

---

## Juridisch up to Date

---

2021-0117 - Juridisch up to Date 2021-07 d.d. 30-07-2021

Rubriek: Arbeid

# De gulle werkgever komt er bekaaid vanaf

Pontmeyer heeft jarenlang aan het hoger personeel dat niet onder de CAO Houthandel valt, wel indexeringen en eenmalige uitkeringen betaald in lijn met deze cao. Pontmeyer wil hiervan af en een nieuw beloningssysteem invoeren na instemming daartoe te hebben verkregen van de centrale ondernemingsraad. Volgens FNV is sprake van arbeidsvoorwaarden die Pontmeyer niet eenzijdig mocht wijzigen en start een procedure. Partijen procederen tot aan de Hoge Raad. In het veelbesproken arrest van 2018 reikt de Hoge Raad een zestal gezichtspunten aan die relevant zijn voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een arbeidsvoorwaarde. Voor de verdere behandeling wordt de zaak verwezen naar het Gerechtshof Den Haag, die onlangs oordeelde dat sprake is van arbeidsvoorwaarden die Pontmeyer niet eenzijdig mocht wijzigen. In combinatie met het arrest van de Hoge Raad is dit een interessante uitspraak. In deze bijdrage wordt de zaak en de betekenis hiervan voor de arbeidsrechtpraktijk nader besproken.

## Leerstuk van de eenzijdige wijziging

Voor een goed begrip van de zaak FNV/Pontmeyer wordt eerst kort stilgestaan bij het leerstuk van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden.<sup>1</sup> Als een werkgever tot wijziging van arbeidsvoorwaarden wil overgaan, is dit in beginsel alleen mogelijk met instemming van de werknemer. Als het gaat om een neerwaartse wijziging, zal de werknemer niet zo snel akkoord gaan. De werkgever kan in dat geval soms toch tot wijziging overgaan via het eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW, indien en voor zover partijen dat zijn overeengekomen, of via het goed werknemer- en werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:611 BW, zoals aan de orde in de Taxi-Hofman en Stoof/Mammoet jurisprudentie.<sup>2</sup> Het gaat er hierbij om dat de werkgever aan de werknemer een redelijk voorstel heeft gedaan en dat voorstel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden geweigerd door de werknemer. Instemming van de betrokken ondernemingsraad kan een indicatie zijn dat de werkgever een zwaarwegend belang heeft bij de voorgestelde wijziging, maar is niet doorslaggevend. Welke grondslag ook van toepassing is, de toets van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden is streng en wordt zelden doorstaan.

De eerste vraag die bij een door de werkgever beoogde wijziging moet worden gesteld, is of sprake is van een arbeidsvoorwaarde. Als het antwoord daarop ontkennend is, dan wordt aan het leerstuk van de eenzijdige wijziging in principe niet toegekomen. Zo zijn ordevoorschriften die de werkgever op grond van artikel 7:660 BW eenzijdig mag geven over het werk of de orde in de onderneming, meestal geen arbeidsvoorwaarden. Ook een gunst of 'extraatje' die de werkgever uit coulance heeft verstrekt en waar geen aanspraak van de werknemer tegenover staat, zal over het algemeen niet als arbeidsvoorwaarde kwalificeren.<sup>3</sup> Het is evenwel niet vereist dat harde (schriftelijke) afspraken zijn gemaakt om te kunnen spreken over een arbeidsvoorwaarde. Ook verworven rechten kunnen als een arbeidsvoorwaarde worden gekwalificeerd en kan de werkgever niet zomaar tot wijziging daarvan overgaan. Daarover ging het in de zaak FNV/Pontmeyer.

## Wat speelde er?

Binnen Pontmeyer, een handelsonderneming in bouwmaterialen, gelden diverse cao's, waaronder de CAO Houthandel. Pontmeyer heeft in 2011 en 2012 aan haar centrale ondernemingsraad (COR) instemming verzocht om over te gaan tot wijziging van de inschaling en de salarisontwikkeling van twee groepen werknemers, te weten (a) de werknemers die een functiegroep hebben die uitstijgt boven functiegroep 8 van de CAO Houthandel, en (b) de werknemers in de functieschalen 7 en 8 van de CAO Houthandel die een salaris verdienen boven de cao-grens (gezamenlijk: de boven cao-werknemers). Het gewijzigde beloningsbeleid voor de boven cao-werknemers houdt in dat zij niet langer de tot dan toe gebruikelijke cao-loonsverhoging dan wel indexering ontvangen, maar in plaats daarvan

een salarisverhoging die afhankelijk is gesteld van de beoordeling van de betrokken werknemer. De COR heeft hiermee ingestemd. Pontmeyer heeft FNV niet betrokken bij de onderhandelingen over het gewijzigde beloningsbeleid. Per brief heeft Pontmeyer in mei 2012 de betrokken werknemers van deze wijziging op de hoogte gebracht.

Volgens FNV is Pontmeyer niet bevoegd om eenzijdig in afwijking van de CAO Houthandel een nieuw beloningssysteem in te voeren. FNV start een procedure en vordert zowel voor haar leden als voor niet-leden voor zover werkzaam bij Pontmeyer dat Pontmeyer wordt veroordeeld de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden voor de boven cao-werknemers ongedaan te maken. FNV stelt op grond van artikel 3:305a BW bevoegd te zijn tot het instellen van de vorderingen.<sup>4</sup>

## Verloop procedures

De kantonrechter heeft FNV niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen, omdat geen sprake is van gelijksoortige belangen als bedoeld in artikel 3:305a BW. FNV is daartegen in hoger beroep gegaan.

Het Gerechtshof Amsterdam<sup>5</sup> heeft geoordeeld dat de vordering van FNV zich wel leent voor behandeling op grond van artikel 3:305a BW, maar heeft de vordering van FNV op inhoudelijke gronden afgewezen. Het hof acht onder meer relevant dat bij de overgrote meerderheid van de boven cao-werknemers in hun arbeidsovereenkomst geen melding is gemaakt van de CAO Houthandel, en daarmee ook niet van de cao-verhogingen. In rechtsoverweging 3.12 heeft het hof het volgende overwogen:

*"Wanneer ongevraagd, jaarlijkse of periodieke salarisverhogingen door de werkgever worden toegekend, dan zal dat, op een bepaald moment, en in toenemende mate, bij werknemers verwachtingen scheppen. Die verwachtingen, ook wanneer zij lange tijd gekoesterd zijn, leiden echter niet zonder meer tot een recht op een dergelijke toekenning. Daarvoor zijn nadere omstandigheden nodig, die echter niet zijn gesteld of gebleken."*

Naar het oordeel van het hof is er in de gegeven omstandigheden, waaronder de slechte financiële situatie, geen sprake van door Pontmeyer in strijd met het goed werkgeverschap betrachte handelingen.

FNV heeft vervolgens cassatie ingesteld en zich daarin met name gekeerd tegen de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.12 over de vraag of uit een gevolgde gedragslijn een tussen werknemer en werkgever geldende arbeidsvoorwaarde kan ontstaan.

## Wel of geen arbeidsvoorwaarde?

De Hoge Raad<sup>6</sup> overweegt dat deze vraag zich niet in algemene zin laat beantwoorden. Het komt aan op de zin die partijen aan elkaars gedragingen en verklaringen hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. In dit verband komt betekenis toe aan gezichtspunten als

1. de inhoud van de gedragslijn,
2. de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen,
3. de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd,
4. hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard,
5. de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien, en
6. de aard en de omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.

De Hoge Raad heeft de uitspraak van het hof vernietigd en het geding verwezen naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling van de beslissing.

## De verwijzingsuitspraak

Het Gerechtshof Den Haag<sup>7</sup> oordeelt in de eerste plaats of de wijziging van het beloningsbeleid een invoering en/of wijziging betreft van (de arbeidsovereenkomst aanvullende) arbeidsvoorwaarden. Daarbij is van belang dat vaststaat dat de boven cao-werknemers automatisch de gebruikelijke indexeringen ontvingen. Volgens het hof gaat het bij de vraag

wanneer uit een door de werkgever jegens de werknemer gedurende een bepaalde tijd gevolgde gedragslijn voortvloeit dat sprake is van een tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarde kort gezegd om de toepassing van de zogenoemde Haviltex-maatstaf. Bij de toepassing van deze Haviltex-maatstaf komt betekenis toe aan de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten (i) tot en met (vi). Het betreft geen uitputtende lijst van gezichtspunten; er zijn meer gezichtspunten denkbaar. Daarnaast is het zo dat de rechter deze gezichtspunten niet afzonderlijk dient te beoordelen en weer te geven, populair gezegd: "af te vinken". Het gaat erom dat kenbaar is aan welke gezichtspunten de rechter betekenis toekent.

Uit het toekennen van de periodieke verhogingen is geen arbeidsvoorwaarde ontstaan, omdat deze uitsluitend afhangen van individuele onderhandelingen tussen Pontmeyer en de werknemers. De indexeringen en eenmalige uitkeringen zijn wel arbeidsvoorwaarden. Alle boven cao-werknemers konden erop vertrouwen dat zij hierop recht hadden, ook als dat niet expliciet met hen was overeengekomen. Er is op dit punt sprake van een tussen partijen geldende (de arbeidsovereenkomst aanvullende) arbeidsvoorwaarde, omdat

- alle boven cao-werknemers vanaf indiensttreding tot de wijziging van het beloningssysteem automatisch en zonder uitzondering alle indexeringen en eenmalige uitkeringen van de CAO Houthandel ontvingen,
- ten aanzien van de toekenning nooit enig voorbehoud door Pontmeyer is gemaakt en daarna ook geen voorwaarden zijn gesteld; en
- het gaat om werknemers met een langdurig dienstverband, waarvan het merendeel minimaal 25 jaar in dienst is. Deze gedragslijn van Pontmeyer bestrijkt in alle gevallen een langjarige periode.

Bij deze langjarige vaste gang van zaken mochten de boven cao-werknemers erop rekenen dat zij deze indexeringen en eenmalige uitkeringen, net als de wel onder de CAO Houthandel vallende werknemers, zouden ontvangen zolang deze cao daarin voorzag.

Vervolgens toetst het hof of Pontmeyer tot eenzijdige wijziging van deze arbeidsvoorwaarden heeft mogen overgaan. Deze beoordeling geldt niet voor de werknemers die met de wijziging hebben ingestemd. Pontmeyer heeft aangevoerd dat zij de beloningssystematiek heeft ingevoerd vanwege de behoefte aan een transparant, evenwichtig en beheersbaar beloningsbeleid en om bedrijfseconomische redenen. Naar het oordeel van het hof is de eenzijdige invoering van de nieuwe beloningssystematiek en het niet langer automatisch toekennen van de indexeringen en eenmalige uitkeringen van de CAO Houthandel niet rechtsgeldig. Omdat een eenzijdig wijzigingsbeding ingevolge artikel 7:613 BW in de arbeidsovereenkomsten ontbreekt, moet hierover tussen werkgever en werknemer overeenstemming worden bereikt. Daarbij zijn de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen voor beide partijen van belang. De toets in deze zaak is dus concreet of er een redelijke grond was de arbeidsovereenkomsten van de boven cao-werknemers te wijzigen, of Pontmeyer aan deze werknemers daartoe een redelijk voorstel heeft gedaan, en in het bevestigende geval: of van deze werknemers in redelijkheid kon worden gevergd dit voorstel te aanvaarden.

Naar het oordeel van het hof was er, gelet op de bedrijfseconomische noodzaak, sprake van gewijzigde omstandigheden die aanleiding gaven tot het doen van een voorstel. Dat er door Pontmeyer daadwerkelijk een voorstel aan de werknemers is gedaan, is door het bedrijf onvoldoende gemotiveerd en onderbouwd. De individuele werknemers zijn bij brief van mei 2012 geconfronteerd met de wijziging als voldongen feit. Alleen al om deze reden is niet voldaan aan de eis dat een redelijk voorstel moet zijn gedaan.

Ook indien aan het doen van een voorstel geen zelfstandige betekenis toekomt binnen de door de Hoge Raad ontwikkelde maatstaf, is het hof van oordeel dat niet aan de Stoof/Mammoet-toets is voldaan. Het voorstel is naar het oordeel van het hof immers niet als redelijk te bestempelen. Het voorstel lijkt vooral te zijn ingegeven om een eind te maken aan de situatie waarin de boven cao-werknemers volgens Pontmeyer niet marktconform, lees 'te hoog', werden beloond. Het hof ziet geen reden om dit voorstel wegens de bedrijfseconomische situatie van Pontmeyer in die tijd redelijk te achten.

Daar komt ten slotte nog bij dat in de toets het accepteren van de wijziging in alle redelijkheid van de werknemer moet kunnen worden gevergd. In het voorstel van Pontmeyer is niet voorzien in maatregelen die het financiële nadeel voor de boven cao-werknemers compenseren of mitigeren. Het alleen openhouden van de mogelijkheid van salarisverhoging bij goed functioneren van de werknemer is ten opzichte van het verval van vaste aanspraken niet zonder meer een passende maatregel. Reeds hierom kon van de boven cao-werknemers in redelijkheid niet worden gevergd dit voorstel van Pontmeyer te aanvaarden.

Het hof oordeelt verder nog dat de instemming van de COR als omstandigheid meeweegt, maar de genoemde bezwaren ten aanzien van de redelijkheid van de wijziging en de in redelijkheid te vergen aanvaarding daarvan door de werknemers niet wegneemt.

De wijziging van de beloningssystematiek door Pontmeyer leidt dus niet tot verval van het recht van de boven cao-werknemers op voortgezette toekenning van de indexeringen en eenmalige uitkeringen op de wijze zoals de CAO Houthandel daarin voorzagt.

## Belang voor de praktijk

Over de vraag of sprake is van een verworven recht en dus een arbeidsvoorwaarde is door de jaren heen veel, casuïstische, rechtspraak verschenen. Daaruit kan worden afgeleid dat voor de beantwoording van die vraag alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Voor het eerst heeft de Hoge Raad in FNV/Pontmeyer een opsomming gegeven van een zestal gezichtspunten die de arbeidsrechtpraktijk meer houvast kunnen geven bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsvoorwaarde.

Na het arrest van de Hoge Raad is opnieuw veel rechtspraak verschenen over verworven rechten, waarin veelal wordt verwezen naar FNV/Pontmeyer. Of daaruit volgt dat FNV/Pontmeyer inderdaad meer houvast biedt, wordt overigens verschillend gedacht.<sup>8</sup> Wellicht geeft de verwijzingsuitspraak in combinatie met het arrest van de Hoge Raad die houvast nu wel. Het Gerechtshof Den Haag geeft aan dat het er niet om gaat dat alle gezichtspunten moeten worden afgevinkt, maar dat duidelijk is aan welke gezichtspunten betekenis toekomt. In de zaak FNV/Pontmeyer komt bij het beoordelen van de indexeringen en eenmalige uitkeringen betekenis toe aan de omstandigheden dat alle boven cao-werknemers sinds hun indiensttreding alle indexeringen en eenmalige uitkeringen van de CAO Houthandel ontvingen (gezichtspunt (vi)), Pontmeyer nooit enig voorbehoud heeft gemaakt (gezichtspunt (iv)) en de gedragslijn in alle gevallen een langjarige periode bestrijkt (gezichtspunt (iii)). De manier waarop het hof de gezichtspunten aanwendt om te beoordelen of sprake is van een verworven recht en dus een arbeidsvoorwaarde, lijkt mij ook goed toepasbaar voor werkgevers (met behulp van hun arbeidsrechtelijk adviseur) die deze beoordeling, in het kader van het leerstuk van de eenzijdige wijziging of voor een ander doel, in de praktijk moeten maken.

## Tot besluit

De zaak FNV/Pontmeyer is voor de arbeidsrechtpraktijk vernieuwend wat betreft de gezichtspunten die de Hoge Raad heeft aangereikt om te kunnen beoordelen of sprake is van een verworven recht en daarmee arbeidsvoorwaarde. Wat niet is veranderd, is dat eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden maar zelden is toegestaan. Aan werkgevers is dan ook nog steeds het advies om – na vaststelling van het bestaan van een arbeidsvoorwaarde - niet te licht te denken over de route van de eenzijdige wijziging, ook niet als deze wordt gevolgd om eerdere vrijgevigheid terug te draaien.

Noten :

1. De zaak is overigens ook om processuele redenen zeer interessant. Die blijven in deze bijdrage echter onbesproken.
2. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688 en 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847. Er zijn verschillende grondslagen denkbaar, die in deze bijdrage verder niet zullen worden besproken.
3. W.A. Zondag, "Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak", ArA 2006/3; J.J.M. de Laat, "De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst", Reeks VvA 36.
4. Lid 1 van artikel 3:305a BW bepaalt het volgende: 'Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.'
5. Hof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4429.
6. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976.
7. Hof Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1137.
8. Zie bijv. S.F. Janssen, "Verworven rechten sinds FNV/Pontmeyer: stand van zaken anno 2021", TAP 2021/4, die meent dat niet alle gezichtspunten houvast en rechtszekerheid lijken te kunnen bieden. Dit was mogelijk anders geweest als de Hoge Raad meer aandacht had besteed aan de uitleg van de gezichtspunten.

Auteur(s): Mr. M. (Margot) van Herwerden, Houthoff, Amsterdam