgever op een wijze die kennelijk onredelijk is hier evenmin toegestaan. Daarenboven zou een te ruime invulling van oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden een uitholling van artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet betekenen.²⁴⁵

²⁴¹ Arbh. Brussel 29 juni 2012, AR 2011/AB/959, onuitg.

²⁴² A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 461.

²⁴³ Arbrb. Gent 19 december 1996, TGR 1996, 168.

²⁴⁴ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 116-117.

²⁴⁵ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 464.

4.3.3. Aanvullende werking van de goede trouw

4.3.3.1 Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werkgever

106. De aanvullende werking van de goede trouw bestaat erin dat de redelijkheid en rechtmatigheid van een door de werkgever gedaan wijzigingsvoorstel wordt benaderd vanuit de gedachte dat de arbeidsovereenkomst voor de werkgever impliciet de verplichting met zich meebrengt om de onderneming doelmatig te beheren. Dit doelmatig beheer impliceert mogelijks dat de werkgever een wijziging van de arbeidsvoorwaarden moet kunnen doorvoeren.²⁴⁶

4.3.3.2. Wijzigingsvraagstuk bekeken vanuit het perspectief van de werknemer

107. Ook kan de eis van de goede trouw aanvullend werken in hoofde van de met het wijzigingsvoorstel geconfronteerde werknemer. In bepaalde omstandigheden kan de goede trouw de werknemer verplichten om in te gaan op het wijzigingsvoorstel zoals het een loyale of 'goede werknemer' betaamt, of op zijn minst om met de werkgever overleg te plegen inzake de mogelijke alternatieven voor het door de werkgever gedane wijzigingsvoorstel.²⁴⁷ Zo gaat een werknemer, aan wie een functiewijziging werd voorgelegd wegens disfunctioneren, overhaast te werk door enerzijds zich (onmiddellijk) te beroepen op de figuur van het impliciet ontslag, maar anderzijds niet ingaat op het voorstel van de werkgever om overleg te plegen betreffende een alternatieve functie. Zolang die nieuwe, alternatieve functie geen vaststaand gegeven is, kan de werknemer per slot van rekening geen inschatting maken of en zo ja, in welke mate de voorgestelde functiewijziging voor hem een werkelijk loon- en prestigeverlies inhoudt.²⁴⁸ Zonder daarover in overleg te treden met de werkgever kan de werknemer maar moeilijk beoordelen in hoeverre de wijziging als belangrijk kan worden bestempeld.²⁴⁹

De opvatting dat de eis van de goede trouw hier aanvullend kan werken, kan des te meer kracht worden bijgezet door een lezing van de artikelen 17, 1° en 2° Arbeidsovereenkomstenwet. Die artikelen gelasten de werknemer zich loyaal te gedragen en leggen de nadruk op zijn solidariteitsplicht jegens de werkgever.²⁵⁰

Accepteert een werknemer het aan hem gedane wijzigingsvoorstel vanuit de aanvullende verplichting van de goede trouw die op hem rust, dan is er geenszins sprake van een eenzijdige,

²⁴⁶ W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, 1032.

²⁴⁷ A. VAN BEVER, "Wijziging van arbeidsvoorwaarden" in C. ENGELS en F. HENDRICKX (eds.), *Arbeidsrecht deel 2*, Brugge, Die Keure, 2015, 115.

²⁴⁸ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 464.

²⁴⁹ Arbh. Brussel 6 maart 2015, AR 2014/AB/109, *Nieuwsbrief Arbeidsrecht* 2015, afl. 9, samenvatting E. ANKAERT.

²⁵⁰ B. VAN SCHOEBEKE, "De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en het gerechtelijk ingrijpen in de arbeidsvoorwaarden: een evaluatie", *Or.* 2002, 264-265.

maar van een tweezijdige wijziging die het principe van de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst met de goede trouw verzoent.²⁵¹

4.3.3.3. Heronderhandelingsplicht

108. De vraag rijst of de aanvullende werking van de goede trouw er zich toe leent een beter evenwicht te bieden tussen bescherming en flexibiliteit. Mijns inziens is het antwoord positief. Reeds hoger werd de aanvullende werking van de goede trouw en het belang van de samenwerkingsplicht bij langdurige overeenkomsten aangestipt.²⁵² Partijen zijn ertoe verplicht bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst niet uitsluitend hun eigenbelang na te streven, maar ook het belang van de wederpartij in acht te nemen. Anders geformuleerd, partijen moeten bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst loyaal met elkaar samenwerken.²⁵³ In het kader van de functiewijziging met loonverlies is de heronderhandelingsplicht bij overeenkomsten van lange duur een erg interessante denkpiste.

De heronderhandelingsplicht is een verschijningsvorm van de aanvullende loyaleitsverplichtingen. Deze plicht is weliswaar niet uitdrukkelijk overeengekomen, maar contractpartijen zijn echter niet enkel gehouden tot hetgeen waartoe zij zich hebben verbonden. Deze verplichting wordt geacht te zijn overeengekomen door redelijke contractpartijen en staat op gelijke voet met de impliciet of expliciet overeengekomen verplichtingen. Daarnaast kan de aanvullende werking van de goede trouw ook een beperkend effect hebben. Zo brengt de heronderhandelingsplicht in principe met zich mee dat de werknemer zich niet onvermurwbaar vasthoudt aan datgene wat werd overeengekomen.²⁵⁴

109. Hoewel de aanvullende werking van de goede trouw op het eerste gezicht een reddingsboei aanreikt, blijkt er weinig houvast te zijn. Hieraan kan mijns inziens tegemoet worden gekomen door een concretisering en uitdieping van het leerstuk van de goede trouw. Op die manier wordt een leidraad aan partijen bij de arbeidsovereenkomst aangereikt, waardoor zij weten wat behoorlijk handelen exact behelst. Bij het maken van deze denkoefening is het aangewezen om ons te richten tot onze noorderburen.

²⁵¹ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 99.

²⁵² Zie *supra* nr. 83.

²⁵³ F. ROBERT, "La relation de travail farce à l'entreprise socialement responsable. Entre les Tics et les Tocs", *DAOR* 2010, 93, 83.

²⁵⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 233.

4.3.4 . Aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid c.q. goed werkgever- en goed werknemerschap

110. Waar het Belgische Hof van Cassatie *prima facie* de voorkeur geeft aan de verbindende kracht van de overeenkomst en goetrouwafwegingen in zijn rechtspraak weert, tracht het Nederlandse arbeidsrecht het wijzigingsvraagstuk op te lossen a.d.h.v. de daar gekende gemeenrechtelijke en arbeidsrechtelijke open normen. Het is onmiskenbaar dat, van kantonrechtspraak tot rechtspraak van de Hoge Raad, de Nederlandse rechters opener staan t.a.v. flexibiliteitsafwegingen. Zij lossen het wijzigingsvraagstuk op door een afweging te maken van de werknemersbelangen enerzijds en de werkgeversbelangen anderzijds, daarbij steeds uitgaand van de gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) en de arbeidsrechtelijke vertaling daarvan, namelijk het goed werkgever- en goed werknemerschap (artikel 7:611 BW).²⁵⁵

4.3.4.1. Nederland: goed werkgever- en goed werknemerschap als wijzigingsgrond

111. Ontbreekt het de arbeidsovereenkomst aan een wijzigingsbeding (art. 7:613 BW), dan kan de werkgever de wijziging mogelijk gronden op de norm van goed werkgever- en goed werknemerschap zoals neergelegd in artikel 7:611 BW.²⁵⁶ Artikel 7:611 BW stelt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en goed werknemer te gedragen en vormt de arbeidsrechtelijke vertaling van de gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid zoals vervat ligt in de artikelen 6:2 en 6:248 BW.²⁵⁷ ²⁵⁸ Aldus moet artikel 7:611 BW op dezelfde wijze worden aangewend als artikel 6:248 BW. Dit impliceert dat de bepaling van artikel 7:611 BW niet meer maar evenmin minder mogelijkheden biedt dan die van artikel 6:248 BW. Een arbeidsovereenkomst kan overeenkomstig artikel 7:611 BW in de eerste plaats worden aangevuld (art. 6:248, eerste lid BW) en in de tweede plaats kan een regel uit een arbeidsovereenkomst opzij worden gezet (art. 6:248, tweede lid BW).²⁵⁹

²⁵⁵ A.F. BUNGENER, "Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst", *SR* 2008, afl. 9, 245-251; N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 103-116; A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 229-237; A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 437; N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 49.

²⁵⁶ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 523-527.

²⁵⁷ *Kamerstukken II* 1993-94, 23-438, nr. 3, p. 15; N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 27.

²⁵⁸ Artikel 6:2, eerste lid BW: "*Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid*". Artikel 6:248 BW: "*Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (eerste lid); "Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (tweede lid)*".

²⁵⁹ A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 239; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 235.

112. De vraag rijst of de norm van goed werkgever- en goed werknemerschap als twee kanten van dezelfde medaille kan worden beschouwd. Waar de eisen van goed werkgever- en goed werknemerschap nauw met elkaar verband houden, zijn ze toch niet identiek. Hoewel de verplichtingen van de werknemer en de werkgever elkaanders spiegelbeeld zijn en dus in het merendeel van de gevallen samen twee kanten van dezelfde medaille vormen - wat de goede werkgever mag eisen, moet de werknemer doen, en omgekeerd - zijn er wel degelijk verschillen waarneembaar.²⁶⁰ Zo stelt HEERMA VAN VOSS dat die verschillen te wijten zijn aan de verschillende positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen in de arbeidsverhouding: zij staan tegenover elkaar in een gezagsrelatie.²⁶¹ Behalve contractspartij is de werkgever ook in zekere zin 'de wetgever' in de onderneming. Hij voert namelijk het ondernemingsbeleid.²⁶² De werknemer is dan weer ingevolge artikel 7:660 BW verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven. Dit impliceert dat de toetsing door de rechter meestal primair het werkgevershandelen betreft. Dergelijke zienswijze wordt eveneens in België verdedigd. Men erkent dat de goede trouw een wederkerig gegeven is, maar vermits de goede trouw de 'consecratie is van eerlijkheid en correctheid in het rechtsverkeer', is het logisch dat vooral het handelen van de werkgever als economisch sterkere contractspartij getoetst wordt.²⁶³

4.3.4.1.1. Principe-arresten Nederlandse Hoge Raad

113. Inmiddels vormt het beroep op het goed werknemerschap in Nederland wellicht de belangrijkste grondslag voor het wijzigingsrecht van de werkgever.²⁶⁴ Mede dankzij de rechtspraak van de Hoge Raad heeft de norm van het goed werknemerschap zich ten volle kunnen ontwikkelen. Zo heeft het de inhoud van deze eerder vage norm nader ingevuld in het befaamde *Taxi Hofman-arrest*²⁶⁵ en later verfijnd in het zogenaamde *Mammoet-arrest*.²⁶⁶

4.3.4.1.1.1 Taxi Hofman/Van der Lely

114. Op 26 juni 1998 diende de Hoge Raad zich over de vraag te buigen of een werknemer een wijziging in de arbeidsovereenkomst, in voorkomend geval een functiewijziging, door de werkgever die verband houdt met gewijzigde omstandigheden zomaar mag afwijzen.

²⁶⁰ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 236.

²⁶¹ G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht* in Reeks V.V.A, Deventer, Kluwer, 1999, 17-18.

²⁶² M.G. ROOD, "De werkgever als janus?" in *Sociaal recht: de grenzen verkend. Een bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. L.J.M. de Leede bij zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 397-404.

²⁶³ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 613; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 237.

²⁶⁴ M.J.A.C. DRIESEN en N. GUNDT, "Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid", *TRA* 2013, afl. 8-9, 5.

²⁶⁵ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199, conclusie A.G. Strikwerda.

²⁶⁶ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

De Hoge Raad oordeelde dat de in artikel 7:611 BW neergelegde norm van goed werkgever- en goed werknemerschap met zich meebrengt dat "*behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen*". Gekoppeld aan het wijzigingsvraagstuk betekent dit concreet dat de eisen van goed werkgever- en goed werknemerschap meebrengen dat een werknemer positief behoort in te gaan op redelijke voorstellen van hun werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, tenzij aanvaarding ervan in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Daarbij maakt het niet uit of de omstandigheden die aanleiding zijn voor de wens tot wijziging van de arbeidsovereenkomst in de risicosfeer van de werkgever liggen.²⁶⁷ Accepteert de werknemer het wijzigingsvoorstel, dan geschiedt de wijziging niet op eenzijdige wijze, maar is er sprake van aanbod en aanvaarding en dus van een tweezijdige wijziging.²⁶⁸

Daarenboven wordt in de Nederlandse doctrine geopperd dat een werknemer, steunend op de *Taxi Hofman-formule* een voorstel tot functiewijziging zou kunnen doen, dat dan door de werkgever eveneens in overweging zou moeten worden genomen zoals het een goed werkgever betaamt.²⁶⁹

4.3.4.1.1.2. *Stoof/Mammoet*

115. In het arrest *Stoof/Mammoet* van 11 juli 2008 werd de *Taxi Hofman-formule* door de Hoge Raad verfiind.²⁷⁰ Het rechtscollege preciseerde dat primair moet worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever een aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een wijzigingsvoorstel, en of het door hem gedane voorstel als redelijk kan worden beschouwd. Bij ontstentenis van een wijzigingsbeding is de werknemer niet gehouden het wijzigingsvoorstel te accepteren. Dientengevolge is er geen sprake van een aanvaardingsplicht in hoofde van de werknemer, maar eerder van een onderhandelingsplicht. Het is de werknemer niet toegestaan een wijziging te weigeren zonder hierbij afdoende motieven en redelijke gronden aan te dragen. Aldus beschikt de werkgever niet over de mogelijkheid om op eenzijdige wijze de arbeidsovereenkomst te wijzigen met behulp van de *Taxi Hofman-formule*. Er moet steeds worden onderhandeld.²⁷¹

Daarenboven heeft de Hoge Raad enkele aspecten aangedragen die bij de belangenafweging in acht dienen te worden genomen: "*(...) 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*

²⁶⁷ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 215.

²⁶⁸ M.J.A.C. DRIESEN en N. GUNDT, "Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid", *TRA* 2013, 8-9, 5; A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 239; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 213; F. DORSSEMONT, "Interne flexibilisering", een variatie op het thema van de institutionele leer?", *SMA* 2005, afl. 3, 117-126.

²⁶⁹ G.J.J. HEERMA VAN VOSS en J. HEINSIUS, *Sociaalrechtelijke aspecten van herstructurering*, Zutphen, Paris, 2006, 106.

²⁷⁰ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

²⁷¹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 240; G.J.J. HEERMA VAN VOSS, "Dynamiek van het goed werkgeverschap. Over de thermometer en de kraamkamer van het arbeidsrecht", *TRA* 2011, 10, 9.

ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden."²⁷² Voornoemde factoren zouden volgens de Hoge Raad een minimale leidraad voor de lagere rechtspraak moeten verschaffen. Zodoende moet uit de uitspraak blijken dat de opgesomde factoren bij de belangenafweging in ogenschouw werden genomen.²⁷³

116. Samengevat, waar de Hoge Raad in het *Taxi Hofman-arrest* de regel poneerde dat redelijke voorstellen dienden te worden aanvaard door de werknemer, en het feit dat aanvaarding redelijkerwijs niet kan worden gevegd eerder de uitzondering op de regel vormde, stelt het in het *Mammoet-arrest* dat het feit dat aanvaarding van het wijzigingsvoorstel redelijkerwijs van de betrokken werknemer mag worden gevegd, als een voorwaarde opdat de werkgever de wijziging zou kunnen doorvoeren.²⁷⁴

4.3.4.1.2. Het *verfijnde Taxi Hofman-criterium*

117. Het *Taxi Hofman-criterium* noopt de rechter ertoe een driestappenplan te doorlopen ter beoordeling van de vraag of een werknemer positief dient te reageren op een wijzigingsvoorstel gegrond op de in artikel 7:611 BW vervatte norm van goed werknemerschap:²⁷⁵

- is er sprake van gewijzigde omstandigheden die de werkgever nopen tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst?²⁷⁶
- zo ja, is het gedane wijzigingsvoorstel van de werkgever formeel en materieel redelijk?
- zo ja, kan de acceptatie van het wijzigingsvoorstel redelijkerwijs van de werknemer worden gevegd?

4.3.4.1.2.1. *Gewijzigde omstandigheden*

118. Een wijziging van de arbeidsovereenkomst met behulp van het *Taxi Hofman-criterium* is slechts gerechtvaardigd wanneer er sprake is gewijzigde omstandigheden op het werk.²⁷⁷ De rechter beoordeelt of het geformuleerde wijzigingsvoorstel, gelet op alle concrete omstandigheden, noodzakelijk is en het goed werkgeverschap niet schendt.²⁷⁸ Gewijzigde omstandigheden worden in deze context ruim opgevat, en zodoende kan artikel 7:611 BW in de meest uiteenlopende situaties worden toegepast. Zo kan reden tot het formuleren van een wijzigingsvoorstel bijvoorbeeld worden gevonden in de reorganisatie of de financiële positie van de onderneming.²⁷⁹ Ook omstandigheden

²⁷² HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

²⁷³ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 216.

²⁷⁴ D.E. ALINK, "Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden", *Bb* 2008, 304.

²⁷⁵ D.E. ALINK, "Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden", *Bb* 2008, 304; A. BUNGENER, "Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst", *SR* 2008, afl. 9, 251-255; A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 439; Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, *NJF* 2012, 350; Ktr. Overijssel 24 april 2013 ECLI:NL:RBOVE:2013:CAO0308, www.rechtspraak.nl.

²⁷⁶ Gerechtshof Amsterdam 28 september 2010, *JAR* 2010/270, r.o. 5.13.

²⁷⁷ Gerechtshof Amsterdam 28 september 2010, *JAR* 2010/270, r.o. 5.13.

²⁷⁸ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 439.

²⁷⁹ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 39; C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, noot onder HR 28 april 2000, *JAR* 2000/120, Guitoneau/Midnet Taxi BV en *ArA* 2001, 1, 40-41.

die rechtsreeks verband houden met de persoon van de werknemer, zoals disfunctioneren, worden als gewijzigde omstandigheid in de zin van artikel 7:611 BW in aanmerking genomen.²⁸⁰

Kortom, gezien het feit dat er zoveel veranderingen onder de noemer 'gewijzigde omstandigheid' kunnen worden geplaatst, is de onderscheidende waarde van deze notie als afbakeningscriterium eerder gering. Aldus ligt de weg naar artikel 7:611 BW voor de werkgever doorgaans open.²⁸¹

4.3.4.1.2.2. Redelijk aanbod

119. Doorstaat het gedane wijzigingsvoorstel van de werkgever de eerste stap, dan moet in de tweede plaats zowel de formele als de materiële redelijkheid van het voorstel worden getoetst door de rechter.²⁸²

4.3.4.1.2.2.1. Formele redelijkheidseisen

120. Bij de toetsing van de formele redelijkheid van het wijzigingsvoorstel moet de rechter onder meer nagaan of de werkgever zorgvuldig in overleg is getreden met de werknemer die geconfronteerd wordt met het voorstel, en of hij de werknemer tijdig en volledig informatie omtrent de voorgestelde wijziging en de mogelijke gevolgen ervan heeft verschaft. Een werkgever die een wijziging wil doorvoeren wordt meteen afgestraft wanneer hij het overleg met zijn werknemer staakt of nalaat.²⁸³ Echter is het voeren van overleg een mes dat aan twee kanten snijdt. Ook de werknemer dient zijn plaats in te nemen aan de onderhandelingstafel wanneer hem een redelijk wijzigingsvoorstel wordt gedaan.²⁸⁴

Evenzeer dient de werkgever de werknemer te wijzen op mogelijke tweedegraads consequenties die niet als dusdanig uit de voorgestelde aanpassing blijken. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval in de situatie waarbij naast een functiewijziging ook een loonsverlaging wordt doorgevoerd.²⁸⁵ Voorts speelt het aanbieden van verschillende alternatieven positief in de kaart van de werkgever. Een laatste, formele redelijkheidseis die regelmatig naar de voorgrond treedt, is dat de werkgever een overgangsregeling aanbiedt zodat de werknemer langzamerhand aan de nieuwe situatie kan wennen en met name als er sprake is van een loonaanpassing, de werknemer de mogelijkheid krijgt zijn uitgavenpatroon te adapteren aan de nieuwe situatie.²⁸⁶

²⁸⁰ Ktr Rotterdam 17 februari 2005, *JAR* 2005/91; Rb. Zutphen 16 mei 2002, *JAR* 2002/224.

²⁸¹ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 217.

²⁸² N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 105.

²⁸³ Ktr. Amsterdam 26 augustus 1991, *Prg* 1991, 3551, Rb. Den Haag 19 januari 2000, *JAR* 2000/97; Ktr. Utrecht 20 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7651, www.rechtspraak.nl; D.J.B. DE WOLFF, "Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden", *TRA* 2011, 10, 11-12.

²⁸⁴ Zie *supra* nr. 107.

²⁸⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, *LJN* BO6550.

²⁸⁶ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 68-69; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, nr. 1, ECLI:NL:GHSHE:2014:773, *AR Updates* 2014-0322; Ktr. Groningen 4 september 2013, nr. 13, ECLI:NL:RBNNE:2013:8270, *AR Updates* 2014-0094.

Indien niet voldaan is aan voornoemde formele redelijkheidseisen zal de Nederlandse rechter in veel gevallen van oordeel zijn dat er geen sprake is van een redelijk aanbod.

4.3.4.1.2.2.2. Materiële redelijkheidseisen

121. De materiële redelijkheidseisen reiken de rechter een leidraad aan om na te gaan of het wijzigingsvoorstel ook inhoudelijk redelijk is. De materiële redelijkheid hangt af van een drietal factoren:

- de elementen van de arbeidsovereenkomst die door het wijzigingsvoorstel geïmpliceerd worden. De gevallen waarin wijzigingsvoorstellen betrekking hebben op primaire of essentiële arbeidsvoorwaarden zullen minder snel als redelijk worden beschouwd dan deze die betrekking hebben op secundaire of tertiaire²⁸⁷ bestanddelen.²⁸⁸ Impliceert een wijzigingsvoorstel een wijziging van kerntaken of een verlaging van het verantwoordelijkheidsniveau van de werknemer, dan verloopt de materiële redelijkheidstoets strenger.²⁸⁹
- de consequenties van de wijziging voor andere onderdelen van de arbeidsovereenkomst. Dit speelt sterk in de situatie waarbij een functiewijziging met loonverlies wordt doorgevoerd.²⁹⁰ Een ander aandachtspunt is bijvoorbeeld de hiërarchische positie die de werknemer bekleedt.²⁹¹
- de risicosfeer waarin de oorzaak van de wijziging gelegen is. De vraag in wiens risicosfeer de oorzaak van de wijzigingsnoodzaak ligt, rijst vooral bij functiewijzigingen. Wordt de wijzigingsnoodzaak verantwoord door het gedrag, de geschiktheid of de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, dan is de rechter eerder geneigd om het wijzigingsvoorstel redelijk te achten.²⁹² Een functiewijziging kan bijvoorbeeld redelijk worden geacht als de werkgever op afdoende wijze aantoont dat de werknemer niet meer het vereiste functieniveau haalt, niettegenstaande er alles aan is gedaan om het functioneren tot een acceptabel peil te brengen.²⁹³

²⁸⁷ Volgens de Nederlandse Sociaal-Economische Raad (SER) betreffen secundaire arbeidsvoorwaarden nadere preciseringen van de primaire arbeidsvoorwaarden (bv. arbeidsduur (primair) en regeling overwerk (secundair)). De overige arbeidsvoorwaarden betreffen de tertiaire arbeidsvoorwaarden (NEDERLANDSE SOCIAAL-ECONOMISCHE RAAD (SER), *advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingraad*, 20 mei 1994, nr. 6, 37, https://www.ser.nl/~media/db_adviezen/1990_1999/1994/b02207.ashx.)

²⁸⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 242.

²⁸⁹ Gerechtshof Arnhem 27 juni 2006, *JAR* 2006/239; Rb. Rotterdam 5 juni 2015 ECLI:NL:RBROT:2015:3952, www.rechtspraak.nl; Ktr. Rotterdam 31 december 2003, *JAR* 2004/21; Ktr. Almelo 13 november 2015 ELCI:NL:RBOVE:2015:5017.

²⁹⁰ Ktr. Utrecht 28 augustus 2013, nr. 14, *LJN* AK5261, *AR Updates* 2013-0677; Ktr. Groningen 4 september 2013, nr. 13, ECLI:NL:RBNNE:2013:8270, *AR Updates* 2014-0094.

²⁹¹ N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 118-121.

²⁹² A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 441-442; Ktr. Rotterdam 10 juli 2001, *JAR* 2001/151; Ktr. Assen 1 juli 2002, *JAR* 2002/189.

²⁹³ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 242; Ktr. Haarlem 10 maart 2008, *LJN* BC7024; Ktr. Dordrecht 14 juni 2010, *LJN* BM8174.

4.3.4.1.2.2.3. Redelijke aanvaarding

122. Is het aanbod van de werkgever zowel formeel als materieel redelijk, dan rijst de vraag of de werknemer dergelijk aanbod redelijkerwijze moet aanvaarden. De redelijkheid van de reactie van de werknemer moet tevens voldoen aan zowel formele als materiële redelijkheidseisen.

4.3.4.1.2.2.3.1. Formele redelijkheidseisen

123. Vooreerst wordt van de werknemer verwacht dat hij een constructieve houding aanneemt. Een werknemer handelt formeel onredelijk, indien hij zonder reden zijn instemming weigert te geven met het wijzigingsvoorstel en alzo simpelweg ieder overleg van de hand wijst.²⁹⁴ Bovendien stelt een werknemer zich onredelijk op jegens zijn werkgever indien hij meerdere malen een negatief antwoord geeft op aangeboden, redelijke en passende functiewijzigingen.²⁹⁵

Accepteert de werknemer daarentegen om het wijzigingsvoorstel gedurende een relatief korte periode, bij wijze van proefplaatsing of iets dergelijks, te aanvaarden, dan zal hij zijn reactie veeleer gunstig geëvalueerd zien.²⁹⁶

De reactie van de werknemer waarbij hij niet prompt het wijzigingsvoorstel afwijst, maar evenwel actief mee op zoek gaat naar alternatieven om zijn belangen te verzoenen met de wijzigingsbehoefte van de werkgever, wordt sneller als redelijk beschouwd. Stelt de werknemer zich daarentegen passief op - de inspanningen langs werknemerszijde laten wensen te over - dan wordt zijn reactie eerder ongunstig geëvalueerd.²⁹⁷

4.3.4.1.2.2.3.2. Materiële redelijkheidseisen

124. De materiële redelijkheidseisen van het werknemershandelen zijn veelal het spiegelbeeld van de materiële redelijkheidseisen die de werkgever in acht moet nemen en spelen reeds een rol bij het oordeel of er al dan niet sprake is van een redelijk aanbod.²⁹⁸ Of de reactie in hoofde van de werknemer als materieel redelijk kan worden beschouwd, is afhankelijk van de persoonlijke omstandigheden die de werknemer aandraagt tegen het geformuleerde wijzigingsvoorstel waaruit blijkt dat de aanvaarding van het aanbod niet van hem kan worden gevergd. Persoonlijke omstandigheden zoals leeftijd,²⁹⁹ de gezondheidstoestand,³⁰⁰ de last om het wijzigingsvoorstel met

²⁹⁴ Ktr. Hilversum 16 oktober 2002, *JAR* 2002/282; RB. 's-Hertogenbosch 24 april 2002, *JAR* 2002/114

²⁹⁵ Ktr. Nijmegen 11 september 2012, *LJN* BX 7835.

²⁹⁶ Ktr. Delft 24 februari 2000, *JAR* 2000/49; N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 112; N. GUNDT, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 123; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 241.

²⁹⁷ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 444-445; Ktr. Heerenveen 27 juli 2003 ECLI:NL:RBL:2003:AI0483, www.rechtspraak.nl.

²⁹⁸ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 69.

²⁹⁹ HR 28 april 2000, *JAR* 2000/120. De last van het verrichten van nachtarbeid door oudere werknemers kan een argument zijn om een wijzigingsvoorstel te verwerpen.

³⁰⁰ Ktr. Alkmaar 21 december 2012 ECLI:NL:RBALK:2012:BZ6090, www.rechtspraak.nl. *In casu* de omstandigheid dat een zwaarlijvige werknemer aandraagt tegen de plotse invoering van een bedrijfsshirt waardoor zijn zelfvertrouwen wordt aangetast.

persoonlijke verantwoordelijkheden te verenigen,³⁰¹ of de status en zelfrespect die een werknemer aan zijn oorspronkelijke functie ontleent,³⁰² zijn omstandigheden die met zich meebrengen dat de aanvaarding van het aanbod redelijkerwijs niet van de werknemer kan worden gevergd.³⁰³

4.3.4.1.3. Demotie wegens disfunctioneren

125. Zoals eerder aangehaald kan de oorzaak van de wijziging van de arbeidsovereenkomst in de risicosfeer van de werknemer gelegen zijn. Zo kan het (vermeend) disfunctioneren van de werknemer de reden voor het bij de rechter ter beoordeling voorliggende wijzigingsverzoek zijn, waarin artikel 7:611 BW als rechtsgrondslag fungeert voor de wijziging van functie en loon als individuele arbeidsvoorwaarde.³⁰⁴

126. Uit gewezen Nederlandse rechtspraak³⁰⁵ waarbij de reden van de verzochte loon- en functiewijziging het disfunctioneren van de werknemer betrof, volgt dat de rechter bij zijn beoordeling enkele criteria in acht dient te nemen.^{306 307}

- Aantonen disfunctioneren

De gewijzigde omstandigheid waarop de werkgever zich wil beroepen voor het wijzigingsvoorstel is steeds het disfunctioneren van de werknemer. Of er sprake is van disfunctioneren moet worden aangetoond door de werkgever. Indien hij daarin niet slaagt, zal de rechter oordelen dat het disfunctioneren niet is aangetoond of niet langer aan de orde is.³⁰⁸ Let wel, ook als er sprake is van enige vorm van disfunctioneren, betekent dit nog niet dat het van dien aard is dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst geoorloofd is.³⁰⁹

- Expliciete verbeterpunten en overleg

Men heeft de verwachting of veronderstelling dat de werkgever het disfunctioneren van de werknemer op expliciete wijze meedeelt tijdens beoordelings- of functioneringsgesprekken. Daarbij dienen duidelijke afspraken worden gemaakt omtrent de verbeterpunten. Aldus moet het voor de werknemer duidelijk zijn wat specifiek van hem wordt verwacht, wat er mis is aan zijn huidige functioneren, welke concrete doelstellingen hij moet halen en welke hulp de werkgever daarbij

³⁰¹ Ktr. Utrecht 9 juni 2010, *JAR* 2010/225. *In casu* weegt het belang van een werknemer bij het behoud van de ochtenddienst zwaarder door dan het werkgeversbelang bij een ploegendienst. Een ploegendienst zou namelijk voor de werknemer het nadelige gevolg hebben dat zij haar kinderen nauwelijks zou zien.

³⁰² Ktr. Zaandam 7 juli 2000, *JAR* 2000/174. *In casu* koppelt de werknemer veel zelfrespect aan het feit dat hij een ambachtelijk vak bekleedt, hetgeen na de functiewijziging niet langer het geval zal zijn.

³⁰³ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 219-220; A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 445.

³⁰⁴ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 72-73.

³⁰⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2011, nr. 70, *LJN* BR6239, *AR Updates* 2011-0714; Ktr. Almere (vzr.) 24 april 2013, nr. 21, *JAR* 2013/128; Ktr. Utrecht 20 december 2013, nr. 4, *ECLI:NL:RBMNE:2013:7615*, *AR Updates* 2014-0053; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, nr. 1, *ECLI:NL:GHSHE:2014:773*, *AR Updates* 2014-0322.

³⁰⁶ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 73-78.

³⁰⁷ Sedert de inwerkingtreding van de wet Werk en Zekerheid werd art. 7:669 BW inzake einde van de arbeidsovereenkomst grondig aangepast. Zo werden ook de hierna besproken criteria, die in acht moeten worden genomen door de werkgever ingeval hij de arbeidsovereenkomst wil opzeggen wegens disfunctioneren van de werknemer, wettelijk verankerd in art. 7:669, derde lid, d) BW.

³⁰⁸ Ktr. Haarlem 17 augustus 2011, nr. 73, *LJN* BR5579; Gerechtshof 's-Gravenhage 21 augustus 2012, nr. 39, *LJN* BX6977, *AR Updates* 2012-0827; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2012, nr. 32, *LJN* BY9365, *AR Updates* 2013-0065.

³⁰⁹ Ktr. Utrecht 2 december 2011, nr. 62, *LJN* BU6603, *AR Updates* 2011-1001.

biedt. Daarenboven is het belangrijk dat de werknemer zich bewust is van de consequenties indien zijn functioneren binnen het verbetertraject onvoldoende verbetert.³¹⁰

– Verbetertraject

Samenhangend met het expliciet bespreken van de punten die voor verbetering vatbaar zijn aangaande de functie-inhoud, wordt ook van de werkgever verwacht dat hij de werknemer daartoe in de gelegenheid stelt.³¹¹ Indien de werknemer hiertoe niet in de gelegenheid wordt gesteld, zal bijgevolg geen sprake zijn van een redelijk aanbod en zal de maatregel niet als proportioneel en noodzakelijk worden beschouwd.³¹²

– Redelijk voorstel, loonwijziging en overgangsregeling

Indien blijkt dat het verbetertraject niet tot de gewenste verbetering leidt en dus de werknemer niet voldoet aan de verwachte functie-eisen, moet de werkgever aan de werknemer een redelijk voorstel tot functiewijziging doen.³¹³ Eveneens wordt het voorstel getoetst op zijn inhoudelijke redelijkheid. De demotie met loonsvermindering wordt als redelijk beschouwd als de afbouwperiode voldoende lang is.³¹⁴ Indien een functiewijziging onderdeel is van een verbeter- of re-integratietraject, kan de functiewijziging enkel als redelijk worden beschouwd wanneer de nieuwe functie redelijk is in het licht van de punten waarop de werknemer extra zijn aandacht moet vestigen.³¹⁵

127. Net zoals bij een ontslagprocedure, dient de werkgever bij demotie over een volwaardig dossier te beschikken waaruit het disfunctioneren ondubbelzinnig blijkt. Dit dossier omvat minstens een getekende arbeidsovereenkomst, een duidelijk afgebakende functieomschrijving, verslagen van beoordelings- en functioneringsgesprekken, alle correspondentie met de werknemer en verslagen van een verbetertraject.³¹⁶

Samengevat, indien demotie wordt nagestreefd met de achterliggende gedachte dat de werknemer disfunctioneert in zijn huidige betrekking, dan moet de werkgever over een volwaardig dossier beschikken waaruit het disfunctioneren blijkt. Vervolgens moet het disfunctioneren eerst met de werknemer worden besproken, zodat hij in de gelegenheid wordt gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Daarenboven wordt bij de afweging van de redelijkheid van de functiewijziging door de rechter rekening gehouden in welke mate de werknemer tegemoet wordt gekomen met behoud van de oude arbeidsvoorwaarden dan wel een afbouwregeling wordt voorgesteld.³¹⁷

³¹⁰ G. LEIJTEN en L. DE JONG, "Demotie bij disfunctioneren", *HR Rendement* 2015, 26.

³¹¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, nr. 17, *AR Updates* 2013-0641; Rb. Overijssel, 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663, *AR Updates* 2015-1004; Rb. Noord-Holland, 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, *AR Updates* 2015-1111; Rb. Midden-Nederland, 5 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:519, *AR Updates* 2016-0143.

³¹² Ktr. Zwolle 24 april 2013, nr. 20, *LJN* CA308.

³¹³ G. LEIJTEN en L. DE JONG, "Demotie bij disfunctioneren", *HR Rendement* 2015, 26-27.

³¹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2011, nr. 70, *LJN* BR6239; Ktr. Almere (vzr.) 24 april 2013, nr. 21, *JAR* 2013/128.

³¹⁵ Ktr. Amsterdam 14 maart 2011, nr. 87, *AR Updates* 2011-0979.

³¹⁶ G. LEIJTEN en L. DE JONG, "Demotie bij disfunctioneren", *HR Rendement* 2015, 26.

³¹⁷ D.J.B. DE WOLFF, "Demotie of depreciatie van oudere werknemer", *TRA* 2013, 9.

4.3.4.1.4. Het verfijnde Taxi Hofman-criterium als inspiratiebron?

128. Bij gebrek aan een wijzigingsbeding, wordt de vraag in Nederland naar de geoorlooftheid van wijzigingen in hoofde van de werkgever hoofdzakelijk beantwoord overeenkomstig de in artikel 7:611 BW vervatte open norm van het goed werkgever- en goed werknemerschap. Een pioniersrol bij de uitwerking en invulling van deze norm is weggelegd voor de Nederlandse Hoge Raad. Opmerkelijk hierbij is dat de rechtspraak van de Hoge Raad tot voordeel strekt in hoofde van de werknemer. Zoals reeds aangehaald, verfijnde het *Mammoet-arrest* het *Taxi Hofman-criterium*. Waar Nederlands' hoogste rechtscollege in het *Taxi Hofman-arrest* nog in het midden liet of het het wijzigingsvraagstuk benaderde vanuit de beperkende dan wel de aanvullende werking van de eis van redelijkheid en billijkheid, loste het rechtscollege in het *Mammoet-arrest* de vraag of de werknemer het wijzigingsvoorstel moet accepteren op vanuit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Bovendien wordt sinds het *Mammoet-arrest* afgestapt van het gegeven dat de werknemer positief moet ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever voortspuitend uit gewijzigde omstandigheden op het werk, en overgeschakeld naar een heronderhandelingsplicht. Aldus legt het verfijnde *Taxi Hofman-criterium* geen aanvaardingsplicht meer op, maar voortaan een heronderhandelingsplicht.³¹⁸

129. Mijns inziens dient deze rechtspraak van de Hoge Raad positief onthaald te worden. Een raamwerk waarin de afweging van werknemers- en werkgeversbelangen en het streven naar redelijke evenwichtigheid een centrale positie inneemt, laat toe de arbeidsrelatie te flexibiliseren en de dynamische hoedanigheid ervan te valoriseren. Wanneer men dergelijk evenwichtsstreven verbindt met de goede trouw kan een brug geslagen worden tussen het arbeidsrecht en het verbintenissenrecht.³¹⁹

Naast belangenafweging benadrukt de Hoge Raad in zijn jurisprudentie het overleg tussen werkgever en werknemer. De manier waarop de norm van goed werkgever- en goed werknemerschap wordt aangegrepen om de wijzigingsvrijheid van de werkgever af te bakenen, is mogelijks een inspiratiebron bij het herdenken van het wijzigingsrecht van de Belgische werkgever.³²⁰ Daarom dringt een concretisering of verfijning van de objectieve goede trouw zich op om alzo een ruggensteun te vormen voor partijen. Het vertrekpunt hierbij is mijns inziens niet de beperkende werking van de goede trouw maar wel de aanvullende.

130. Indien een contractspartij niet meer gebonden wenst te zijn aan bepaalde gestipuleerde verbintenissen, maar evenwel de voortzetting van de overeenkomst nastreeft, dient hij in principe in overleg te treden met zijn wederpartij. Aldus wordt de heronderhandelingsplicht bij overeenkomsten van lange duur als een aanvullende loyauteitsplicht gezien. Het rijzen van

³¹⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 244; A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 447; G. HEERMA VAN VOSS, "De dynamiek van het goed werkgeverschap", *TRA* 2011, afl. 77, 8.

³¹⁹ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 530.

³²⁰ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 245.

onvoorziene en/of onvoorzienbare problemen is nu eenmaal inherent verbonden aan overeenkomsten van lange duur.³²¹

131. De heronderhandelingsplicht houdt een beperking in voor het recht van de werknemer om zich te beroepen op de bindende kracht van de overeenkomst. Bovendien dient hij zich constructief op te stellen. Zo dient hij bereid te zijn te heronderhandelen, en dus met andere woorden plaats te nemen aan de onderhandelingstafel. Indien hij weigert in overleg te treden met zijn werkgever, kan hij geacht worden zijn recht om de onveranderde uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst te eisen, te miskennen. Van een eenzijdige wijziging op basis van een marginaal wijzigingsrecht kan geen sprake meer zijn omwille van het feit dat er steeds onderhandeld dient te worden. Het wijzigingsvoorstel van de werkgever is hiertoe de eerste stap.³²²

132. Een element waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de redelijkheid van de reactie van de werknemer t.a.v. het redelijke aanbod van de werkgever is de gezagsrelatie waarin de werknemer zich bevindt. Deze materieel ongelijke positie waarin laatstgenoemde zich bevindt zorgt er enerzijds voor dat de werkgever zijn opvatting gemakkelijker kan doordrukken en anderzijds de vrees in hoofde van de werknemer dat het formuleren van eisen of het maken van een voorbehoud de samenwerking in het gedrang kan brengen. Volgens VAN PUYVELDE betekent dit niet dat de goede trouw met terughoudendheid moet worden toegepast. Zo stelt de auteur dat bij de invulling van welke verplichtingen een redelijk werknemer, in dezelfde omstandigheden geplaatst, op zich zou hebben genomen en hoe die zich zou hebben gedragen, ook specifieke arbeidsrechtelijke omstandigheden meespelen. Op die manier kunnen ook mogelijks institutionele aspecten worden meegewogen binnen een contractueel systeem.³²³

133. De verplichting de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren, brengt met zich mee dat de werknemer bereid moet zijn in onderhandeling te treden met de werkgever omtrent een redelijk wijzigingsvoorstel, zelfs wanneer dergelijk wijzigingsvoorstel een belangrijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst betreft. Evenwel mag de goede trouw het contractueel evenwicht dat partijen hebben bereikt, niet doorbreken. De wijziging die tot voordeel strekt in hoofde van de ene partij moet in verhouding zijn met het nadeel waarmee de andere partij geconfronteerd wordt. Anders geformuleerd, het wijzigingsvoorstel moet de oorspronkelijke overeengekomen positie van de werknemer evenaren of minstens benaderen. De aanvaarding van dergelijke wijzigingsvoorstellen wordt bijgevolg van de werknemer gevergd. De vraag blijft echter wat de achterliggende reden is van het wijzigingsvoorstel en in wiens risicosfeer deze is gelegen. Afhankelijk van de oorzaak van het wijzigingsverzoek - is die aan werknemers- of werkgeverszijde gelegen? - kan de speelruimte groter zijn. Zo lijkt het aanvaardbaar dat van een werknemer, die niet voldoet aan de functie-eisen na het doorlopen hebben van een verbetertraject, in redelijkheid kan worden verwacht dat hij een positief gevolg geeft aan het voorstel om een hiërarchische en

³²¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Brugge, die Keure, 2005, 28.

³²² I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 246.

³²³ A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Deventer, Kluwer, 2008, 253; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 246.

lagere functie, inclusief een loondaling, te bekleden. Evenwel blijft het noodzakelijk dat het wijzigingsvoorstel van de werkgever redelijk is. In voornoemde situatie betekent dit concreet dat de werkgever in de eerste plaats aantoont dat hij aan de werknemer de mogelijkheid heeft geboden om zich te verbeteren en een gunstige oplossing aan de werknemer heeft aangereikt in de tweede plaats.³²⁴

Aangestipt moet worden dat het beginsel van de goede trouw kan worden aangewend door iedere partij. Desgevallend rust de heronderhandelingsplicht, als aanvullende loyauteitsverplichting, tevens op de werkgever die geconfronteerd wordt met een redelijk wijzigingsvoorstel van de werknemer.³²⁵

4.3.4.2. Nederland: gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid als wijzigingsgrond

134. In tegenstelling tot het beginsel van de goede trouw in België, werpen de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW zich veel explicieter op als potentiële wijzigingsgrond. In het licht van de rechtsgevolgen van overeenkomsten bepaalt artikel 6:248, tweede lid BW 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."* Naast de mogelijkheid om het wijzigingsvraagstuk te beslechten via het verfijnde *Taxi Hofman-criterium*, kan ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een wijzigingsgrond vormen om alzo in te grijpen in de contractverhouding en een geldende bepaling opzij te zetten.

135. Wil een werkgever een wijziging aan de arbeidsvoorwaarden van de werknemer doorvoeren, omdat hij meent dat de handhaving van die arbeidsvoorwaarden, alle concrete omstandigheden indachtig, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan reikt artikel 6:248, tweede lid BW hem een eventuele wijzigingspiste aan. De overeenkomst zelf wordt in stand gehouden, maar zonder de bepaling die door de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid opzij wordt geschoven.³²⁶

Krachtens de aanvullende werking van artikel 6:248 BW kan de achtergelaten contractuele leemte door de rechter worden opgevuld. De dubbele werking, aanvullend en beperkend, van artikel 6:248 BW kan er aldus toe leiden dat een contractsbepaling wordt opzijgeschoven (tweede lid), en dat vervolgens de achtergebleven leemte wordt aangevuld (eerste lid).³²⁷

³²⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 246-247.

³²⁵ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Brugge, die Keure, 2005, 61-62.

³²⁶ W.C.A. MAAS, *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 84-85.

³²⁷ A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 522.

136. Evenwel dient de wijzigingskracht van artikel 6:248 BW genuanceerd te worden. De reden hiertoe is tweeledig. Ten eerste vereist de toepassing van artikel 6:248, tweede lid BW zonder meer een rechterlijke tussenkomst, waardoor in feite niet echt sprake is van een echte eenzijdige wijziging.³²⁸ Daarenboven treedt de gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid als wijzigingsgrond slechts naar de voorgrond indien het wijzigingsvraagstuk niet kan worden benaderd vanuit het *Taxi Hofman-criterium*.³²⁹

Het gebiedt me echter te zeggen dat de rechter steeds vertrekt vanuit een holistische benadering indien hij het wijzigingsvraagstuk dient te beslechten op grond van artikel 6:248 BW. Dergelijke benadering weegt de werkgeversbelangen expliciet af tegenover de noden en behoeften die bestaan in hoofde van de werknemer. Op die manier verzoent de Nederlandse rechter op evenwichtige wijze de flexibiliteitsbehoefte van de werkgever met de nood aan zekerheid van de werknemer.³³⁰

4.3.5. Rechtsvergelijkende conclusie

137. In dit onderdeel werd onderzocht in welke mate het principe van de goede trouw een evenwichtige oplossing voor het wijzigingsvraagstuk kan aanreiken. Gebleken is dat het Belgische en Nederlandse recht deze vraag op een verschillende manier aanpakken, desalniettemin zijn de ontwikkelingen in rechtsleer en rechtspraak in beide rechtsstelsels vergelijkbaar. Beide stelsels laten namelijk ruimte ter realisatie van wijzigingen op basis van de goede trouw *c.q.* goed werkgeverschap. Waar de Nederlandse Hoge Raad zich heeft opgeworpen als een spilfiguur inzake de ontwikkeling van deze wijzigingsmogelijkheid, stelt het Hof van Cassatie zich eerder kritisch op t.a.v. deze wijzigingsmogelijkheid.

138. In het Belgische arbeidsrecht wordt het principe van de goede trouw veruiterlijkt door de leer van het marginaal wijzigingsrecht, volgens dewelke artikel 1134, derde lid BW een recht aan de werkgever verleent om noodzakelijke en marginale wijzigingen af te dwingen. Door toepassing van de leer van het marginaal wijzigingsrecht is een groeiende aandacht voor belangenafwegingen in de rechtspraak waarneembaar. Evenwel blijft het Hof van Cassatie wantrouwig t.a.v. expliciete goede-trouw-overwegingen en draagt steevast de bindende kracht van de overeenkomst zijn voorkeur weg ten koste van de erkenning van enig wijzigingsrecht in hoofde van de werkgever. Echter moet aangestipt worden dat het Hof impliciet - via de interpretatieve werking van de goede trouw vult het de arbeidsovereenkomst steeds flexibeler in - toch aan belangenafweging doet. Dit leidt tot de merkwaardige conclusie dat het Hof van Cassatie impliciet doet wat het expliciet weert, hetgeen van weinig transparantie getuigt en in schril contrast staat met de benadering van de Hoge Raad. Laatstgenoemde manifesteert zich immers als voorstander van redelijkheids- en billijkheidsoverwegingen en laat op die manier in zijn rechtspraak ruimte voor ontwikkeling en kritiek. Dat blijkt eens te meer uit het door het *Mammoet-arrest* verfijnde *Taxi Hofman-criterium*, volgens welk de norm van goed werknemerschap met zich meebrengt dat de aanvaarding van een

³²⁸ A.F. BUNGENER, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Deventer, Kluwer, 2008, 222 en 245.

³²⁹ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017,449.

³³⁰ A. VAN BEVER, *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017,450.

redelijk wijzigingsvoorstel, ingegeven door gewijzigde omstandigheden op het werk, van de werknemer kan worden geveerd.

139. Bovendien is de eis van redelijkheid en billijkheid wettelijk verankerd in het Nederlandse burgerlijk wetboek, meer bepaald in artikel 6:248 BW. Via de dubbele werking van artikel 6:248 BW kan een tussen partijen geldende contractsbepaling, die *in concreto* naar redelijkerheidsmaatstaven onaanvaardbaar is, opzij worden geschoven en kan vervolgens de achtergebleven contractuele leemte worden aangevuld met de rechtsgevolgen die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortkomen. Zowel in het Belgische als het Nederlandse rechtstelsel, schuilt aldus in de beperkende en aanvullende werking van de goede trouw *c.q.* redelijkheid en billijkheid potentieel om de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst te temperen.

Daarnaast kan het wijzigingsvraagstuk ook benaderd worden vanuit het leerstuk van goed werkgeverschap *c.q.* goed werknemerschap zoals ligt vervat in artikel 7:611 BW: redelijke wijzigingsvoorstellen moeten door de werknemer worden aanvaard. Weigert de werknemer echter zijn instemming te verlenen met het wijzigingsvoorstel, dan toetst de Nederlandse rechter die weigering ten volle aan de redelijkheid en billijkheid. De Belgische rechter daarentegen zal louter op grond van de beperkende werking van de goede trouw en het daaraan gekoppelde rechtsmisbruikverbod nagaan of de weigering niet kennelijk onredelijk is in hoofde van de werknemer. De met het wijzigingsvoorstel geconfronteerde werknemer wordt aldus in het Belgische recht vrijer gelaten dan in het Nederlandse recht. Zo biedt de leer van het marginaal wijzigingsrecht de werknemer meer onderhandelingsmarge en afwijzingsruimte i.v.m. het in de Nederlandse rechtspraak toegepaste *Taxi Hofman-criterium*. Waar de Belgische rechter uitsluitend nagaat of de reactie van de werknemer niet kennelijk onredelijk is, draagt Nederlands' hoogste rechtscollege op om die reactie ten volle te toetsen aan de redelijk- en billijkheid. Zodoende vergt het Belgische recht minder flexibiliteit van de werknemer. Dit besluit en de steeds groeiende behoefte aan flexibiliteit in de arbeidsrelatie indachtig, ondersteunt des te meer het argument voor de verfijning en concretisering van het leerstuk van de goede trouw in het Belgische arbeidsrecht.

DEEL III: BESCHERMING WERKNEMER TEGEN ONGEORLOOFDE EENZIJDIGE FUNCTIEWIJZIGING

140. In deel II werd onderzocht over welke mogelijkheden de werkgever beschikt om een eenzijdige functiewijziging door te voeren. Aangetoond werd dat de werkgever binnen bepaalde grenzen over een *ius variandi* beschikt. Dit staat haaks op het in artikel 1134, eerste lid BW neergelegde verbod, hetgeen onverkort van toepassing is op het arbeidsovereenkomstenrecht. Bovendien moet de draagwijdte van het *ius variandi* in hoefde van de werkgever gerelativeerd worden. De vraag rijst over welke mogelijkheden een disfunctionerende werknemer, die geconfronteerd wordt met een eenzijdige functie- en loonwijziging, beschikt indien hij niet wenst in te stemmen met de voorgestelde wijziging en aldus wenst de overeenkomst gewoon uitgevoerd te zien? Welke bescherming geniet hij tegen dergelijke wijziging die zijns inziens ongeoorloofd is?

141. Het invoeren van het 'impliciet ontslag'³³¹ tegen een doorgevoerde eenzijdige functie- en loonwijziging is een actiemiddel waarop de gedemoveerde werknemer zich kan beroepen indien hij die wijziging ongeoorloofd acht. In het kader van het wijzigingsvraagstuk neemt het impliciet ontslag onmiskenbaar haar plaats in. De figuur kan als het ware omschreven worden als de begrenzer van het wijzigingsrecht waarover de werkgever beschikt.³³²

142. Echter dienen we ons af te vragen of de figuur van het impliciet ontslag verenigbaar is met de huidige flexibiliteitsgedachte. Allerm minst wil ik een pleidooi houden voor een star beschermingsmechanisme waarin vasthouden aan wat bestaat het uitgangspunt vormt. Mijns inziens kunnen bescherming en flexibiliteit hand in hand gaan. Bescherming als moderator voor flexibiliteit? Dit gegeven dient positief onthaald te worden vanuit de gedachte dat bescherming zekerheid biedt over de contouren van de flexibiliteit. Over welke marge beschikt de werkgever om de functie eenzijdig aan te passen? En op welke waarborgen kan de werknemer rekenen indien deze marge wordt overschreden? Aldus dient onder de notie zekerheid ook duidelijkheid aangaande de doorvoering van ongeoorloofde eenzijdige wijzigingen te worden verstaan.

143. In dit derde deel zal een analyse worden gemaakt van de actiemiddelen die ingeroepen kunnen worden tegen een ongerechtvaardigde eenzijdige wijziging. De leer van het impliciet ontslag is niet de enige actie die kan worden tegengeworpen aan de demotie. Echter zal ik mij, met uitzondering van het impliciet ontslag, in dit onderzoek beperken tot de actiemiddelen die niet leiden tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst aangezien dit onderzoek het streven van de werkgever naar interne flexibiliteit ingeval van disfunctioneren tracht te verzoenen met de beschermingsbehoefte van de werknemer.

³³¹ In de Franse rechtspraak en rechtsleer spreekt men van de *acte équipollent à rupture*.

³³² W. VAN EECKHOUTTE, "Het belang van de werkgever", *TSR*, 1994, 40.

1. Impliciet ontslag

144. Het Hof van Cassatie definieert ontslag als *een handeling waardoor een partij aan de andere partij ter kennis brengt dat zij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen*.³³³ Ontslag is bovendien vormvrij. De geldigheid van een ontslag wordt niet afhankelijk gesteld van bepaalde in wetsartikelen omschreven vormvoorwaarden. Aldus impliceert dergelijk gebrek aan vormvoorschriften dat de wilsuiting die het ontslag uitmaakt tevens vormvrij kan geschieden. Zo kan die wilsuiting zowel uitdrukkelijk mondeling als schriftelijk gebeuren of indirect blijken uit een handelswijze.³³⁴ Indien de wilsuiting indirect blijkt uit een handelswijze komt men terecht in het vaarwater van het impliciet onrechtmatig ontslag.

145. De rechtsfiguur van het impliciet ontslag is een door rechtspraak ontwikkelde theorie. Meteen de reden waarom het impliciet ontslag (vooralnog) niet verankerd is in een uitdrukkelijke wettelijke basis van de Arbeidsovereenkomstenwet.³³⁵ Het is een pretoriaanse constructie volgens dewelke uit een bepaalde handeling, gedraging en houding van de werkgever bij de arbeidsovereenkomst de vermoede wil tot beëindiging van de overeenkomst blijkt.³³⁶ De werknemer die geconfronteerd wordt met een substantiële eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst beschikt over de mogelijkheid om het verzuim of optreden van de werkgever te kwalificeren als een impliciet ontslag.³³⁷ Zodoende wordt het impliciet ontslag afgeleid uit de handelswijze van de werkgever die niet anders geïnterpreteerd kan worden dan de veruiterlijking van de wil de arbeidsovereenkomst te beëindigen.³³⁸ Hiertoe volstaat het dat het verzuim of optreden objectief gewild is door de werkgever aan wie het impliciet ontslag ten laste wordt gelegd.³³⁹ Met andere woorden, een afzonderlijke tussenkomst van de rechter is niet vereist om de beëindigingswil van de werkgever vast te stellen, deze wordt geacht steeds aanwezig te zijn.³⁴⁰ Onder de beëindigingswil van de werkgever dient te worden verstaan de wil tot beëindiging van de samenwerking zoals bedongen in de individuele afgesloten arbeidsovereenkomst. De werkelijkheid is dat de werkgever een einde wil maken aan de arbeidsovereenkomst maar desalniettemin zijn werknemer toch wil behouden.³⁴¹

³³³ Cass. 23 maart 1981, *Pas.* 1981, 787; Cass. 18 december 1989, *TSR* 1990, 22.

W. RAUWS, "De ontwikkeling van het ontslagrecht en het Hof van Cassatie: enige beschouwingen", *RW* 2011-2012, 93.

³³⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 302 en 305.

³³⁵ Evenwel kent de rechtsfiguur impliciet ontslag wel een verankering buiten de Arbeidsovereenkomstenwet, vb. art. 2 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden van 19 maart 1991 en art. 10 CAO nr. 32bis van 7 juni 1985 (I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 306-308).

³³⁶ Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.*, 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE.

³³⁷ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 255.

³³⁸ I. VERREYNT en P. TIERENS, *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, LBC-NVK, 2012, 449.

³³⁹ W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 739.

³⁴⁰ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 256.

³⁴¹ M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en het ius variandi", *RW* 1986-87, 1044.

1.1. Ontstaan

146. De figuur van het impliciet ontslag onderscheidt zich enerzijds de eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst en anderzijds de tekortkoming met de bedoeling een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. Het impliciet ontslag is een sterk becommentarieerde rechtsfiguur die zijn oorsprong vindt in het idee om de afdwingbaarheid van contractuele verplichtingen te waarborgen.³⁴²

147. Zoals vermeld heeft de rechtsfiguur van het impliciet ontslag geen wettelijke basis en vindt het haar herkomst in rechtspraak en rechtsleer. Gedurende meer dan 45 jaar oordeelt het Hof van Cassatie dat de substantiële eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst een onrechtmatige beëindiging van die overeenkomst inhoudt.³⁴³ Echter gaat de geschiedenis van het ontstaan van het impliciet ontslag veel verder terug in de tijd. De term *acte équipollent à rupture* werd geïntroduceerd door VAN DE PUT in het rechtspraakoverzicht uit de periode 1925 tot 1961 dat een bijdrage vormde aan het *Revue de Droit Social* van 1962.³⁴⁴ Deze rechtspraak leunde bijzonder dicht aan, om niet te zeggen is identiek aan de rechtsfiguur impliciet ontslag zoals die vandaag in haar huidige existentie gekend is in rechtspraak en rechtsleer.

148. Op 27 januari 1971 werd het impliciet ontslag voor het eerst bevestigd door het Hof van Cassatie en sedertdien maakt het frequent voorwerp uit van cassatierechtspraak.³⁴⁵ In voornoemd arrest moest het Hof zich een eerste maal buigen over de figuur van het impliciet ontslag toegespitst op de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst. Het oordeel van het Hof luidde als volgt: *"Overwegende dat de feitenrechter uit voormelde omstandigheden heeft kunnen afleiden dat eiseres essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst heeft gewijzigd en aldus aan de overeenkomst zoals zij door partijen was aangegaan, onrechtmatig een einde heeft gemaakt. Dergelijke beëindiging rechtvaardigt de toekenning van een opzeggingsvergoeding, zelfs indien de werknemer de feiten niet heeft ingeroepen als dringende reden."*³⁴⁶ Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt aldus de figuur van het impliciet ontslag in haar eerste bestaansvorm zoals deze al decennialang werd toegepast door feitenrechters.

149. Met het cassatiearrest van 5 januari 1977 werd een tweede bestaansvorm, contractuele wanprestatie, van het impliciet ontslag geïntroduceerd.³⁴⁷ Krachtens de visie van het Hof van Cassatie doet een loutere contractuele wanprestatie op zichzelf de arbeidsovereenkomst niet beëindigen. Voorgaande werd bij herhaling in zijn cassatierechtspraak bevestigd.³⁴⁸

³⁴² I. VERREYNT en P. TIERENS, *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, LBC-NVK, 2012, 373.

³⁴³ Cass. 27 januari 1971, *Arr. Cass.* 1971, 514.

³⁴⁴ R. VAN DE PUT, "Inexécution fautive et dissolution du contrat d'emploi", *TSR* 1962, 244-246; I VAN PUYVELDE, "De vermoedelijke wil tot verbreken van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 297.

³⁴⁵ Cass. 27 januari 1971, *Arr. Cass.* 1971, 514.

³⁴⁶ Cass. 27 januari 1971, *Arr. Cass.* 1971, 514.

³⁴⁷ Cass. 5 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 487.

³⁴⁸ Cass. 5 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 487; Cass. 14 april 1980, *RW* 1980-81, 979, met conclusie adv.-gen LENAERTS; Cass. 1 februari 1993, *Soc.Kron*, 304; Cass. 18 december 2000, *Soc.Kron.* 2001, 260.

De overeengekomen verbintenissen worden namelijk niet uitgevoerd, maar de tekortkomende partij acht zich nog altijd gebonden door de aangegane verplichtingen, weze het dat zij deze (voorlopig) niet wil of kan naleven.³⁴⁹ Opdat een tekortkoming aan essentiële contractuele verplichtingen wel een impliciet ontslag zou uitmaken, dient uit de begeleidende omstandigheden van die tekortkoming de wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te kunnen worden afgeleid.³⁵⁰

150. In de daaropvolgende cassatierechtspraak wordt deze tweedeling binnen het impliciet ontslag consequent aangehouden. Het voornaamste onderscheid tussen beide vormen ligt in de gevolgen die ze ressorteren:

- de eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst: dit gegeven leidt op zichzelf tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op onrechtmatige wijze. De wil tot beëindiging is namelijk inherent verbonden aan de wijziging van een essentieel bestanddeel en dient dus niet afzonderlijk te worden vastgesteld. Het volstaat dat de handeling of het verzuim van de werkgever objectief kan worden uitgelegd als de veruiterlijking van de wil tot beëindiging.³⁵¹
- de tekortkoming aan een essentiële contractuele verplichting: dit gegeven leidt op zichzelf niet tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Alvorens men kan spreken van een impliciet ontslag is naast de contractuele wanprestatie een tweede element vereist, namelijk de wil van de tekortkomende werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.³⁵² Het al dan niet aanwezig zijn van deze wil is een feitenkwestie.

Het Hof van Cassatie heeft in latere rechtspraak het onderscheid tussen de eenzijdige wijziging en de contractuele wanprestatie genuanceerd en lijkt hiermee een brug te vormen tussen de eenzijdige wijziging en de contractuele wanprestatie.³⁵³ Het Hof van Cassatie kan door middel van een marginaal toetsingsrecht nagaan of de feitenrechter op grond van de door hem gedane feitelijke vaststellingen wettig heeft kunnen besluiten tot de aanwezigheid van de beëindigingswil.³⁵⁴ Zowel in het cassatiearrest van 11 februari 2008 als recentelijk in dat van 19 januari 2015 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat ingeval de werkgever de bedongen arbeid niet verschaft de feitenrechters uit de door hen vastgestelde feitelijke gegevens mogen afleiden dat

³⁴⁹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 316.

³⁵⁰ Cass. 26 maart 1984, *Bull.* 1984, 868; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 255.

³⁵¹ W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 738.

³⁵² I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 310.

³⁵³ Cass. 26 maart 1984, *RW* 1984-85, 1869 en Cass. 7 maart 1994, *Soc.Kron.* 1994, 160, noot W.R: "De tekortkoming van een partij aan haar verplichtingen kan evenwel een aanwijzing of een bewijs zijn van de wil van die partij om de overeenkomst eenzijdig te wijzigen en aldus te beëindigen, indien het om een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel gaat. De oorzaak van de beëindiging ligt dan niet in de tekortkoming als zodanig, maar in de wijziging waarvan deze doe blijken."

³⁵⁴ Cass. 4 september 1978, *Arr. Cass.* 1978,1; Cass 11 februari 2008, *JTT*, 2008, 250; W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 742.

de werkgever niet alleen tekort komt aan zijn contractuele verplichting, maar ook een substantiële en eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde heeft bewerkstelligd en aldus de overeenkomst heeft beëindigd.³⁵⁵

1.2. Voorwaarden impliciet ontslag

151. Opdat er sprake is van een impliciet ontslag dienen de hiernavolgende voorwaarden vervuld te zijn:

- er moet sprake zijn van een eenzijdige wijziging;
- die belangrijk is; en
- betrekking heeft op een bestanddeel van de overeenkomst;
- dat objectief of subjectief essentieel is.

1.2.1. Eenzijdige wijziging

152. Er is sprake van een eenzijdige wijziging wanneer een werkgever te kennen geeft dat hij zich niet meer gebonden acht door de overeengekomen verbintenissen, als gevolg van zijn wil die verbintenissen te veranderen. Vooraleer gesproken kan worden van een impliciet ontslag is het vereist dat de wijziging effectief is doorgevoerd. Met andere woorden, een duidelijke en definitieve beslissing tot wijziging die ter kennis werd gebracht opzichtens de medecontractant.³⁵⁶ Een louter voornemen volstaat niet. Let wel, wanneer een voornemen zodanig krachtig is geformuleerd dat het klinkt alsof de beslissing als is genomen, is er evenwel sprake van een definitieve wijzigingsbeslissing.³⁵⁷ Het negeren van het protest van de werknemer tegen de beslissing, alsook het daadwerkelijke of tijdelijke karakter van de beslissing geven aanleiding tot een impliciet ontslag. Daarentegen worden voorstellen tot bespreking van een herziening van de overeenkomst, intentieverklaringen, plannen en voorbereidingen niet in aanmerking genomen als grondslag voor impliciet ontslag.³⁵⁸

153. Juridisch gezien kunnen overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig gewijzigd worden door de werkgever. Traditioneel wordt de gezagsuitoefening van de werkgever naar voren geschoven ter rechtvaardiging van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Op basis van zijn gezag heeft de werkgever een juridische greep op de arbeidsovereenkomst. Daar de werkgever de arbeidsovereenkomst niet eenzijdig mag wijzigen, kan hij ze toch feitelijk wijzigen. De verklaring hiervoor kan gezocht worden bij de feitelijke machtspositie die de werkgever bekleedt: de werknemer moet namelijk handelen volgens de instructies en bevelen van de werkgever. Het loutere feit dat de werkgever een overeenkomst feitelijk kan wijzigen, betekent echter niet dat dit mag. Integendeel, het feit dat de gezagsuitoefening van de werkgever gezien wordt als een

³⁵⁵ Cass 11 februari 2008, *JTT*, 2008, 250; Cass. 19 januari 2015, *JTT*, 2015, 233; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 313-314.

³⁵⁶ M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en het ius variandi", *RW* 1986-87, 1045; D. CUYPERS, "De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 1990, 102.

³⁵⁷ Cass. 11 september 2006, *Arr. Cass.* 2006, 1685.

³⁵⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 316.

mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, mag niet worden aangewend ter rechtvaardiging van het bestaan van een wijzigingsrecht in hoofde van de werkgever.³⁵⁹

154. In zekere zin kan een parallel getrokken worden met het geldende ontslagrecht in België. Partijen kunnen steeds eenzijdig en onmiddellijk de arbeidsovereenkomst abrupt beëindigen, zelfs indien dit niet wettelijk is toegelaten. Dit betreft de zogenaamde 'ontslagmacht'. Is het dan onbegrijpelijk, onder het mom van 'Qui peut le plus, peut le moins', dat de werkgever tevens eenzijdig een essentieel bestanddeel wil wijzigen? Weliswaar rechtvaardigt het adagium 'Qui peut le plus, peut le moins' de eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst niet, maar verduidelijkt wel wat er feitelijk geschiedt.³⁶⁰

1.2.2. Belangrijke eenzijdige wijziging

155. Indien een essentieel bestanddeel in onbelangrijke mate wordt gewijzigd dan zal dit niet gesanctioneerd worden door een ontslag. Dit werd bij herhaling bevestigd door het Hof van Cassatie.³⁶¹ De belangrijkheid van de wijziging dient door de rechter *in concreto* te worden beoordeeld. Lange tijd heeft het Hof van Cassatie nagelaten om hieromtrent een duidelijk standpunt in te nemen. Echter heeft het cassatiearrest van 4 februari 2002 alle twijfels van tafel geveegd aangaande de noodzaak van de belangrijke vereiste: "*Overwegende dat de partij die eenzijdig een belangrijke wijziging aan een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst aanbrengt, die overeenkomst onregelmatig beëindigt*". De vereiste van belangrijkheid van de eenzijdige wijziging kan logischerwijs gewettigd worden vanwege het feit dat de wil tot beëindiging van de bestaande overeenkomst moet blijken uit die wijziging.³⁶²

156. De belangrijkheid van een wijziging dient steeds *in concreto* te worden beoordeeld door de rechter. Deze beoordeling is in cassatie onaantastbaar. Hierbij moet de rechter steeds in acht nemen of de wijziging tot een materieel of moreel nadeel strekt in hoofde van de werknemer. In het kader van demotie wegens disfunctioneren wordt een functie- en loonverlaging aan de werknemer doorgaans opgedrongen. Het is zonneklaar dat de gedemoveerde werknemer in dit geval een nadeel, men denke bijvoorbeeld aan prestigeverlies, ervaart. Indien de werknemer op het moment van de wijziging bijzonder gehecht is aan zijn functie, dan levert de minste wijziging contractbreuk op. Dit vanwege het feit dat dergelijke wijziging het rechtmatig opgewekte verwachtingspatroon dat de werknemer op basis van de arbeidsovereenkomst mocht hebben, doorbreekt.³⁶³ Zo oordeelde ook het Hof van Cassatie in het arrest van 11 oktober 2010 dat de

³⁵⁹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 317-318.

³⁶⁰ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 255.

³⁶¹ Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 544; Cass. 1 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 361; Cass. 7 februari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 740; Cass. 27 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1423; Cass. 17 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 504; Cass. 23 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1247; Cass. 4 februari 2002, *JTT* 2002, 121; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2004, 305-315.

³⁶² I. VAN PUYVELDE, "De aanpasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering", *RW* 2015-16, nr. 29, 1137.

³⁶³ I. VAN PUYVELDE, "De aanpasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering", *RW* 2015-16, nr. 29, 1137.

aangebrachte wijziging geen degradatie of achteruitgang voor de werknemer mag inhouden.³⁶⁴ Echter is hiervan ontegensprekelijk sprake, daar demotie steeds een functie- en loonverlaging impliceert.

1.2.3. Bestanddeel van de arbeidsovereenkomst

157. In haar rechtspraak heeft het Hof van Cassatie het doorgaans over 'bestanddelen van de arbeidsovereenkomst' of 'essentiële arbeidsvoorwaarden'. Dit verschilt van hetgeen in de geschreven arbeidsovereenkomst is overeengekomen: indien iets niet schriftelijk werd bedongen, impliceert dit niet dat het geen arbeidsvoorwaarde of bestanddeel van de arbeidsovereenkomst zou kunnen uitmaken.³⁶⁵

Het onderscheid tussen arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden alsook de al dan niet overeengekomen aard van de arbeidsvoorwaarden wordt niet in deze paragraaf behandeld aangezien dit het doel van het onderzoek overstijgt. Daarenboven hoeft het geen betoog dat het loon en de bedongen arbeid of functie als essentiële arbeidsvoorwaarden wordt aangemerkt in rechtspraak en rechtsleer. Naast gezag vormen loon en arbeid of functie de andere essentiële elementen opdat er sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Zo wordt de bedongen arbeid beschouwd als het voorwerp van de hoofdverbintenis van een werknemer in een individuele arbeidsovereenkomst. Anderzijds vormt het betalen van het overeengekomen loon één van de hoofdverbintenissen van de werkgever.³⁶⁶

1.2.4. Essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst

158. Opdat er sprake kan zijn van een onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet de eenzijdige wijziging betrekking hebben op een essentiële arbeidsvoorwaarde. Eenzijdige wijzigingen die raken aan bijkomstige voorwaarden van de arbeidsovereenkomst, lokken geen beëindiging uit, maar constitueren 'slechts' een contractuele wanprestatie.³⁶⁷

Het begrip essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst is zeer relatief.³⁶⁸ Wat verstaan dient te worden onder het begrip werd reeds uiteengezet bij het wijzigingsbeding in deel II. Hetgeen daar werd toegelicht, is eveneens integraal van toepassing op de rechtsfiguur van het impliciet ontslag.³⁶⁹

³⁶⁴ Cass. 11 oktober 2010, *Arr. Cass.* 2010, 2443.

³⁶⁵ W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 758-759.

³⁶⁶ I. VERREYNT en P. TIERENS, *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, LBC-NVK, 2012, 449; W. RAUWS, A. VAN OEVELEN en I. VAN PUYVELDE, *De bedongen arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 5-9.

³⁶⁷ N. GUNDT en A. VAN BEVER, "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 90-91.

³⁶⁸ D. CUYPERS, "Het injunctierecht staande de arbeidsovereenkomst", in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 19.

³⁶⁹ Zie *supra* nr. 40.

1.3. Gevolgen

159. Net zo min als de contractuele wanprestatie vloeit uit de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst het ontslag voort. Of sprake is van een ontslag, wordt in de eerste plaats beslist door de werknemer die met de eenzijdige wijziging of contractuele wanprestatie wordt geconfronteerd: hij stelt het onrechtmatig ontslag vast en deelt dit mee aan de werkgever. Voorgaande impliceert dat een onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst onmiddellijk kan worden ingeroepen door de werknemer die geconfronteerd wordt met een belangrijke wijziging van een essentieel bestanddeel en derhalve kan hij het leveren van arbeidsprestaties staken.³⁷⁰ Let wel, eens het ontslag is ingeroepen, is de beëindiging definitief en onherroepelijk.³⁷¹ Degene die het impliciet ontslag verkeerdelijk inroept, krijgt het ontslag op zijn bord gepresenteerd.³⁷² Er wordt vanuit gegaan dat indien niet aan alle voorwaarden van het impliciet ontslag is voldaan, de wil van de werknemer onthult om de arbeidsovereenkomst onmiddellijk, onrechtmatig en eenzijdig te beëindigen en aldus is de werknemer gehouden tot het betalen van een opzeggingsvergoeding in de plaats van er één te ontvangen.³⁷³ Om de onzekerheid over het inroepen van het impliciet ontslag het hoofd te bieden gebeurt het echter vaak dat de werknemer zich beroept op een redelijke bedenktijd om zich te beraden over de eenzijdige wijziging.

1.3.1. Redelijke bedenktijd

160. Sedert lang heeft het Hof van Cassatie de werknemer een redelijke bedenktijd gegeven die hij nodig acht om zich te beraden over de eenzijdige wijziging en om zich desgevallend op het impliciet ontslag vanwege de werkgever te beroepen. Gedurende die redelijke bedenktijd kan de werknemer er voor opteren om de arbeidsprestaties onder de gewijzigde voorwaarden verder te zetten zonder dat dit impliceert dat de werknemer ermee heeft ingestemd en zijn recht om zich op contractbreuk te beroepen, verliest.³⁷⁴

De vraag rijst hoe lang de bedenktijd als redelijk kan worden beschouwd. Het is niet evident een eenduidig antwoord hierop te geven aangezien bij ieder geval afzonderlijk de concrete omstandigheden in acht moeten worden genomen. De termijn die de werknemer nodig acht om zich te vergewissen van de draagwijdte van de wijziging is afhankelijk van de aard en de impact van de wijziging. Let wel, de werknemer wordt geacht afstand te hebben gedaan van het recht van het impliciet ontslag en stilzwijgend te hebben ingestemd met de nieuwe

³⁷⁰ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 256-257.

³⁷¹ Cass. 16 juni 1976, *JTT* 1976, 349.

³⁷² Arbh. Brussel 16 november 2012, *JTT* 2013, 147.

³⁷³ I. VAN PUYVELDE, "De aanpasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering", *RW* 2015-16, nr. 29, 1138.

³⁷⁴ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 256-257.

arbeidsovereenkomst, indien de redelijke bedenktijd is overschreden zonder dat het impliciet ontslag werd ingeroepen.³⁷⁵

1.3.1.1. Afstand van recht

161. Het door de werknemer verderzetten van arbeid gedurende een langere periode dan nodig om een stelling in te nemen t.a.v. de eenzijdige wijziging, maakt dat hij zich niet meer kan beroepen op de figuur van het impliciet ontslag. Tevens impliceert de overschrijding van de redelijke bedenktijd dat de werknemer afstand heeft gedaan van het recht zich te beroepen op het impliciet ontslag, zelfs indien een voorbehoud t.a.v. de eenzijdige wijziging werd gemaakt.³⁷⁶ Voorgaande wordt bevestigd door cassatierechtspraak.³⁷⁷

Evenwel dient er sprake te zijn van een definitieve wijzigingsbeslissing waarvan de werknemer kennis heeft gekregen. Eens de beëindigingswil voor de werknemer vaststaat, moet worden nagegaan of er concrete elementen aanwezig zijn om uit te maken of de werknemer afstand heeft gedaan van het recht om zich op het impliciet ontslag te beroepen. Zo zijn de ondernomen pogingen van de werknemer om uitleg te krijgen of tot een regeling met de werkgever te komen, en de reactie - of het uitblijven ervan - van laatstgenoemde, alsook de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst relevante gegevens om in aanmerking te nemen bij de beoordeling van de redelijkheid van de bedenktijd.³⁷⁸

De bedenktijd gaat om een termijn die noodzakelijk is om een standpunt in te nemen t.a.v. een verdere tewerkstelling in het kader van een nieuwe, voor de werknemer minder gunstige, arbeidsovereenkomst.³⁷⁹ Binnen deze termijn wordt de werknemer met onzekerheden geconfronteerd. Het is immers geen sinecure om de afweging tussen behoud van job enerzijds en werkloosheid anderzijds te maken. Daarenboven loopt de werknemer het risico dat hij het ontslag krijgt toegerekend indien hij het ten onrechte inroept.

1.3.1.2. Voorbehoud of protest

162. Het Hof van Cassatie bevestigt in zijn rechtspraak dat het maken van een voorbehoud de vaststelling van een afstand van recht niet in de weg staat.³⁸⁰ De werknemer geeft bij het maken van een voorbehoud immers te kennen dat hij nog niet heeft beslist of hij de wijziging zal aanvaarden dan wel verwerpen. Dit geldt des te meer bij het formuleren van protest, waarbij de

³⁷⁵ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 341-342.

³⁷⁶ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 257.

³⁷⁷ Cass. 7 januari 1980, *RW* 1980-81, 1214; Cass. 28 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1367; Cass. 17 juni 2002, *JTT* 2002, 417: "wanneer een werkgever de arbeidsvoorwaarden, die de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst vormen, eenzijdig wijzigt, kan het feit dat de bediende blijft werken na de nodige termijn om zich te beraden over het eventueel aangaan van een nieuwe overeenkomst, ook al heeft hij voorbehoud gemaakt, betekenen dat hij ervan afziet de aan de werkgever te wijten beëindiging aan te voeren, niettegenstaande voorbehoud is gemaakt."

³⁷⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 342.

³⁷⁹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 344.

³⁸⁰ Cass. 7 januari 1980, *RW* 1980-81, 1214; Cass. 28 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1367.

werknemer duidelijk maakt dat hij niet akkoord gaat met de handelswijze van de werkgever en bijgevolg de wijziging niet zal aanvaarden. Zowel bij het formuleren van een voorbehoud of protest is er geen sprake van instemming met de wijziging.

163. Desalniettemin moet een werknemer bij het maken van een voorbehoud of het protesteren in het achterhoofd houden dat beide gedragingen een beperkte houdbaarheidsdatum hebben. Na verloop van tijd behoort de werknemer de reële impact van de eenzijdige wijziging te weten en kan hij hieromtrent een standpunt innemen. Bij voortzetting van de arbeidsprestaties geeft de werknemer te kennen dat de wijziging ondanks alles niet zo zwaar doorweegt, dat hij vindt dat de overeenkomst werd beëindigd door impliciet ontslag.³⁸¹ Nochtans is in dit geval nog steeds geen sprake van instemming met de wijziging. Wat overblijft is een situatie van voortdurende contractuele wanprestatie vanwege de werkgever die de wijziging heeft doorgevoerd.³⁸²

1.3.2. Ingebrekestelling en tijdstip van beëindiging

164. Bij een substantiële eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst, die in beginsel resulteert in een onmiddellijke onrechtmatige beëindiging, is een ingebrekestelling niet noodzakelijk maar evenmin overbodig. In het arrest van 7 mei 2007 oordeelde het Hof van Cassatie dat de werknemer een redelijke bedenktijd heeft om zich te beroepen op het impliciet ontslag en deze termijn eveneens kan aanwenden om de werkgever in gebreke te stellen.³⁸³

165. Hiermee gaat het Hof in tegen de zienswijze van enige auteurs dat een ingebrekestelling na een belangrijke eenzijdige wijziging overbodig zou zijn, onder meer op grond van de onjuiste gedachte dat een dergelijke wijziging de beëindigingswil impliceert en *ipso facto* resulteert in een onmiddellijk en onherroepelijk ontslag.³⁸⁴ Het cassatiearrest ligt evenwel in de lijn van de meerderheid van jurisprudentie van feitenrechters die na een dergelijke eenzijdige wijziging de ingebrekestelling van de werkgever mogelijk of nuttig acht.³⁸⁵

Het is onmiskenbaar dat een ingebrekestelling nuttig en soms aanbevelenswaardig wordt geacht. De vraag rijst of hetzelfde geldt bij de tijdelijke voortzetting van de arbeidsprestaties en of het Hof van Cassatie dergelijke ingebrekestelling als noodzakelijk aanmerkt. Vanwege het feit dat de werknemer over een redelijke bedenktijd beschikt om contractbreuk in te roepen en

³⁸¹ W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 6, Antwerpen, Intersentia, 2001, 753-756.

³⁸² I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 349.

³⁸³ Cass. 7 mei 2007, RW 2007-08, 1673, noot W. RAUWS: "na zo'n wijziging kan de werknemer, ofwel onmiddellijk de onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst inroepen, ofwel de overeenkomst tijdelijke verderzetten in de nieuwe omstandigheden en de werkgever binnen een redelijke termijn in gebreke stellen de wijziging binnen een gestelde termijn ongedaan te maken, bij gebreke waarvan de werknemer de arbeidsovereenkomst als beëindigd zal beschouwen."

³⁸⁴ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 257; M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en het ius variandi", *RW* 1986-87, 1054.

³⁸⁵ Arbh. Antwerpen 1 juni 1979, *JTT* 1980, 143; Arbh. Antwerpen 10 maart 1980, *JTT* 1987, 155; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 257.

daarbovenop de eenzijdige wijziging in beginsel resulteert in de beëindiging wil zal het Hof eerder geneigd zijn om te oordelen dat een ingebrekestelling niet noodzakelijk wordt geacht in geval van tijdelijke voortzetting van de arbeidsprestaties.³⁸⁶

166. Naast de noodzaak van ingebrekestelling heeft het Hof van Cassatie duidelijkheid geschapen omtrent het tijdstip van beëindiging van de arbeidsovereenkomst na inachtnaam van een redelijke bedenktijd door de werknemer. Het Hof oordeelde dat "*wanneer de werkgever de wijziging na afloop van de gestelde termijn handhaaft dat de arbeidsovereenkomst als beëindigd zal worden beschouwd op het ogenblik dat de werknemer de beëindiging vaststelt*".³⁸⁷ Aldus blijft de arbeidsovereenkomst bestaan onder de gewijzigde voorwaarden en zal een einde nemen op het ogenblik dat de werknemer de beëindiging vaststelt.³⁸⁸ De verjaringstermijn van artikel 15 Arbeidsovereenkomstenwet vangt aan op het moment dat contractbreuk wordt ingeroepen door de werknemer.³⁸⁹

1.4. Frankrijk en Nederland: impliciet ontslag?

1.4.1. Frankrijk

167. De figuur van het impliciet ontslag zoals ontwikkeld door de Belgische rechtspraak en rechtsleer kent men niet in Frankrijk. Evenwel kennen de Fransen een soortgelijke door de rechtspraak ontwikkelde rechtsfiguur, namelijk '*la prise d'acte de rupture du contrat de travail*'.³⁹⁰ Elke werknemer met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur kan het ontslag door de werkgever invoeren als laatstgenoemde een voldoende ernstige tekortkoming³⁹¹ heeft begaan die hinderlijk is voor de voortzetting van de overeenkomst.³⁹²

168. Sinds het principearrest van 21 januari 1987 neemt de Cour de cassation aan dat de werknemer het ontslag door de werkgever kan invoeren ingeval de werkgever is overgegaan tot de eenzijdige wijziging van een essentieel element van de arbeidsovereenkomst: "*il appartient au salarié de prendre acte de la rupture du contrat en cas de modification de l'un de ses éléments essentiels*".³⁹³ '*La prise d'acte*' is voor de werknemer het ultieme middel om tegen te werpen aan de werkgever indien hij slachtoffer is geworden van contractuele tekortkomingen die geleid hebben tot het verlaten van de onderneming. De werknemer beschikt over een recht '*de s'auto-licencier*',³⁹⁴ vermits hij de werkgever een ontslag toerekent,³⁹⁵ zonder dat dit expliciet de

³⁸⁶ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 257-258.

³⁸⁷ Cass. 7 mei 2007, *RW* 2007-08, 1673, noot W. RAUWS.

³⁸⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 351.

³⁸⁹ N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 260.

³⁹⁰ Hierna afgekort '*La prise d'acte*'.

³⁹¹ Bv. het niet-verschaffen van bedongen arbeid of de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst.

³⁹² L. PECAUT-RIVOLIER, "Prise d'acte et résiliation judiciaire", *Dr.soc.* 2012, 29-31.

³⁹³ Cass. soc., 21 januari 1987, *Bull.* nr.33.

³⁹⁴ G. COUTURIER en J.-E. RAY, "Rupture du contrat de travail: prise d'acte par l'employeur ou par le salarié", *Dr.soc* 2003, 817-825.

³⁹⁵ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Parijs, L.G.D.J., 2016, 438.

bedoeling is geweest van de werkgever.³⁹⁶ Het ontslag door de werkgever wordt in dit geval aangemerkt als een ontslag zonder '*cause réelle et sérieuse*'.

169. In Frankrijk wordt niet alleen de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst in aanmerking genomen als een ontslag door de werkgever. Aanvaard wordt dat de werknemer beschikt over een meer algemeen recht om akte te nemen van het ontslag zonder '*cause réelle et sérieuse*' door de werkgever indien laatstgenoemde een voldoende ernstige contractuele wanprestatie heeft begaan.³⁹⁷ Als de werknemer een terechte vaststelling doet van het ontslag, dan zal dit als een ontslag door de werkgever zonder '*cause réelle et sérieuse*' worden beschouwd.

Terloops is het nuttig erop te wijzen dat het invoeren van het ontslag door de werkgever wegens eenzijdige wijziging of contractuele wanprestatie als een riskante onderneming kan worden bestempeld. Indien de werknemer onterecht nota neemt van het ontslag door de werkgever, wordt geacht dat hij zelf onmiddellijk ontslag heeft genomen met alle nadelige gevolgen van dien. Zo heeft de Cour de cassation bijvoorbeeld geoordeeld dat ingeval de feiten niet zijn bewezen bij het invoeren van een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, de werknemer ten onrechte het ontslag door de werkgever acteert.³⁹⁸ Het resultaat is uiteindelijk identiek aan dat in België.

1.4.2. Nederland

170. Nederland kent, net zo min als Frankrijk, het impliciet ontslag zoals dit wordt ingevuld in België niet. Evenmin bestaat in Nederland rechtspraak met het ontslag ten gevolge van een substantiële, eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst als voorwerp.³⁹⁹

171. Naar Nederlands recht is een ontslag door de werkgever slechts mogelijk indien dit uitdrukkelijk door de wet wordt toegelaten. Een ontslagaanvraag wordt normaliter ingediend bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna UWV). Via het UWV tracht de werkgever een ontslagvergunning te bekomen om de werknemer op te zeggen en dus een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomst.⁴⁰⁰ De reden hiertoe kan van bedrijfseconomische aard zijn, maar ook bijvoorbeeld wegens disfunctioneren.

172. Aldus is het Nederlandse ontslagrecht strikt ingebed in een gesloten stelsel. Dit gesloten stelsel heeft namelijk tot gevolg dat een ontslag in beginsel slechts rechtsgeldig is, indien een wettelijke grondslag voorhanden is. Niettemin heeft de Nederlandse Hoge Raad in het zogenaamde Woonzorg-arrest geoordeeld dat er ruimte is voor toepassingen naar analogie. Zo erkende de Hoge

³⁹⁶ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 360.

³⁹⁷ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Parijs, L.G.D.J., 2016, 437-441; Cass. soc. 7 oktober 2003, nr. 2186, onuitg.; Cass. soc. 29 september 2004, nr. 1774, onuitg.; Cass. soc. 6 juli 2004, nr. 02-42642, onuitg.

³⁹⁸ Cass. soc. 17 december 2003, nr. 2690, onuitg.

³⁹⁹ W. RAUWS, "Enige beschouwingen over de bedongen arbeid in Nederlands-Belgisch perspectief" in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 98.

⁴⁰⁰ Art. 2-6 Regeling UWV ontslagprocedure.

Raad het wijzigingsontslag bij ontstentenis van een wettelijke grondslag.⁴⁰¹ Het is nuttig hierbij aan te stippen dat een onderscheid tussen deeltijdontslag en wijzigingsontslag dient te worden gemaakt. Bij een deeltijdontslag, dat overigens wel een wettelijke grondslag heeft,⁴⁰² zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst in zijn geheel op om vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden met een kortere arbeidsduur. Bij een wijzigingsontslag wordt aansluitend een nieuwe arbeidsovereenkomst met een aangepaste functie-inhoud aangeboden.⁴⁰³

173. De erkenning van de Hoge Raad van het wijzigingsontslag heeft het UWV ertoe bewogen een stellingname inzake het wijzigingsontslag te doen. Daaruit kan de conclusie worden getrokken dat het wijzigingsontslag een eerder beperkt toepassingsgebied heeft. Een werkgever die een ontslagvergunning wenst te verkrijgen dient aan te tonen dat er daadwerkelijk (gedeeltelijk) een arbeidsplaats komt te vervallen. Het louter wijzigen van arbeidsvoorwaarden zal door het UWV niet in aanmerking worden genomen als reden om een ontslagvergunning uit te vaardigen met het oog op een wijzigingsontslag te voltrekken.⁴⁰⁴

174. Het impliciet ontslag en het wijzigingsontslag zijn twee rechtsfiguren die ver van elkaar verwijderd zijn. Een verzoek tot wijzigingsontslag zal steeds uitgaan op initiatief van de werkgever, terwijl bij het impliciet ontslag het de werknemer is die het initiatief neemt tot vaststelling van het ontslag. Daarenboven is het wijzigingsontslag een middel om arbeidsvoorwaarden te wijzigen, terwijl de finaliteit van het invoeren van het impliciet ontslag precies ligt in het feit dat de werkgever daarin te ver is gegaan.⁴⁰⁵

1.5. Conclusie

175. In België wordt een arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwd wanneer een belangrijke eenzijdige wijziging aan een essentieel bestanddeel van de overeenkomst wordt doorgevoerd. Aangestipt moet worden dat de werkgever *in se* de werknemer wil behouden, maar de oorspronkelijke overeengekomen arbeidsovereenkomst wil vervangen door een nieuwe. Indien dit gegeven niet met wederzijds goedvinden wordt gerealiseerd en de eenzijdige beëindiging tijdig door de werknemer wordt vastgesteld en ingeroepen, is er sprake van een onrechtmatige beëindiging in hoofde van de werkgever en moet een opzeggingsvergoeding worden betaald.

176. Problematisch voor de werknemer is dat het invoeren van een impliciet ontslag een risicovolle onderneming inhoudt: hij moet namelijk zelf nagaan of de constitutieve elementen van het impliciet ontslag vervuld zijn om vervolgens de figuur op eigen risico in te roepen. Elementen die

⁴⁰¹ HR 24 december 2010, JAR 2011/20, De Vries/Stichting Woonzorg.

⁴⁰² Art. 4 Ontslagregeling.

⁴⁰³ D. ZWAGER, *Een nieuwe mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen: het wijzigingsontslag*, 07-03-2011, internet, 03/10/2017, (<http://dirkzwagerarbeidsrecht.nl/2011/03/07/een-nieuwe-mogelijkheid-om-arbeidsvoorwaarden-te-wijzigen-het-wijzigingsontslag/>.)

⁴⁰⁴ I. TERHAAG, *De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Een onderzoek naar de verhoudingen tussen de criteria van artikel 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248, lid 2 BW, 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag inzake de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging en de haalbaarheid daarvan*, internet, 24/10/2017, (catalogus.ihs.nl/files/Ivo_Terhaag.pdf).

⁴⁰⁵ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 362.

behoren tot de appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter. Bovendien beschikt de werknemer slechts over een redelijke bedenktijd om het impliciet ontslag in te roepen of de werkgever in gebreke te stellen. Aldus mag niet te lang getalmd worden door de werknemer, immers kan men uit de voortzetting van arbeidsprestaties afleiden dat hij afstand van zijn recht heeft gedaan om de figuur van het impliciet ontslag in te roepen. Protesteren en het maken van een voorbehoud tegen de wijzigingsbeslissing brengen evenmin zoden aan de dijk.

177. Een verkeerde beoordeling of een te late beslissing kan leiden tot grote, vooral financiële gevolgen. Met andere woorden, het onterecht of laattijdig inroepen van het impliciet ontslag heeft tot gevolg dat de werknemer zelf de arbeidsovereenkomst onrechtmatig heeft beëindigd. In dat geval heeft de werkgever recht op een schadevergoeding. Op deze manier krijgt deze dwaling een pijnlijke bijklank. Een wettelijke regeling dringt zich op.

2. Exceptio non adimpleti contractus

178. Een werknemer die de eenzijdige functiewijziging weigert te aanvaarden, kan zijn verbintenis tot het verrichten van de bedongen arbeid volledig of gedeeltelijk opschorten tot wanneer de werkgever zijn verbintenis(sen) nakomt of aanbiedt na te komen.⁴⁰⁶ Dergelijke schorsing wordt de exceptie van niet-uitvoering of *exceptio non adimpleti contractus* (enac) genoemd. Het Hof van Cassatie heeft bij herhaling geoordeeld dat de *enac* van rechtswege geldt in, of inherent is aan wederkerige overeenkomsten.⁴⁰⁷ Zodoende is de rechtsfiguur er *ab initio* in begrepen en dus ook van toepassing op de arbeidsovereenkomst.⁴⁰⁸

179. Ingevolge de heersende opvatting in rechtsleer en rechtspraak wettigt in beginsel iedere tekortkoming, eveneens een (lichte) tekortkoming aan een essentiële of een bijkomende verbintenis, het gebruik van de *enac*.⁴⁰⁹ Het demoveren van een werknemer, waarbij de werknemer een lagere functie wordt opgedragen met verlies van loon, komt overeen met het niet-verschaffen van de bedongen arbeid en rechtvaardigt het recht van de werknemer om de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op te schorten.⁴¹⁰ Evenwel vereist het principe van de objectieve goede trouw dat de opschorting in hoofde van de werknemer proportioneel is t.a.v. de niet-nakoming door de werkgever. Aldus mag geen wanverhouding ontstaan tussen beide partijen.⁴¹¹ Verder verplicht de objectieve goede trouw de werknemer om de werkgever in te

⁴⁰⁶ K. VAN DEN LANGENBERG, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 49 en 62.

⁴⁰⁷ Cass. 27 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 156; Cass. 14 maart 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 735; Cass. 6 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1088; Cass. 25 maart 2005, *RW* 2005-06, 63.

⁴⁰⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 208: "een arbeidsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst waarbij een werknemer zich ertoe verbindt om tegen loon, onder het gezag van een werkgever, arbeid te presteren, hetgeen impliceert dat zowel de werkgever als de werknemer tegelijkertijd schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn."

⁴⁰⁹ B. DUBUISSON en J.M. TRIGAUX, "L'exception d'inexécution en droit belge" in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, Bruylant, 2001, 85-92.

⁴¹⁰ C. CAUFFMAN, "Opschortingsrechten bij niet-nakoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 164.

⁴¹¹ C. CAUFFMAN, "Opschortingsrechten bij niet-nakoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 164.

lichten welke tekortkoming hij hem verwijt alvorens de *enac* in te roepen. Dit maakt het de werkgever mogelijk om eventueel aan zijn tekortkoming te remediëren.⁴¹²

180. Het opschorten van de arbeidsprestaties door de werknemer brengt met zich mee dat een loonvordering gedurende een periode niet mogelijk is. Loon is namelijk slechts verschuldigd overeenkomstig de uitgevoerde arbeid, ook al is het niet kunnen uitvoeren van de overeengekomen arbeid te wijten aan de werkgever.⁴¹³ Indien de *enac* succesvol wordt ingeroepen, is de werkgever een schadevergoeding verschuldigd overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels van de contractuele aansprakelijkheid.⁴¹⁴ Terloops moet aangestipt worden dat de werknemer best enige voorzichtigheid in acht kan nemen bij het invoeren van de *enac*. Zo leidt het onrechtmatig gebruik ertoe dat de werknemer geen schadevergoeding kan vorderen voor het geleden loonverlies, hij gehouden is tot schadevergoeding ingeval van schade en hij eventueel de arbeidsovereenkomst beëindigd ziet door de werkgever, al dan niet om dringende reden.⁴¹⁵

181. De *enac* is een tijdelijk verweermiddel waarvan het doel tweeledig is: enerzijds schort de werknemer de eigen verbintenissen op en anderzijds maant hij de werkgever aan de zijne uit te voeren. Indien voorgaande leidt tot het gehoopte resultaat en dus de werkgever zijn verbintenissen nakomt of aanbiedt na te komen, heeft dit tot gevolg dat de werknemer opnieuw arbeidsprestaties moet leveren zoals voorheen. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de werkgever niet reageert. In dit geval staan slechts twee opties open voor de werknemer: de gedwongen uitvoering of de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bij dat laatste, de gerechtelijke ontbinding, ligt de nadruk dan toch weer op het beëindigen van de overeenkomst.⁴¹⁶

182. De conclusie die moet worden getrokken is dat de *enac* als een aantrekkelijk verweermiddel dient te worden beschouwd in het kader van de voortzetting van de arbeidsrelatie. Evenwel dient opgemerkt te worden dat het geen allesomvattende remedie is. Zo bevindt de werknemer zich in een uiterst onzekere situatie. Hij weet namelijk überhaupt niet of en zo ja, hoe de werkgever zal reageren. Bovendien schiet de remedie tekort omwille van het feit dat er geen sprake is van een echte druk om de arbeidsovereenkomst terug na te leven. Indien een werknemer geconfronteerd wordt met een blijvende niet-nakoming van de verbintenissen in hoofde van de werkgever, dan dient hij zich tot de rechter te wenden om de arbeidsovereenkomst uitgevoerd te zien. Een nog groter, misschien wel het grootste, nadeel dat de werknemer ondervindt bij het invoeren van de *enac* is het inkomstenverlies gedurende een bepaalde periode. Al het voorgaande leidt tot de

⁴¹² Rb. Hasselt 23 december 2002, *RW* 2004-05, 1108.

⁴¹³ F. HENDRICKX, "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie" in X (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 312.

⁴¹⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 366.

⁴¹⁵ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 528-529.

⁴¹⁶ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 367-368.

constatering dat de *enac*, als civielrechtelijk mechanisme, enerzijds niet altijd tot het gehoopte resultaat leidt en anderzijds te weinig inspeelt op de authenticiteit van het arbeidsrecht.⁴¹⁷

3. Kort geding

183. Overeenkomstig artikel 584, derde lid Ger.W. kan de voorzitter van de arbeidsrechtbank bij voorraad uitspraak doen in gevallen die zij spoedeisend acht, in aangelegenheden die tot de respectieve bevoegdheid van die rechtbank behoort. Hetzelfde geldt voor het arbeidshof.⁴¹⁸ Dergelijke beschikking in kort geding mag evenwel geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf.⁴¹⁹ Gelet op zijn bevoegdheden kan de kortgedingrechter worden bestempeld als de behoeder van de individuele arbeidsovereenkomst.⁴²⁰ Een vordering in kort geding is dan ook een uiterst interessant rechtsmiddel om een voorlopig einde te maken aan een voorgenomen of doorgevoerde eenzijdige wijziging van een overeengekomen arbeidsvoorwaarde die als onrechtmatig wordt ervaren door de werknemer. Een enkele vrees in hoofde van de werknemer wordt voldoende geacht om preventief beroep te doen op een procedure in kort geding.⁴²¹ Daarnaast leent kort geding zich ertoe paal en perk te stellen aan contractuele tekortkomingen,⁴²² uiteraard op voorwaarde dat de kortgedingrechter werd geadieerd overeenkomstig de daartoe voorgeschreven voorwaarden.⁴²³

184. Opdat de kortgedingrechter uitspraak bij voorraad kan doen, beoordeelt hij eerst de urgentievereiste alvorens over te gaan tot de toetsing van de grond van de zaak. De wetgever heeft nagelaten om de term 'spoed' te definiëren, niettemin wordt algemeen aangenomen dat de kortgedingrechter kan tussenkomen wanneer een onmiddellijke beslissing zich opdringt om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen.⁴²⁴ Veelal speelt de vaststelling van de voorzitter van de arbeidsrechtbank dat het voldoende waarschijnlijk is dat er sprake is van een ernstige contractuele tekortkoming of een substantiële eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst een doorslaggevende rol bij de beoordeling van de urgentievereiste. Doorgaans volstaat dergelijke vaststelling om materiële en/of morele schade aan de werkgever toe te rekenen.⁴²⁵

185. Aldus kan de werknemer door middel van de procedure in kort geding de correcte uitvoering van de arbeidsovereenkomst of het behoud van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden vorderen. Onvermijdelijk hierbij is dat de kortgedingrechter de grond van de zaak raakt bij de beoordeling van de rechtmatigheid en de gevolgen van de contractuele wanprestatie en de eenzijdige wijziging. Zijn bevoegdheid strekt niet verder dan het onderzoeken van de rechten van

⁴¹⁷ K. VAN DEN LANGENBERG, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 62-63.

⁴¹⁸ Art. 607 Ger.W.

⁴¹⁹ Art. 1039 Ger.W.

⁴²⁰ K. MORTIER, "De kortgedingrechter en de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 2010, 201.

⁴²¹ Voorz. Arbrb. Brussel 18 januari 2002, nr. 101/2001, *JTT* 2003, 85; Arbr. Brussel 11 mei 2006, *JTT* 2006, 380.

⁴²² Bv. de eenzijdige schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

⁴²³ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 377.

⁴²⁴ B. VANSCHOEBEKE, "De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en het gerechtelijk ingrijpen in de arbeidsvoorwaarden: een evaluatie", *Or.* 2002, 267.

⁴²⁵ Arbh. Brussel 9 maart 2012, *AR* 2012/CB/2, onuitg.; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 377.

de partijen, kennis te nemen van het geschil en dit voorlopig te beoordelen. Evenwel is het hem belet om zich uit te laten over de rechtspositie van de partijen in het beschikkend gedeelte. Sterker, de definitieve vaststelling of de werkgever een ernstige contractuele tekortkoming heeft begaan, dan wel een ongeoorloofde eenzijdige wijziging heeft doorgevoerd, behoort niet tot de bevoegdheid van de kortgedingrechter.⁴²⁶

186. Meermaals heeft de eenzijdige functiewijziging aanleiding gegeven tot een procedure in kort geding.⁴²⁷ Dergelijke eenzijdige wijziging heeft niet enkel een materiële impact op de werknemer, maar ook een morele. De impact van morele schade wordt vandaag de dag niet altijd erkend. Daarnaast vergen vragen over de reïntegratie in de functie, gelijkwaardigheid van de nieuwe functie, het essentieel karakter van de functie,... een grondig onderzoek van de zaak. Dat de kortgedingrechter hiertoe niet bevoegd is en dus met andere woorden uit het vaarwater van de bodemrechter moet blijven, werd al vaker gesteld. Volgens VAN PUYVELDE is deze redenering fout. Indien de voorzitter in zijn voorlopige beoordeling te kennen geeft dat de eenzijdige wijziging op ongeoorloofde wijze werd doorgevoerd, dan is het zijn taak om de voorlopige continuering van de arbeidsovereenkomst te bevelen. Echter moet de nadruk op 'voorlopig' beklemtoond worden. De kortgedingrechter mag namelijk niet zomaar definitief vaststellen dat een onrechtmatige eenzijdige functiewijziging heeft plaatsgevonden. Voorgaande belet evenwel niet dat de voorzitter van de arbeidsrechtbank *prima facie* van oordeel kan zijn dat de werknemer zich op een contractuele wanprestatie in hoofde van de werkgever kan beroepen en dat hij bijgevolg de voortzetting van de arbeidsovereenkomst kan gebieden. Let wel, de beschikking van de kortgedingrechter kan in hoger beroep hervormd worden en retroactief ongedaan gemaakt. Indien de beslissing van de kortgedingrechter daadwerkelijk niet verantwoord blijkt te zijn, dan kan de werkgever die in eerste aanleg de voortzetting van de arbeidsovereenkomst werd opgelegd zich wenden tot de werknemer voor het eventueel nadeel dat hij hierdoor heeft geleden.⁴²⁸ Mijns inziens verdient deze visie navolging.

187. Zo wordt ook gepretendeerd dat de kortgedingrechter onbevoegd is om de opschorting uit te spreken inzake de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Dit vanwege het feit dat de opschorting vereenzelvigd zou worden met de inname van een standpunt over de grond van de zaak en een belemmering zou inhouden van het recht tot eenzijdige verbreking van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.⁴²⁹ Zoals vermeld kan de rechter in kort geding zijn appreciatie geven over de grond van de zaak, zonder hierbij een verklaring op te nemen in zijn beschikking over de rechtspositie van de partijen.⁴³⁰

⁴²⁶ S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 640-641.

⁴²⁷ Bv. Arbh. Brussel, 5 maart 2009, *JTT* 2009, 214.

⁴²⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 382.

⁴²⁹ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 380.

⁴³⁰ P. Taelman, "Het kortgeding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in de jaren '90 alsook enkele procedureaspecten", *P&B* 1997, 266; A. VAN OEVELEN, "Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie" in X (ed.), *XXVIste Postuniversitaire cyclus W. Delva 1999-2000: overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 240.

188. Kortom, door een beroep te doen op een procedure in kort geding is het mogelijk om een voorlopige maatregel op te leggen die de gedwongen uitvoering van de arbeidsovereenkomst garandeert. Ingevolge de preventieve en curatieve functie van het kort geding wordt de werknemer een rechtsmiddel aangereikt om zich te kunnen beschermen tegen voldongen feiten die voortvloeien uit ernstige contractuele tekortkomingen. Een beslissing van de voorzitter van de arbeidsrechtbank mag dan wel een voorlopig karakter hebben, zij kan dermate van aard zijn om een eenzijdige functiewijziging te blokkeren. Zo kan de kortgedingrechter de opschorting van de eenzijdige wijziging uitspreken en dit totdat de partijen tot een akkoord zijn gekomen over de wijziging of totdat de overeenkomst wordt beëindigd.⁴³¹ Een welbepaalde termijn kan eveneens aan de opschorting worden gekoppeld.⁴³²

189. Problematisch is dat de beschikking van de voorzitter van de arbeidsrechtbank zo goed als onmogelijk kan worden afgedwongen. Krachtens art. 1385bis, eerste lid Ger.W. kan geen dwangsom worden opgelegd t.a.v. de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. Zonder dwangsom dreigt het rechterlijk bevel zonder enige sanctie te blijven.⁴³³ Concreet betekent dit dat een werknemer, die geconfronteerd wordt met een werkgever die geen oren heeft naar de beschikking van de kortgedingrechter, terug bij af is en aldus geen pressiemiddel heeft om de werkgever tot inkeer te dwingen.⁴³⁴ Evenwel kan de werknemer nog terugvallen op enkele andere actiemogelijkheden.⁴³⁵ De vraag rijst of de werkgever het risico zal nemen om zonder schroom de beschikking van de kortgedingrechter naast zich neer te leggen. Een beschikking die een eenzijdige functiewijziging verbiedt, indiceert dat de werkgever daadwerkelijk op een ongeoorloofde manier heeft gehandeld. Bovendien kan de werknemer, die geconfronteerd wordt met ontslag door de werkgever als represaille op de beschikking, teruggrijpen naar het willekeurig ontslag of het misbruik van ontslagrecht.⁴³⁶

⁴³¹ Arbrb. Brussel 25 oktober 2007, *JTT* 2008, 1013.

⁴³² Arbh. Brussel 6 september 2012, *JTT* 2013, 117.

⁴³³ D. CUYPERS, "Het injunctierecht staande de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 35-38.

⁴³⁴ K. MORTIER, "De kortgedingrechter en de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 2010, 215; I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 382.

⁴³⁵ Bv. (1) schadevergoeding en moratoire interest voor geleden schade ten gevolge van de vertraging in uitvoering van de arbeidsovereenkomst, (2) impliciet ontslag en (3) gerechtelijke ontbinding.

⁴³⁶ D. CUYPERS, "Het injunctierecht staande de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 39.

4. Gedwongen uitvoering

190. Artikel 1184, tweede lid BW stelt dat "*de partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, heeft de keus om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering onmogelijk is, ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen, met schadevergoeding.*" Aldus heeft de benadeelde werknemer de keuze tussen uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de gerechtelijke ontbinding ervan, met schadevergoeding.

191. Bij het laatste, de gerechtelijke ontbinding, dient het bewijs van een voldoende ernstige tekortkoming te worden geleverd.⁴³⁷ Indien de werknemer opteert voor de verdere gedwongen uitvoering van de arbeidsovereenkomst, dan wordt de loutere niet-nakoming van de arbeidsovereenkomst als afdoend bewijs geacht. Het volstaat namelijk dat art. 1134 BW *juncto* art. 20 Arbeidsovereenkomstenwet werden miskend.

192. Echter dienen we ons af te vragen of de keuze voor een gerechtelijk procedure, die overigens altijd enige tijd in beslag neemt, overeenstemt met wat van een redelijk en voorzichtig werknemer die de bedongen arbeid niet kan verrichten, mag worden verwacht.⁴³⁸ De goede trouw schrijft namelijk voor dat het slachtoffer van een contractuele tekortkoming de gelede schade moet trachten te beperken door alle redelijke maatregelen te nemen, op straffe van vermindering van zijn recht op integraal schadeherstel.⁴³⁹ Door middel van de gerechtelijke procedure wijst de werknemer de werkgever op diens contractuele tekortkoming, maar is dit voldoende? De keuze voor de uitvoering van de overeenkomst en dus van de contractuele relatie heeft immers als uitgangspunt om een effectieve tewerkstelling te realiseren en die kan, mijns inziens, sneller worden bereikt voor de kortgedingrechter.

⁴³⁷ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 515.

⁴³⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 388.

⁴³⁹ M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 1032.

Besluit

193. Ter afronding van dit deel koppelen we terug naar de eerste onderzoeksvraag, meer bepaald naar het tweede deel ervan: *welke bescherming wordt in huidig wettelijk kader geboden aan de werknemer?* Aldus werd in dit deel onderzocht welke actiemiddelen de werknemer kan aanwenden indien hij geconfronteerd wordt met een als ongeoorloofd ervaren wijziging tengevolge van zijn disfunctioneren.

194. Een met dergelijke wijziging geconfronteerde werknemer kan, net als alle andere schuldeisers, een beroep doen op de klassieke actiemiddelen. De enige bijzondere actie die voor hem openstaat is het impliciet ontslag.

Evenwel is gebleken dat de onzekerheid voor de werknemer de rode leidraad vormt wanneer hij zich beroept op één van de hierboven uiteengezette actiemiddelen. Zo bestaat bij de *enac* onzekerheid omtrent de periode van het inkomensverlies en bij het impliciet ontslag omtrent het al dan niet zelf verantwoordelijk worden gesteld voor het ontslag.

Mijns inziens lijkt de procedure in kort geding de meest aangewezen weg voor de werknemer. Deze procedure is namelijk gericht op de continuering van de arbeidsovereenkomst en niet op de beëindiging ervan. Desalniettemin lijkt de procedure onvoldoende ingeburgerd te zijn om als volwaardig actiemiddel te worden beschouwd. Bovendien komt het adiëren van een rechter vaak zwaar op de maag te liggen van de werkgever.

Geconcludeerd moet worden dat zelfs de actiemiddelen die toezien op de correcte naleving van de arbeidsovereenkomst, alsnog kunnen uitmonden in de beëindiging ervan.

ALGEMEEN BESLUIT

Probleemstelling

195. Deze masterscriptie werd gewijd aan de demotie van (oudere) werknemers en het daarmee samenhangende wijzigingsvraagstuk waarin een evenwicht moet worden gevonden tussen het streven naar meer interne functieflexibiliteit in hoofde van de werkgever enerzijds en de bescherming waarop de disfunctionerende werknemer kan rekenen eenmaal hij geconfronteerd wordt met dergelijk streven anderzijds. Naast de beschermende finaliteit van het arbeidsrecht wordt het in overeenstemming brengen van deze tegengestelde werkgevers- en werknemersbelangen gezien als een functie van het hedendaagse arbeidsrecht.

196. Vertrekkend vanuit de constatering dat een arbeidsovereenkomst een overeenkomst is en blijft, heeft ook het gemeen verbintenissenrecht een centrale plaats in dit onderzoek ingenomen. Partijen zijn ertoe gehouden de contractueel overeengekomen afspraken jegens elkaar na te leven. Zo rust op de werkgever de verplichting om het overeengekomen werk aan de werknemer te verschaffen. De bedongen arbeid of functie vormt namelijk het voorwerp van de arbeidsovereenkomst.

Ook het beginsel van de goede trouw vindt zijn oorsprong in het verbintenissenrecht, en heeft zich ontwikkeld tot een objectieve gedragsnorm waarbij partijen bij de uitvoering van de overeenkomst een redelijke houding moeten aannemen, daarbij de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij steeds respecterend. Deze norm staat op gespannen voet met het principe dat de overeenkomst partijen tot wet strekt. Bovendien stelt ook de gezagsverhouding de werknemer in een materieel ongelijke onderhandelingspositie. Het is dan ook wenselijk dat de goedetrouwnorm een invulling krijgt die zich kan identificeren met de beschermende finaliteit van het arbeidsrecht.

Antwoorden op onderzoeksvragen

Onderzoeksvraag 1: over welke mogelijkheden beschikt een werkgever om een (oudere) werknemer te demoveren als blijkt dat de werknemer niet langer in staat is de bedongen arbeid te vervullen? Welke bescherming wordt in huidig wettelijk kader geboden aan de werknemer?

197. Het ontbreekt het Belgische arbeidsrecht aan een algemene regeling omtrent de eenzijdige wijziging van de bestanddelen van de arbeidsovereenkomst. Behalve de twee erkende arbeidsrechtelijke varianten van het *ius variandi*, namelijk het wijzigingsbeding en het *ius dominandi*, kent het Belgische individuele arbeidsrecht geen eenzijdig wijzigingsrecht toe aan de werkgever. Laat staan een eenzijdig wijzigingsrecht t.a.v. de bedongen functie ingeval het disfunctioneren van de werknemer is komen vast te staan.

De beperkende werking van de goede trouw die het de werknemer belet om misbruik te maken van zijn principiële weigeringsrecht, is mijns inziens overigens een ondeugdelijke grondslag voor een eenzijdig wijzigingsrecht in hoofde van de werkgever. Wanneer bij deze opvatting niet gelijktijdig de nadruk wordt gelegd op het feit dat de werkgever de plicht heeft om het wijzigingsvoorstel te onderhandelen, maakt men van die werkgever de eerste beoordelaar van het weigeringsrecht van de werknemer - in de zin van de eenzijdige wijziging die ik doorvoer, moet worden geaccepteerd door een redelijk werknemer - terwijl de werknemer zelf hierover dient te beslissen en niet de werkgever. Desalniettemin wordt nergens in de rechtsleer gewag gemaakt van het feit dat de werkgever de wijziging eerst dient te onderhandelen met de werknemer alvorens hij deze kan doorvoeren. Nochtans doet de term weigeringsrecht van de werknemer het tegendeel vermoeden.

198. De aanvullende werking van de goede trouw, in het bijzonder de heronderhandelingsplicht, reikt een betere grondslag en waarborg aan om de nood aan flexibiliteit te verenigen met de nodige bescherming voor de werknemer. Dit vereist evenwel een verfijning en concretisering van deze heronderhandelingsplicht. Een inspiratiebron hiertoe kan gevonden worden in de toetsingscriteria voor de rechter zoals ontwikkeld in de principiearresten van de Nederlandse Hoge Raad,⁴⁴⁰ evenals in de Nederlandse doctrine. De heronderhandelingsplicht impliceert dat een contractpartij niet onvermurwbaar kan blijven vasthouden aan de uitvoering van de bedongen arbeid. Echter is het beter dat die bedongen arbeid als een mogelijks te heronderhandelen arbeid wordt omschreven. Daar de arbeidsovereenkomst er zich toe leent om variabiliteit in te bouwen, kan variabiliteit ook worden bekomen door het inlassen van een heronderhandelingsplicht in elke arbeidsovereenkomst, die afhankelijk is van toekomstonzekere gebeurtenissen, bijvoorbeeld het disfunctioneren van een (oudere) werknemer, daarbij steunend op artikel 1134, derde lid BW.

⁴⁴⁰ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199; HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

199. De heronderhandelingsplicht is een wederkerig gegeven en rust dus zowel op de werkgever als op de werknemer. Evenwel verengt of verruimt zij de bedongen arbeid niet. Partijen kunnen alleen de bedongen functie wijzigen met wederzijds goedvinden. Aangestipt moet worden dat, lettend op de gezagsverhouding, de situatie waarbij de werkgever en de werknemer van mening verschillen in het voordeel van de werkgever kan worden beslecht, daar hij zijn visie kan doordrukken door met een ontslag te dreigen of effectief over te gaan tot ontslag. Indien de werknemer de mening is toegedaan dat het een onrechtmatig ontslag betreft, moet de zaak worden voorgelegd aan de rechter, die vervolgens moet nagaan a.d.h.v. concrete feiten of de werknemer is tekortgekomen aan zijn heronderhandelingsplicht en hem, in ontkennend geval, een vergoeding moet toewijzen. De meest aangewezen manier hiertoe is wellicht het kennelijk onredelijk ontslag.⁴⁴¹ De rol van de rechter is hierbij cruciaal. Sterker nog, de toepassing van de heronderhandelingsplicht staat of valt met de wijze waarop de rechter de feiten onderzoekt en toetst. Hij kan ten volle toetsten aan de norm van artikel 1134 BW dat handelt over de aanvullende werking van de goede trouw. Het is uit den boze dat de werknemer geslachtofferd wordt als gevolg van het negeren of de incorrecte naleving van de heronderhandelingsplicht door de werkgever. Als laatstgenoemde hieraan tekortkomt en de werknemer bijgevolg zijn werk kwijtraakt, lijdt hij schade die niet wordt gedekt door een opzeggingsvergoeding. De heronderhandelingsplicht is erop gericht om de arbeidsrelatie voort te zetten, niet op de beëindiging ervan.

200. De *prima facie* voorkeur van het Hof van Cassatie voor de bindende kracht van de overeenkomst ten spijt, worden werknemers in de praktijk alsnog geconfronteerd met eenzijdige wijzigingen die zij als onrechtmatig beschouwen. Van de werknemer wordt dan verwacht dat hij binnen een redelijke bedenktijd reageert. Dit is minder simpel dan het lijkt. De werknemer wordt per slot van rekening geconfronteerd met tal van prangende vragen. Heeft de wijziging betrekking op een bijkomstig of essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst? Betreft het bovendien een belangrijke eenzijdige wijziging? Welke actiemiddelen zijn voorhanden? Etc.

Het merendeel van de actiemiddelen die de werknemer kan aanwenden, dirigeren hem naar de beëindiging van de arbeidsrelatie of worden benut om de periode tot die beëindiging te overbruggen. Aldus wordt de werknemer geen echte bescherming geboden. Bovendien bezit hij geen pressiemiddelen. Helemaal problematisch is het geval waarbij zijn verzoek om de eenzijdige wijziging te kwalificeren als een impliciet ontslag wordt afgewezen, daar hij een groot financieel risico neemt.

⁴⁴¹ Art. 8-10 CAO Nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag.

Onderzoeksvraag 2: in hoeverre kan een vlottere functiewijziging in huidig wettelijk kader worden verwezenlijkt of dient een tussenkomst van de wetgever soelaas te bieden?

201. Het huidig Belgische arbeidsovereenkomstenrecht kent de werkgever de meeste flexibiliteit toe in de vorm van een contractueel wijzigingsrecht. Behoudens de nietigheid van het wijzigingsbeding vaststaat of de werkgever zijn wijzigingsrecht abusievelijk aanwendt, kan de werknemer de beoogde wijziging niet tegenhouden. Dit wijzigingsrecht is echter begrensd tot bijkomstige bestanddelen en vormt bijgevolg geen grondslag om een 'echte' demotie op te steunen in geval van disfunctioneren. Daar de draagwijdte van het contractueel wijzigingsrecht tekortkomt, kan enkel een demotie worden doorgevoerd mits instemming van de disfunctionerende werknemer.

202. Weliswaar biedt de leer van het marginaal wijzigingsrecht gesteund op de beperkende werking van de goede trouw en het daarmee samenhangend rechtsmisbruikverbod de werkgever de mogelijkheid om de bedongen functie eenzijdig te wijzigen, maar slechts in zeer beperkte mate. Alleen het beginsel van de goede trouw als open norm komt mijns inziens in aanmerking om een vlottere functiewijziging in geval van disfunctioneren in huidig wettelijk kader te verwezenlijken. Echter verschaft de uit de goede trouw voortvloeiende heronderhandelingsplicht de werkgever geen bijkomende mogelijkheid om de bedongen functie eenzijdig te wijzigen.

203. De arbeidsovereenkomst wordt gekenmerkt door een dynamisch en langdurig karakter. Dit houdt in dat partijen bij gewijzigde omstandigheden - een werknemer die niet langer voldoet aan de eisen van het functieniveau - een heronderhandelingsplicht hebben. Voor de invulling van die heronderhandelingsplicht kan Nederland als inspiratiebron fungeren. Mijns inziens kan een Belgisch leerstuk inzake goed werkgever- en goed werknemerschap tot een herbronning van het Belgische arbeidsrecht leiden. Het wijzigingsvoorstel als reactie op het disfunctioneren moet redelijk zijn. De hieronder vermelde criteria zouden minstens altijd overwogen moeten worden:

- kan de werkgever het disfunctioneren aantonen?
- is het disfunctioneren van de werknemer op expliciete wijze meegedeeld tijdens beoordelings- of functioneringsgesprekken?
- werd de werknemer in gelegenheid gesteld een verbetertraject te doorlopen?
- werd hem een redelijk voorstel tot functie- en loonwijziging gedaan na falen van verbetertraject?
- werd een voldoende lange overgangsregeling in acht genomen zodat de werknemer zich kan aanpassen of voorbereiden aan/op de nieuwe werksituatie?

Met deze leidraad krijgen partijen een stuk meer zekerheid. De rechter dient aangehaalde criteria tenminste te betrekken in zijn beoordeling en de niet-naleving ervan afdoende te sanctioneren. Dit vereist weliswaar een mentaliteitswijziging bij rechters. Duidelijkheid omtrent het al dan niet aanvaarden van een wijzigingsvoorstel waarbij het disfunctioneren van de werknemer de onderliggende reden is, zal de rechtspraak een stuk transparanter maken. Het biedt partijen houvast en meer rechtszekerheid. De rechtspraak die zich zal ontwikkelen, zal wellicht mee hun attitude beïnvloeden.

Onderzoeksvraag 3: slaagt het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht erin om het streven van de werkgever naar interne flexibiliteit ingeval van disfunctioneren te verzoenen met de beschermingsbehoefte van de werknemer? Zo niet, welke maatregelen zijn nodig om deze balanceeroefening tot een goed einde te brengen?

204. Volstaat een adequate toepassing van het beginsel van de goede trouw om de rechten van partijen, in het bijzonder die van de werknemer, te beschermen? Dat het belang van de goede trouw niet mag worden onderschat, bewijst het antwoord op de tweede onderzoeksvraag. Mits de nodige verfijning en uitdieping kan de goede trouw immers de flexibiliteits- en beschermingsbehoefte in balans brengen. Een heroriëntering naar een open norm komt hiervoor enkel in aanmerking. De soepelheid van de norm kan namelijk gecombineerd worden met duidelijke consignes en grenzen voor partijen en rechters. Tegelijkertijd staat een open norm open voor ontwikkeling. Vanuit rechtszekerheidsoverwegingen verdient de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst terecht navolging. Evenwel geeft mijn visie geen aanleiding tot het ontstaan van spanningen tussen de goede trouw en de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst vanwege het feit dat overeenstemming steeds vereist blijft.

Een eerste stap in de goede richting zou minstens de verfijning, of beter, een evolutie in de interpretatie van artikel 1134, derde lid BW door de rechtsleer en rechtspraak zijn. Nog beter zou een introductie van de goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht zijn, waardoor mogelijks het pad kan geëffend worden om het zo gezochte evenwicht tussen de tegenstrijdige werkgevers- en werknemersbelangen te volbrengen.

Voorstel 1 de lege ferenda - minimum minimorum

205. Met dit eerste voorstel wil ik de wetgever suggereren om niet langer ongevoelig te blijven voor de doorgemaakte ontwikkelingen in rechtsleer en rechtspraak. Het huidige wettelijke kader slaagt er niet in om, enerzijds, de werknemer afdoende te beschermen in een arbeidsrelatie die alsmaar flexibeler wordt, en anderzijds, de werkgever de nodige wijzigingsruimte te verlenen om aan zijn flexibiliteitsbehoefte te voldoen. Een tussenkomst van de wetgever is noodzakelijk. Specifieke, toereikende regelgeving is daarbij onontbeerlijk. Daarom bepleit ik in dit eerste voorstel voor een minimale 'dienstverlening' van de wetgever, in die zin dat hij tegemoetkomt aan doorgemaakte evoluties in rechtsleer en rechtspraak. Een integratie van de goede trouw in de Arbeidsovereenkomstenwet, een modernisering van artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet en een wettelijke verankering van het impliciet ontslag lijken mij alleszins het *minimum minimorum*.

206. Het volstaat om één bijkomend lid toe te voegen aan artikel 16 van hoofdstuk II. Verplichtingen der partijen, van titel I van de Arbeidsovereenkomstenwet:

"Werkgever en werknemer zijn elkander eerbied en achting verschuldigd.

Gedurende de uitvoering van de overeenkomst moeten zij de welvoegelijkheid en de goede zeden in acht nemen en doen in acht nemen.

Zij moeten de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uitvoeren."

MvT

Deze privaatrechtelijke geïnspireerde vorm van de goede trouw heeft mijns inziens bestaansrecht in het arbeids(overeenkomsten)recht. De introductie van de goede trouw in de Arbeidsovereenkomstenwet is volstrekt nuttig. Dit bewijst de rechtsvergelijking met Frankrijk en Nederland, alwaar de goede trouw als arbeidsrechtelijk principe reeds enige tijd ingeburgerd is. Deze bijzondere wettelijke bepaling, die de grondslag vormt voor de rechten en plichten die uit de uitvoering ter goeder trouw van de arbeidsovereenkomst voortvloeien, vergroot en versterkt het draagvlak van de goede trouw. Bovendien effent deze bepaling wellicht het pad om de tegengestelde werkgevers- en werknemersbelangen in overeenstemming te brengen.

207. Een tweede heikel punt betreft artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet. Ik pleit er echter niet voor om het artikel op te heffen, maar te moderniseren zodat de contouren van het wijzigingsrecht van de werkgever duidelijk zijn aangegeven. Het artikel zou als volgt luiden:

"§1. Noch de werkgever, noch de werknemer hebben het recht om bijkomstige of essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen.

In afwijking van het eerste lid, heeft de werkgever het recht eenzijdig de niet-overeengekomen arbeidsomstandigheden te bepalen.

§2. Nietig is het beding dat betrekking heeft op de wijziging van de essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen."

MvT

§1. Het eerste lid bevestigt het principe van de verbindende kracht van de overeenkomst. Of een bestanddeel als essentieel kan worden aangemerkt, hangt af van de kwalificatie - objectief dan wel subjectief - die de partijen eraan geven. Eensgezindheid bestaat in ieder geval omtrent het essentiële karakter van de bestanddelen loon, functie en arbeidstijd.

Het tweede lid stelt dat de werkgever t.a.v. de niet-overeengekomen arbeidsvoorwaarden over een ius dominandi beschikt.

§2. Deze bepaling betreft de door het Hof van Cassatie gegeven interpretatie aan artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet als in het arrest van 14 oktober 1991.

208. Tenslotte bepleit ik een wettelijke verankering van de figuur van het impliciet ontslag als ontwikkeld door (cassatie)rechtspraak. Uitgaande van de weinig benijdenswaardige positie waarin een werknemer zich bevindt die het voorwerp van een ongeoorloofde eenzijdige wijziging meent te zijn, kan mijns inziens gesteld worden dat een wettelijke regeling van het impliciet ontslag niet irreëel is. Het inroepen van het impliciet ontslag houdt een risicovolle onderneming in voor de disfunctionerende werknemer. Een foute inschatting leidt er namelijk mogelijks toe dat hij ten onrechte de impliciete beëindiging in hoofde van de werkgever vaststelt, met alle gevolgen van dien. Een meer coherente regeling van deze situatie ten bate van de rechtszekerheid van de werknemer is daarom niet langer een surreëel gegeven.

209. Vanuit deze optiek is het noodzakelijk een specifieke wetsbepaling aangaande het impliciet ontslag toe te voegen aan hoofdstuk IV. Einde van de overeenkomst, van titel I Arbeidsovereenkomstenwet. Het artikel zou als volgt luiden:

"§1. Een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kan door de rechter beschouwd worden als een onrechtmatig ontslag, toerekenbaar aan de werkgever.

Opdat het ontslag ten gevolge van een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kan toegerekend worden aan de werkgever, dient de werknemer zich binnen een redelijke bedenktijd te beroepen op het ontslag. In dat geval neemt de arbeidsovereenkomst een einde op het ogenblik dat de werknemer het ontslag inroept en dit ter kennis brengt van de werkgever per aangetekende zending of zending tegen ontvangstbewijs.

§2. Het ten onrechte of laattijdig inroepen van het ontslag in de zin van § 1, heeft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn, zonder dringende reden, tot gevolg.

§3. Een foutieve inschatting van het ontslag in de zin van § 1 door de werknemer zonder daarbij bewezen is dat hij handelde met het oogmerk om zich te onttrekken aan de bepalingen van deze wet aangaande de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, kan de rechter doen besluiten dat de werknemer niet is gehouden tot betaling van de vergoedingen bepaald in de artikelen 39 en 40."

MvT

§1. Bevestigt de stand van de huidige cassatierechtspraak omtrent de jurisprudentieel ontwikkelde figuur van het impliciet ontslag. Het koppelen van formele vereisten aan het inroepen van het impliciet ontslag, biedt zekerheid omtrent het tijdstip van ontslag. In navolging van VAN PUYVELDE wordt geopteerd om deze vereisten niet te beperken tot de per post aangetekende brief, maar uit te breiden met zowel de elektronische aangetekende zending als een zending per fax of elektronische post, mits dit een ontvangstbewijs oplevert namens de geadresseerde.⁴⁴² Eens het

⁴⁴² I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 434.

ontslag is ingeroepen, is de beëindiging definitief.⁴⁴³ Naderhand geleverde prestaties doen hier geen afbreuk aan, behoudens wilsovereenstemming bestaat om het ontslag als onbestaande aan te merken.⁴⁴⁴

§2. De werknemer moet het impliciet ontslag binnen een redelijke bedenktijd inroepen. Of hij het al dan niet laattijdig heeft ingeroepen, betreft een feitenkwesitie die ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd. Er is bewust niet gekozen voor een vaste termijn omdat het aanvangstijdstip, namelijk de eenzijdige wijzigingsbeslissing, in bepaalde gevallen niet duidelijk vast te stellen is. Bovendien moeten partijen de ruimte worden geboden om het dispuut onderling te regelen. Voldoende tijd om te onderhandelen vermijdt wellicht overhaaste beslissingen en procedures. In tegenstelling tot een (wellicht te korte) vaste termijn, waarbij amper tijd is om in overleg te treden.

§3. Heeft tot doel de bestaande risico's te remediëren waarmee de werknemer geconfronteerd wordt bij het inroepen van het impliciet ontslag. Het is de rechter toegelaten de foutieve inschatting van de werknemer in aanmerking te nemen, daarbij steeds uitgaande van de goede trouw van de partijen. Deze bepaling veronderstelt dat de werknemer niet de wil heeft om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, of de inschattingsfout nu groot of klein is. Aldus verschaft deze bepaling de rechter de mogelijkheid om de oprechtheid van het beroep op het impliciet ontslag, en dus de goede trouw van de partij die zich erop beroept, te toetsen.⁴⁴⁵

Voorstel 2 de lege ferenda - arbeidsrechtelijke vertaling goede trouw en bemiddeling

210. Een eerste onderdeel van dit voorstel betreft het inschrijven van een aan het arbeidsrecht geadapteerde vorm van de goede trouw. Ook hier opteer ik om één bijkomend lid toe te voegen aan artikel 16 van hoofdstuk II. Verplichtingen der partijen, van titel I van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het bijkomend lid zou als volgt luiden:

"Zij zijn verplicht zich te gedragen zoals het een goed werkgever en een goed werknemer betaamt."

MvT

Deze bepaling betreft de quasi letterlijke overname van artikel 7:611 Nederlands BW. Een vergelijking met Nederland leert ons dat een arbeidsrechtelijke vertaling van de gemeenrechtelijke goede trouw bestaansrecht heeft in het arbeidsrecht. De eis van goed werkgever- en goed werknemerschap uit artikel 7:611 BW is in Nederland, zoals geïnterpreteerd door de Hoge Raad, een van de belangrijkste gronden om een wijziging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever te realiseren. Sterker, het is de belangrijkste grondslag om een demotie vanwege

⁴⁴³ Cass. 16 juni 1976, JTT 1976, 349.

⁴⁴⁴ Arbh. Brussel 16 november 2012, JTT 2013, 147.

⁴⁴⁵ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 435.

disfunctioneren te onderhandelen. Het artikel werkt namelijk volgens het principe van aanbod en aanvaarding en legt een heronderhandelingsplicht op.

Het inschrijven in de Arbeidsovereenkomstenwet van deze aan Nederland ontleende bepaling die refereert naar het leerstuk van goed werkgever- en goed werknemerschap kan mijns inziens leiden tot een hertekening van het arbeidsrechtelijk landschap. Een raamwerk waarin de afweging van werknemers- en werkgeversbelangen en het streven naar redelijke evenwichtigheid een centrale plaats inneemt, laat toe de arbeidsrelatie te flexibiliseren en diens dynamische aard te valoriseren.

Ook vormt deze bepaling een grondslag voor de aanvullende heronderhandelingsplicht bij arbeidsovereenkomsten van lange duur. Het opduiken van gewijzigde omstandigheden op het werk is nu eenmaal inherent verbonden aan de arbeidsovereenkomst. Daarom kan een Belgisch leerstuk inzake goed werkgever- en goed werknemerschap, waarin de nadruk wordt gelegd op overleg en onderhandelen tussen de werkgever en werknemer, alleen maar positief onthaald worden.

Aldus draagt een Belgische bepaling van goed werkgever- en goed werknemerschap een enorm potentieel in zich om een ruggensteun voor partijen te vormen en om de kerngedachte van deze masterscriptie, namelijk het verzoenen van het streven naar meer flexibiliteit van de werkgever in het algemeen en specifiek ingeval van disfunctioneren van de werknemer met de beschermingsbehoefte van laatstgenoemde, te bewerkstelligen.

211. Uitgaande van het feit dat de goede trouw de werkgever en de werknemer een heronderhandelingsplicht oplegt, lijkt mijns inziens een gedegen uitdieping van bemiddeling bij geschillen die de wijziging van de arbeidsovereenkomst tot voorwerp hebben een interessante denkpiste. Evenwel moet aangestipt worden dat het bevorderen van bemiddeling kadert in een ruimere hervorming van de (gerechtelijke) bemiddeling. Dit voorstel wil bemiddeling als logisch alternatief voor de traditionele rechtsgang verankeren en versterken. Het moet zorgen voor een ommezwaai in het gerechtelijk landschap, in die zin dat de rechter nog enkel fungeert als *ultimum remedium*.

212. Het ontbreekt België aan een echte cultuur van minnelijke schikkingen. Dit manco veruiterlijkt zich ook op het gebied van arbeidsgeschillen, daar België de verplichte minnelijke schikking ervan niet erkent. Artikel 731 Ger.W. stelt dat, behoudens in de gevallen bij de wet bepaald, de poging tot minnelijke schikking niet verplicht kan worden gesteld. Met toepassing van artikel 734 Ger.W. moet elk debat in een arbeidsrechtelijk geding betreffende een van de vorderingen genoemd in artikel 578, op straffe van nietigheid, worden voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking die op het zittingsblad wordt aangetekend. Echter blijkt de obligatoire verzoeningspoging van artikel 734 Ger.W. in praktijk nutteloos te zijn.⁴⁴⁶ Bovendien kent deze verzoeningspoging pas uitwerking na de aanhangigmaking en de inleiding van de zaak.

⁴⁴⁶ J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek gerechtelijk recht*, 4de editie, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2016, 114-122.

Met andere woorden, artikel 734 Ger.W. verplicht de partijen niet om een verzoeningspoging te ondernemen voorafgaandelijk aan de inleiding van de zaak.⁴⁴⁷

213. Ook mogen werkgevers en werknemers overeenkomstig artikel 13 Arbeidsovereenkomstenwet zich niet vooraf verbinden geschillen die uit de overeenkomst kunnen ontstaan, aan scheidsrechters voor te leggen. In tegenstelling tot het scheidsrechterlijk beding, kan een bemiddelingsbeding wel overeenkomstig artikel 1725, § 1 Ger.W.⁴⁴⁸ Geen enkele bepaling sluit het bemiddelingsbeding namelijk uit.

214. Vanuit de veronderstelling dat de goede trouw een heronderhandelingsplicht oplegt, lijkt het invoeren van een obligatoire bemiddeling bij geschillen over de wijziging van de arbeidsovereenkomst een interessante piste. Nogmaals, het bevorderen van bemiddeling kan enkel kaderen in een grotere hervorming van de (gerechtelijke) bemiddeling. Hiervoor zullen de geesten rijp moeten worden gemaakt. Dit rijpingsproces kan mogelijks versneld worden door een kijkje te nemen bij onze noorderburen. Men zou zich kunnen laten inspireren door het Nederlands wetsvoorstel Wet bevordering mediation in het burgerlijk recht.⁴⁴⁹

Met dit wetsvoorstel wordt getracht om de positie van mediation in het burgerlijk recht te versterken en verankeren, en also als een volwaardig alternatief te fungeren voor de traditionele rechtspraak. Tevens bepaalt het voorstel dat het inleidende processtuk een mededeling bevat of mediation is beproefd. Zo niet, moet de reden worden opgegeven waarom geen mediation werd toegepast. Partijen dienen zich aldus actief rekenschap te geven van de mogelijkheid van mediation voorafgaand aan het starten van de gerechtelijke procedure. Indien de rechter van oordeel is dat partijen ten onrechte niet hebben overwogen om gebruik te maken van mediation, kan hij daaraan de conclusie verbinden dat een verwijzing naar een geregistreerde mediator (erkend bemiddelaar) aangewezen is. Tot slot bepaalt het voorstel dat een uitdrukkelijk overeengekomen mediationbeding bindend is als zij voldoende duidelijk en concreet is geformuleerd. In dergelijk geval is het de partijen verplicht mediation toe te passen alvorens de rechter zich over het geschil uitspreekt.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 361; Arbrb. Hasselt 21 oktober 2013, AR 2122788.

⁴⁴⁸ Art. 1725, §1 Ger.W.: "*Elke overeenkomst kan een bemiddelingsbeding bevatten, waarbij partijen zich ertoe verbinden voor eventuele geschillen in verband met de geldigheid, totstandkoming, uitlegging, uitvoering of verbreking van de overeenkomst eerst een beroep te doen op bemiddeling en pas dan op elke andere vorm van geschillenbeslechting.*"

⁴⁴⁹ Wetsvoorstel (G.A. VAN DER STEUR) tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), *Kst.* 2013-014, nr. 33723-2.

⁴⁵⁰ MvT wetsvoorstel (G.A. VAN DER STEUR) tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), 14-15, file:///C:/Users/Eigenaar/Downloads/MvT%20bij%20Wet%20bevordering%20mediation%20versie%20consultatie%2013%20juli%202016%20(1).pdf.

Voorstel 3 de lege ferenda - wettelijke regeling demotie wegens disfunctioneren

215. Een meer verregaand voorstel is het inschrijven van een wettelijke regeling van demotie wegens disfunctioneren op initiatief van de werkgever in de Arbeidsovereenkomstenwet. Dit voorstel sluit, mijns inziens, aan bij de kerngedachte van deze masterscriptie, namelijk het verenigen van de beschermingsbehoefte van de disfunctionerende werknemer met het streven van de werkgever naar meer flexibiliteit in de arbeidsrelatie. Het artikel zou als volgt kunnen luiden:

"§1. De werkgever kan het disfunctioneren van de werknemer inroepen als redelijke grond voor demotie en hem binnen een redelijke termijn herplaatsen, al dan niet met behulp van scholing, in een lagere passende functie.

Het disfunctioneren van de werknemer als bedoeld in lid 1 vormt een redelijke grond indien:

- a. de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen functie niet te wijten is aan ziekte of gebreken van de werknemer;*
- b. de werkgever de werknemer tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren;*
- c. de ongeschiktheid niet te wijten is aan onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer.*

§2. Een werknemer die geconfronteerd wordt met een voorstel tot demotie kan deze voorwaardelijk aanvaarden en binnen een termijn van drie weken voorleggen aan de voorzitter van de arbeidsrechtbank om de redelijkheid van de demotie te laten toetsen.

Indien de rechter het voorstel tot demotie redelijk acht, dan geldt vanaf de voorwaardelijke aanvaarding de nieuwe overeenkomst.

Vanaf de ingangsdatum van de demotie blijft het loon voor een periode van vier maanden ongewijzigd. Na een periode van vier maanden wordt voor het verschil in loon een compensatie toegekend, waarvan de duur en afbouw in redelijke verhouding staan tot het te overbruggen verschil.

Indien de rechter het voorstel tot demotie niet redelijk acht, dan blijft tussen partijen ex tunc de oude overeenkomst gelden.

MvT

§1. Deze paragraaf stelt als algemene regel dat demotie wegens disfunctioneren van de werknemer geoorloofd is, indien daartoe een redelijke grond voorhanden is. Om te beoordelen of sprake is van een redelijke grond voor demotie wegens disfunctioneren werden in deze bepaling drie concrete voorwaarden opgenomen die nakoming vereisen alvorens de werkgever een voorstel tot demotie kan formuleren. Het is dus in eerste instantie de werkgever die beoordeelt of de werknemer nog voldoet aan de functie-eisen en of het vermeend disfunctioneren een reden vormt voor demotie. Dit doet m.i. echter geen afbreuk aan de rechtszekerheid in hoofde van de werknemer, daar voornoemde voorwaarden cumulatief vervuld moeten zijn. Er zal geenszins sprake zijn van redelijkheid wanneer het vermeend disfunctioneren van de ene op de andere dag ter ore komt van de werknemer, onvoldoende inspanningen door de werkgever zijn geleverd om het disfunctioneren

te verbeteren of onvoldoende aandacht aan scholing van de werknemer werd geschonken door de werkgever. Deze voorwaarden zijn geïnspireerd op artikel 7:669, derde lid, d) Nederlands BW.

§2. Deze paragraaf betreft de voorwaardelijke aanvaarding van het voorstel tot demotie door de werknemer.⁴⁵¹ Dit impliceert dat de werknemer het voorstel voorwaardelijk aanvaardt en binnen een termijn van drie weken kan voorleggen aan de rechter om de redelijkheid ervan te laten beoordelen. M.i. bevordert deze mogelijkheid de rechtsbescherming van de werknemer. Hij hoeft immers niet voor zijn job te vrezen indien hij de redelijkheid van het voorstel tot demotie wil laten toetsen, sterker nog, hij kan via de voorwaardelijke aanvaarding zijn job veiligstellen en daarna alsnog door een onafhankelijke instantie laten bepalen of de aanvaarding van het voorstel tot demotie van hem kan worden gevergd.

De bevoegde instantie hiertoe is de arbeidsrechtbank. Ook is het aangewezen deze redelijkheidsbeoordeling snel te laten verlopen. M.i. leent de procedure in kort geding, overeenkomstig artikel 584 Ger.W., zich hiervoor het beste. Dergelijke procedure kan immers de vereiste 'snelheid' combineren met een beslissing ten gronde over het voorstel tot demotie.

Ten slotte ijver ik in deze paragraaf voor een redelijke afbouwregeling van het loon, daar de demotie een functie- en loonsverlaging impliceert. Indien de rechter van oordeel is dat de aanvaarding van het voorstel tot demotie kan gevergd worden van de werknemer, behoudt hij de daaropvolgende vier maanden zijn oorspronkelijk loon. Dit laat de werknemer toe om zich voor te bereiden op de financiële gevolgen die demotie met zich meebrengt. Na afloop van die vier maanden wordt voorzien in een afbouwregeling waarvan de duur wordt afgestemd op het te overbruggen verschil in loon. Bij het bepalen van de duur van de afbouwregeling moet rekening worden gehouden met de anciënniteit van de werknemer in de onderneming waar hij is tewerkgesteld. Binnen de duur van de afbouwregeling wordt tevens voorzien in redelijke tussenstappen waardoor wordt voorkomen dat in korte tijd te grote verschillen ontstaan. Bijvoorbeeld: na een periode van vier maanden wordt voor het verschil in loon een compensatie toegekend, die in het eerste jaar 75 procent van het verschil in brutoloon bedraagt en die vervolgens elk jaar met 25 procent wordt verminderd. Hierdoor bedraagt de afbouwregeling drie jaar.

⁴⁵¹ Deze mogelijkheid heeft in de Nederlandse doctrine aanhangers. Zie bijvoorbeeld N. GUNDT, "De Hoge Raad en het wijzigingsontslag", ArA 2011, 3, 64-65.

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

België

- Burgerlijk Wetboek.
- Gerechtelijk Wetboek.
- Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978.
- Wet 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in ondernemingsraden en in comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, *BS* 29 maart 1991.

- Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32bis 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens de overeenkomst en tot regeling van de recht van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement, *BS* 9 augustus 1985.
- Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 12 februari 2014 betreffende de motivering van ontslag, *BS* 20 maart 2014.

Frankrijk

- Code Civil.
- Code du Travail.

- Ordonnance du 10 février 2016 portant du droits des contrats, du régime et de la preuve des obligations, *JORF* 11 februari 2016.

Nederland

- Burgerlijk Wetboek.
- Wet 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, *Stb.* 2014 no. 216.

- Regeling van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 11 mei 2015, nr. 12685.

- Regeling van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (Regeling UWV ontslagprocedure), *Stcrt.* 11 mei 2015, nr. 12688.
- Wetsvoorstel (G.A. VAN DER STEUR) tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), *Kst.* 2013-014, nr. 33723-2.
- NEDERLANDSE SOCIAAL-ECONOMISCHE RAAD (SER), *advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingraad*, 20 mei 1994, nr. 6, https://www.ser.nl/~media/db_adviezen/1990_1999/1994/b02207.ashx

Rechtspraak

België

- Cass. 7 januari 1966, *RW* 1965-66, 1845.
- Cass. 27 januari 1971, *Arr. Cass.* 1971, 514.
- Cass. 10 september 1971, *Pas.* 1972, 28.
- Cass. 16 juni 1976, *JTT* 1976, 349.
- Cass. 5 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 487.
- Cass. 22 juni 1978, *RW* 1978-79, 1443.
- Cass. 4 september 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1.
- Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 544.
- Cass. 7 januari 1980, *RW* 1980-81, 1214.
- Cass. 14 april 1980, *RW* 1980-81, 979, met conclusie adv.-gen LENAERTS.
- Cass. 1 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 361.
- Cass. 8 januari 1981, *Pas.* 1981, 495.
- Cass. 23 maart 1981, *Pas.* 1981, 787.
- Cass. 15 februari 1982, *RW* 1982-83, 2209.
- Cass. 28 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1367.
- Cass. 7 februari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 740.
- Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52.
- Cass. 26 maart 1984, *Bull.* 1984, 868.
- Cass. 26 maart 1984, *RW* 1984-85, 1869.
- Cass. 27 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 156.
- Cass. 21 april 1986, *JTT* 1986, 501.
- Cass. 12 januari 1987, *JTT* 1987, 428.
- Cass. 18 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1441.
- Cass. 19 november 1987, *RW* 1987-88, 1060.
- Cass. 27 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1423.
- Cass. 18 december 1989, *TSR* 1990, 22.

- Cass. 21 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 679.
- Cass. 14 maart 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 735.
- Cass. 14 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 145, concl. H. LENAERTS.
- Cass. 1 februari 1993, *Soc.Kron*, 304.
- Cass. 17 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 504.
- Cass. 20 december 1993, *Arr. Cass.* 1993-94, 1085.
- Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE.
- Cass. 7 maart 1994, *Soc.Kron.* 1994, 160, noot W.R.
- Cass. 23 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1247.
- Cass. 6 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1088.
- Cass. 30 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1083.
- Cass. 27 oktober 2000, *RW* 2001-02, 24.
- Cass. 18 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, 2029.
- Cass. 18 december 2000, *Soc.Kron.* 2001, 260.
- Cass. 4 februari 2002, *JTT* 2002, 121.
- Cass. 4 februari 2002, *AJT* 2001-02, 1033, noot L. MONSEREZ.
- Cass. 15 maart 2002, *JTT* 2002, 814.
- Cass. 17 juni 2002, *JTT* 2002, 417.
- Cass. 25 maart 2005, *RW* 2005-06, 63.
- Cass. 13 juni 2005, *JTT* 2006, 29.
- Cass. 23 maart 2006, *RW* 2006-07, 874, noot A. VAN OEVELEN.
- Cass. 11 september 2006, *Arr. Cass.* 2006, 1685.
- Cass. 7 mei 2007, *RW* 2007-08, 1673, noot W. RAUWS.
- Cass 11 februari 2008, *JTT* 2008, 250.
- Cass. 11 oktober 2010, AR S.09.0117.F, onuitg.
- Cass. 11 oktober 2010, *Arr. Cass.* 2010, 2443.
- Cass. 16 september 2013, *JTT* 2013, 433.
- Cass. 19 januari 2015, *JTT* 2015, 233.

- Arbh. Antwerpen 1 juni 1979, *JTT* 1980, 143.
- Arbh. Antwerpen 10 maart 1980, *JTT* 1987, 155.
- Arbh. Luik 2 december 1980, *JL* 1981, 209.
- Arbh. Antwerpen 18 december 1980, *RW* 1980-81, 2405.
- Arbh. Brussel 10 maart 1981, *TSR* 1981, 224.
- Arbh. Luik 22 maart 1982, *JTT* 1983, 224.
- Arbh. Luik 23 mei 1984, *TSR* 1985, 326.
- Arbh. Brussel 22 mei 2002, *Soc.Kron.* 2003, 182.
- Arbh. Brussel, 5 maart 2009, *JTT* 2009, 214.
- Arbh. Bergen 26 juni 2009, onuitg.
- Arbh. Brussel 28 mei 2010, AR 2005/AB/47.044, onuitg.
- Arbh. Brussel 1 oktober 2010, *JTT* 2011, 122.
- Arbh. Brussel 8 november 2010, *JTT* 2011, 117.

- Arbh. Brussel 9 maart 2012, AR 2012/CB/2, onuitg.
- Arbh. Brussel 28 juni 2012, *Soc.Kron.* 2014, 510.
- Arbh. Brussel 29 juni 2012, AR 2011/AB/959.
- Arbh. Brussel 6 september 2012, *JTT* 2013, 117.
- Arbh. Brussel 16 november 2012, *JTT* 2013, 147.
- Arbh. Brussel 6 maart 2015, AR 2014/AB/109, *Nieuwsbrief Arbeidsrecht* 2015, afl. 9, samenvatting E. ANKAERT.

- Rb. Bergen 4 maart 1988, *JTT* 1989, 479.
- Rb. Hasselt 23 december 2002, *RW* 2004-05, 1108.

- Arbrb. Brussel 1 juli 1980, *JTT* 1982, 112.
- Arbrb. Gent 19 december 1996, *TGR* 1996, 168.
- Arbrb. Brussel 11 mei 2006, *JTT* 2006, 380.
- Arbrb. Brussel 25 oktober 2007, *JTT* 2008, 1013.
- Arbrb. Hasselt 21 oktober 2013, AR 2122788.

- Voorz. Arbrb. Brussel 18 januari 2002, nr. 101/2001, *JTT* 2003, 85.

Frankrijk

- Cass. soc., 21 januari 1987, *Bull.* nr.33.
- Cass. soc. 8 oktober 1987, *Dr.soc.* 1988, 141.
- Cass. soc. 22 mei 1996, *inédit.*
- Cass. soc. 10 juli 1996, *Bull V*, nr. 278, 196.
- Cass. soc. 10 juli 1996, *Dr.soc.* 1996, 976-977.
- Cass. soc. 29 januari 1997, *Bull V*, nr. 38, 25.
- Cass. soc. 12 juli 1999, *inédit.*
- Cass. soc. 14 juni 2000, *Bull V*, nr. 228, 178.
- Cass. soc. 24 oktober 2000, *inédit.*
- Cass. soc. 23 januari 2001, *Bull V*, nr. 18, 11.
- Cass. soc. 27 februari 2001, *Dr.soc.* 2001, 514, noot C. RADE.
- Cass. soc. 7 oktober 2003, nr. 2186, onuitg.
- Cass. soc. 17 december 2003, nr. 2690, onuitg.
- Cass. soc. 6 juli 2004, nr. 02-42642, onuitg.
- Cass. soc. 7 juli 2004, *inédit.*
- Cass. soc. 13 juli 2004, *inédit.*
- Cass. soc. 29 september 2004, nr. 1774, onuitg.
- Cass. soc. 11 januari 2006, *RJS* 2003-3, nr.304.

Nederland

- HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261.
- HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486.
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.
- HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704.
- HR 9 september 1994, *NJ* 1995/113.
- HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.
- HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199, conclusie A.G. Strikwerda.
- HR 4 december 1998, *JAR* 1999/31.
- HR 28 april 2000, *JAR* 2000/120.
- HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.
- HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.
- HR 12 februari 2010, *RAR* 2010/52.
- HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20.

- Gerechtshof Arnhem 27 juni 2006, *JAR* 2006/239.
- Gerechtshof Amsterdam 28 september 2010, *JAR* 2010/270.
- Gerechtshof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, *LJN* BO6550.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2011, nr. 70, *LJN* BR6239.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, *LJN* BV0736.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, *NJF* 2012, 350.
- Gerechtshof 's-Gravenhage 21 augustus 2012, nr. 39, *LJN* BX6977, *AR Updates* 2012-0827.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2012, nr. 32, *LJN* BY9365, *AR Updates* 2013-0065.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *AR Updates* 2013-0846.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, nr. 17, *AR Updates* 2013-0641.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, nr. 1, *ECLI:NL:GHSHE:2014:773*, *AR Updates* 2014-0322.

- Rb. Arnhem 16 april 1988, *JAR* 1998/108.
- Rb. Den Haag 19 januari 2000, *JAR* 2000/97.
- Rb. 's-Hertogenbosch 24 april 2002, *JAR* 2002/114.
- Rb. Zutphen 16 mei 2002, *JAR* 2002/224.
- Rb. Zwolle-Lelystad 18 oktober 2011, *RAR* 2012/12.
- Rb. Rotterdam 5 juni 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:3952*, www.rechtspraak.nl.
- Rb. Overijssel, 16 oktober 2015, *ECLI:NL:RBOVE:2015:4663*, *AR Updates* 2015-1004.
- Rb. Noord-Holland, 4 november 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:9668*, *AR Updates* 2015-1111.
- Rb. Midden-Nederland, 5 februari 2016, *ECLI:NL:RBMNE:2016:519*, *AR Updates* 2016-0143.

- Ktr. Amsterdam 26 augustus 1991, *Prg* 1991, 3551.
- Ktr. Delft 24 februari 2000, *JAR* 2000/49.
- Ktr. Deventer 15 juni 2000, *JAR* 2000/26.
- Ktr. Zaandam 7 juli 2000, *JAR* 2000/174.
- Ktr. Rotterdam 10 juli 2001, *JAR* 2001/151.
- Ktr. Apeldoorn 17 oktober 2001, *JAR* 2002/23.
- Ktr. Hoorn 22 februari 2002, *JAR* 2002/71.
- Ktr. Assen 1 juli 2002, *JAR* 2002/189.
- Ktr. Hilversum 16 oktober 2002, *JAR* 2002/282.
- Ktr. Heerenveen 27 juli 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AI0483, www.rechtspraak.nl.
- Ktr. Rotterdam 31 december 2003, *JAR* 2004/21.
- Ktr. Rotterdam 17 februari 2005, *JAR* 2005/91.
- Ktr. Haarlem 10 maart 2008, *LJN* BC7024.
- Ktr. Utrecht 9 juni 2010, *JAR* 2010/225.
- Ktr. Dordrecht 14 juni 2010, *LJN* BM8174.
- Ktr. Amsterdam 14 maart 2011, nr. 87, *AR Updates* 2011-0979.
- Ktr. Zwolle 28 juni 2011, *LJN* BQ9563.
- Ktr. Haarlem 17 augustus 2011, nr. 73, *LJN* BR5579;
- Ktr. Utrecht 2 december 2011, nr. 62, *LJN* BU6603, *AR Updates* 2011-1001.
- Ktr. Gorinchem 12 december 2011, nr. 60, *LJN* BVO273.
- Ktr. Nijmegen 11 september 2012, *LJN* BX 7835.
- Ktr. Alkmaar 21 december 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BZ6090, www.rechtspraak.nl.
- Ktr. Almere 24 april 2013, nr. 21, *JAR* 2013/128.
- Ktr. Overijssel 24 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CAO0308, www.rechtspraak.nl.
- Ktr. Zwolle 24 april 2013, nr. 20, *LJN* CA308.
- Ktr. Utrecht 28 augustus 2013, nr. 14, *LJN* AK5261, *AR Updates* 2013-0677.
- Ktr. Groningen 4 september 2013, nr. 13, ECLI:NL:RBNNE:2013:8270, *AR Updates* 2014-0094.
- Ktr. Middelburg 18 december 2013, ECLI: NL:RBZWB:2013:10595, *AR Updates* 2014-0027.
- Ktr. Utrecht 20 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7651, www.rechtspraak.nl.
- Ktr. Almelo 13 november 2015 ELCI:NL:RBOVE:2015:5017, www.rechtspraak.nl.

Rechtsleer

België

Boeken

- CAUFFMAN, C., *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 952 p.
- CUYPERS, D., *Schets van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 209 p.

- DE VOS, M., *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 1603 p.
- HUMBLET, P., *De gezagsuitoefening van de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, 420 p.
- HUMBLET, P. en RIGAUX, M., *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 410 p.
- JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1982, 545 p.
- LAENENS, J., SCHEERS, D., THIRIAR, P., RUTTEN, S. en VANLERBERGHE, B., *Handboek gerechtelijk recht*, 4de editie, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2016, 944 p.
- MAGERMAN, K., *Loonvoorwaarden wijzigen*, Brugge, die Keure, 2010, 298 p.
- PETIT, J., *Sociaal procesrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 795.
- RAUWS, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 874 p.
- SALOMEZ, K., *De rechtspositie van ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2004, 457 p.
- STIJNS, S., *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 706 p.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Brugge, die Keure, 2005, 268 p.
- TIERENS P. en VERREYI I., *Arbeidsovereenkomstengids*, Landelijke Bedienden Centrale – Nationaal Verbond voor Kaderpersoneel, 2000, 702 p.
- TIERENS, P., en VERREYI, I., *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, LBC-NVK, 2012, 830 p.
- VAN BEVER, A., *Open normen in het individuele arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 820 p.
- VAN DEN LANGENBERGH, K., *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 696 p.
- VAN EECKHOUTTE, W., *Compendium '15-'16. Arbeidsrecht met fiscale notities*, Mechelen, Kluwer, 2015, 3039 p.
- VAN GERVEN, W. en VAN OEVELEN, A., *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2015, 728 p.
- VAN OEVELEN, A. (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 98 p.
- VAN PUYVELDE, I., *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 490 p.
- VAN PUYVELDE, I., *Intellectuele rechten van werknemers*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 172 p.
- VERHEYEN, T. en VERMEIR, B., *Remotie. Een stap terug is een stap vooruit*, Mechelen, Kluwer, 2011, 279 p.

Bijdragen in verzamelwerken

- CAUFFMAN, C., "Opschortingsrechten bij niet-nakoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 141-171.
- CUYPERS, D., "Het injunctierecht staande de arbeidsovereenkomst", in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-43.
- DEAR, L., "La théorie de l'acte équipollent à rupture" in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Anthemis, Luik, 2008, 159-204.
- DUBUISSON, B. en TRIGAUX, J.M., "L'exception d'inexécution en droit belge" in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, Bruylant, 2001, 85-92.
- GILSON, S., "La modification unilatérale du contrat de travail: vue d'ensemble" in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Limal, Anthemis, 2010, 11-46.
- GUNDT, N. en VAN BEVER, A., "De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 59-119.
- HENDRICKX, F., "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 297-319.
- HENDRICKX, F., "De arbeidsovereenkomst, een burgerlijke en sociale verbintenis" in M. STROOTBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 63-83.
- RAUWS, W., "Enige beschouwingen over de bedongen arbeid in Nederlands-Belgisch perspectief" in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 71-98.
- RIGAUX, M., "De gespannen verhouding tussen artikel 1134 BW en de sociaalrechtelijke finaliteit. Inleidende beschouwingen" in M. RIGAUX en A. VAN REGENMORTEL, *Rechts(on)zekerheid omtrent (schijn)zelfstandigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 1-20.
- VAN EECKHOUTTE, W., "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 890 p.
- VAN EECKHOUTTE, W., "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 841 p.
- VAN OEVELEN, A., "Het begrip 'bedongen arbeid' in de individuele arbeidsovereenkomst: een analyse vanuit het algemeen overeenkomstenrecht", in A. VAN OEVELEN (ed.), *De bedongen arbeid. Notie en relatie tot de goede trouw en goed werkgeverschap*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 1-33.

- VAN OEVELEN, A., "Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie" in X (ed.), *XXVIste Postuniversitaire cyclus W. Delva 1999-2000: overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 165-204.
- VAN PUYVELDE, I., "De vermoedelijke wil tot verbreken van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 295-358.

Bijdragen in tijdschriften

- BAERT, F., "De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten", *RW* 1956-57, 489-516.
- BEDEROT, C., "La bonne foi et le contrat de travail: baliverne, balise ou baliste", *Ors.* 2009, 12-24.
- CUYPERS, D., "De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 1990, 97-113.
- DE BONDT, W., "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *TPR* 1987, 95-125.
- DE BONDT, W., "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *RW* 1996-97, 1001-1017
- FORIERS, P.-A., "L'objet et la cause du contrat" in *Les obligations contractuelles*, Brussel, ED. du Jeune Barreau, 1984, 99-161.
- GUNDT, N. en RAUWS, W., "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 205-263.
- HUMBLET, P., "Ius dominandi of ius variandi: what's in a name?", *RW* 1994-95, 241-247.
- JANSEN, S., "De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: le renouveau de la grande dame", *Contracteren* 2016, 96-105.
- MORTIER, K., "De kortgedingrechter en de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 2010, 197-2017.
- RAUWS, W., "Arbeidsrecht en burgerlijk recht: een stevig huwelijk, een turbulente lat-relatie of scheiding?", *TPR* 2011, 173-180.
- RAUWS, W., "De ontwikkeling van het ontslagrecht en het Hof van Cassatie: enige beschouwingen", *RW* 2011-2012, 93-117.
- ROBERT, F., "La relation de travail face à l'entreprise socialement responsable. Entre les Tics et les Tocs", *DAOR* 2010, 93, 71-91.
- SMITS, M., "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en het ius variandi", *RW* 1986-87, 1041-1068.
- Taelman, P., "Het kortgeding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in de jaren '90 alsook enkele procedureaspecten", *P&B* 1997, 257-283.
- VAN BEVER, A., "Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 469-533.
- VAN DE PUT, R., "Inexécution fautive et dissolution du contrat d'emploi", *TSR* 1962, 241-254.

- VAN EECKHOUTTE, W., "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, 971-1092.
- VAN EECKHOUTTE, W., "Het belang van de werkgever", *TSR*, 1994, 9-61.
- VAN PUYVELDE, I., "De aanpasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering", *RW* 2015-16, nr. 29, 1123-1138.
- VAN SCHOEBEKE, B., "De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en het gerechtelijk ingrijpen in de arbeidsvoorwaarden: een evaluatie", *Or.* 2002, 262-272.

Internetbronnen

- VERHEYEN, T., "De promotie van demotie: een literatuuroverzicht", internet, 28/11/2017, (http://research.vub.ac.be/sites/default/files/uploads/BUTO/Working-Papers/mosi_working_paper_47_-_verheyen_t._2012_de_promotie_van_demotie_een_literatuuroverzicht.pdf).

Frankrijk

Boeken

- ANTONMATTEI, P.H., *Les clauses du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2009, 195 p.
- MAZEAUD, A., *Droit du travail*, Parijs, L.G.D.J., 2016, 736 p.
- PELISSIER, J., SUPIOT, A. en JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2006, 1387 p.
- RAY, J.E., *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2000, 189 p.
- RAY, J.E., *Droit du travail. Droit vivant 2011/2012*, Rueil-Malmaison, Editions Liaisons, 2011, 806 p.

Bijdragen in verzamelwerken

- BENABENT, A., "Rapport français", in travaux de l'association H. CAPITANT, *La bonne foi. Journées louisianaises*, Parijs, Litec, 1994, 291-300.
- GAUDU, F. en VALTINET, R., "Les contrats de travail", in J. GHESTIN (ed.), *Traité des contrats*, Parijs, L.G.D.J., 2001, 828 p.

Bijdragen in tijdschriften

- ANTONMATTEI, P.H., "Retour sur les clauses de variabilité", *JSL* 2001, afl. 85, 2-6.
- COUTURIER, G. en RAY, J.E., "Rupture du contrat de travail: prise d'acte par l'employeur ou par le salarié", *Dr.Soc* 2003, 817-825.
- OSMAN, F., "Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit", *Defr.* 1993, 63-78.

- PECAUT-RIVOLIER, L., "Prise d'acte et résiliation judiciaire", *Dr.Soc.* 2012, 29-34.
- RADE, C., "Haro sur le contrat", *Dr.Soc.* 2001, 514-516.
- RADE, C., "La figure du contrat dans le rapport de travail", *Dr.Soc.* 2001, 802-817.
- VOIRIN, P., "La modification par l'employeur des conditions du contrat de travail", *Dr.Soc.* 1940, 91-102.
- WAQUET, P., "Le renouveau du contrat de travail", *RJS* 1999, 383-394.

Nederland

Boeken

- BOUWENS, W. en DUK, R., *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 495 p.
- BRUNNER, C.J.H. en DE JONG, G.T., *Verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 2011, 299 p.
- BUNGENER, A.F., *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Amsterdam, Universiteit Amsterdam Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2008, 419 p.
- DE WOLFF, D.J.B., *Goed werknemerschap. Een analyse van de verplichtingen van de werknemer in het licht van de redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 2007, 336 p.
- GUNDT, N., *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer, Kluwer, 2009, 425 p.
- HEERMA VAN VOSS, G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht* in *Reeks V.V.A.*, Deventer, Kluwer, 1999, 176 p.
- HEERMA VAN VOSS, G.J.J. en HEINSIUS, J., *Sociaalrechtelijke aspecten van herstructurering*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2006, 168 p.
- HEERMA VAN VOSS, G.J.J., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel V, Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 2012, 474 p.
- JELLINGHAUS, S.F.H., *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden. In het bijzonder na fusie of overname*, Deventer, Kluwer, 2003, 399 p.
- JONGSMA, R., *Demotie: het laatste taboe doorbroken*, Alpen aan den Rijn, Vakmedianet, 2014, 349 p.
- KONIJN, Y., *Cumulatie of exclusiviteit. Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage, Boom Juridische uitgevers, 1999, 343 p.
- MAAS, W.C.A., *Demotie van oudere werknemers*, Deventer, Kluwer, 2015, 185 p.
- VAN SLOOTEN, J.M., *Arbeid en loon*, Deventer, Kluwer, 1999, 462 p.

Bijdragen in verzamelwerken

- KRUIT, P., ROSIER, S.M. en SORENSSEN, E.M.Y., "Het eenzijdig wijzigingsbeding", in A.R. HOUWELING e.a. (ed.), *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2012, 41-61.

- ROOD, M.G., "De werkgever als janus?" in *Sociaal recht: de grenzen verkend. Een bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. L.J.M. de Leede bij zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 397-404.
- VERHULP, E., *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, in J. VAN SLOOTEN, M. VEGTER en E. VERHULP (eds.), Deventer, Kluwer, 2016, 1-360.

Bijdragen in tijdschriften

- ALINK, D.E., "Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden", *Bb* 2008, 302-306.
- BELTZER, R.M., "De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248", *AI* 2004-2, 31-36.
- BUNGENER, A.F., "Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst", *SR* 2008, afl. 9, 245-251.
- CROIMANS, B. en DE LAAT, J., "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?", *NTSR* 2008, 283-290.
- DE WOLFF, D.J.B., "Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden", *TRA* 2011, 10, 11-14.
- DE WOLFF, D.J.B., "Demotie of depreciatie van oudere werknemer", *TRA* 2013, 5-10.
- DORSSEMONT, F., "'Interne flexibilisering', een variatie op het thema van de institutionele leer?", *SMA* 2005, afl. 3, 117-126.
- DRIESEN, M.J.A.C. en GUNDT, N., "Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid", *TRA* 2013, afl. 8-9, 5-11.
- GUNDT, N., "De Hoge Raad en het wijzigingsontslag", *ArA* 2011, 3, 47-65.
- HEERMA VAN VOSS, G.J.J., "Dynamiek van het goed werkgeverschap. Over de thermometer en de kraamkamer van het arbeidsrecht", *TRA* 2011, 10, 5-10.
- LEIJTEN, G. en DE JONG, L., "Demotie bij disfunctioneren", *HR Rendement* 2015, 26-27.
- VAN DEN BRINK, W., "Uitleg van overeenkomsten. HR 20 februari 2004", *NbBW* 2004, 78-82.

Internetbronnen

- TERHAAG, I., "De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Een onderzoek naar de verhoudingen tussen de criteria van artikel 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248, lid 2 BW, 6:258 BW en die van het wijzigingsontslag inzake de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging en de haalbaarheid daarvan", internet, 24/10/2017, (catalogus.jhs.nl/files/Ivo_Terhaag.pdf).
- VAN DER VOET, G.W., *AR-Commentaar 2011-5*, www.ar-updates.nl.
- ZWAGER, D., "Een nieuwe mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen: het wijzigingsontslag", internet, 03/10/2017, (<http://dirkzwagerarbeidsrecht.nl/2011/03/07/een-nieuwe-mogelijkheid-om-arbeidsvoorwaarden-te-wijzigen-het-wijzigingsontslag/>.)

Bijlagen

- Bijlage I: concordantietabel Code civil;
- Bijlage II: betekenis en grondslag wijzigingsrecht werkgever.

Bijlage I: concordantietabel Code civil

Onderstaande concordantietabel geeft aan welke oude artikelen inhoudelijk overeenstemmen met de nieuwe artikelen van boek III Code civil ingevolge de wetwijziging zoals doorgevoerd door Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Het betreft slechts een beperkte selectie van de in deze masterscriptie gebruikte artikelen.

Code civil voor 10 februari 2016	Code civil vanaf 10 februari 2016
Art. 1134, eerste lid C.civ.: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.	Art. 1103 C.civ.: Les contrats légalement tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.
Art. 1134, derde lid C.civ.: Elles doivent être exécutées de bonne foi.	Art. 1104 C.civ.: Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.
Art. 1129 C.civ.: Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. Art. 1130, eerste lid C.civ.: Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.	Art. 1163 C.civ.: L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.
Art. 1156 C.civ.: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.	Art. 1188 C.civ.: Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.
Art. 1134, tweede lid C.civ.: Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.	Art. 1193 C.civ.: Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

<p>Art. 1135 C.civ.: Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.</p>	<p>Art. 1194 C.civ.: Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.</p>
<p>Art. 1174 C.civ.: Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.</p>	<p>Art. 1304-2 C.civ.: Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.</p>

Bijlage II: betekenis en grondslag wijzigingsrecht werkgever

1. België

Betekenis <i>ius variandi</i>	Grondslag
Wijzigingsrecht op grond van een rechtsgeldig wijzigingsbeding om bijkomstige en overeengekomen arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen	Artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet zoals geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie
Invullingsrecht of <i>ius dominandi</i> van de werkgever t.a.v. niet-overeengekomen arbeidsvoorwaarden	Bindende partijbeslissing <i>sui generis</i> op grond van artikel 17, 2° Arbeidsovereenkomstenwet
Marginaal wijzigingsrecht om wijzigingen aan te brengen aan contractueel overeengekomen arbeidsvoorwaarden op basis van de leer van de goede trouw	Artikel 1134, derde lid BW

2. Frankrijk

Betekenis wijzigingsrecht	Grondslag
Wijzigingsrecht op grond van een variatiebeding of <i>clause de variation</i> t.a.v. de kernelementen van de arbeidsovereenkomst *	Variatiebeding m.b.t. de werktijden: artikel L3123-24, tweede lid Code du travail Variatiebeding m.b.t. functie en arbeidsplaats: geen wettelijke grondslag, maar erkend in cassatierechtspraak Cour de Cassation
Invullingsrecht van de werkgever t.a.v. niet-contractuele elementen **	Gezagsrecht of <i>pouvoir de direction</i> van de werkgever

* Het door de werkgever inroepen van een rechtsgeldig variatiebeding leidt bijgevolg tot een *modification du contrat de travail*.

** Het door de werkgever aanwenden van zijn gezagsrecht leidt bijgevolg tot een *changement des conditions de travail*.

3. Nederland

Betekenis wijzigingsrecht	Grondslag
Wijzigingsrecht op grond van een rechtsgeldig wijzigingsbeding t.a.v. alle arbeidsvoorwaarden van de arbeidsovereenkomst	Artikel 7:613 BW
Wijzigingsrecht op grond van goed werkgeven en goed werknemerschap	Artikel 7:611 BW
Wijzigingsrecht op grond van de gemeenrechtelijke eis van redelijkheid en billijkheid	Artikel 6:248 BW
Invullingsrecht van de werkgever om onbepaalde aspecten van de arbeidsovereenkomst nader te preciseren	Gezags- of instructierecht op grond van artikel 7:660 BW
Wijzigingsrecht op grond van onvoorzienbare omstandigheden	Artikel 6:258 BW

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:
Demotie van (oudere) werknemers: naar een vlottere aanpasbaarheid van de bedongen functie in het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht?

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2018**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Hoekx, Michiel

Datum: **30/12/2017**