

Loonoffer of demotie: slikken of stikken?

Door de financiële crisis hebben werkgevers te maken met sterk teruglopende bedrijfsresultaten en lagere winstmarges. Marktwerving dwingt hen ertoe producten en diensten tegen een lagere prijs in de markt weg te zetten dan voorheen. Dit heeft geleid tot reorganisaties met gedwongen ontslagen. Te veel gedwongen ontslagen vermindert echter de levensvatbaarheid van de onderneming. Werkgevers zoeken daarom naar alternatieve alternatieven om de loonkosten te drukken, waaronder een loonoffer of demotie van 'te dure' werknemers.

Indien oudere werknemers met een hoger salaris dan hun (vergelijkbare) jongere collega's op een goedkopere wijze worden ingezet – als alternatief voor ontslag – dan bespaart de werkgever daarmee direct loonkosten, terwijl de kwaliteit van de dienstverlening op peil blijft. De duurdere werknemer heeft slechts het 'voordeel' dat hij in dienst kan blijven. Hij zal genoeg moeten nemen met minder inkomsten en mogelijk aangepaste werkzaamheden. De vraag is of de flexibiliteit en zekerheid die een arbeidsovereenkomst werkgever en werknemer biedt nog wel in balans is. Schiet de flexibiliteit niet te ver door naar de kant van de werkgever? Deze vraag kwam aan de orde toen onlangs Capgemini bekend maakte dat zij in overleg met de Centrale ondernemingsraad had besloten om van een groep 'dure' werknemers een 'vrijwillig' loonoffer te vragen. Een heftige maatschappelijke discussie volgde over de toelaatbaarheid daarvan.

Loonoffer: belang werkgever

Onder een 'loonoffer' wordt in het algemeen verstaan een verlaging van het loon (basissalaris en emolumenten) zonder wijziging van de functietitel, de aard en inhoud van de werkzaamheden en de overige afspraken van de arbeidsovereenkomst. Bij een loonoffer staat het functioneren van werknemer in beginsel niet ter discussie, maar wel zijn kostprijs of marktwaarde in verhouding tot zijn productiviteit, waardoor hij bijvoorbeeld te duur wordt om op een project van een opdrachtgever in te zetten.

Een 'loonoffer' leidt er toe dat het ondernemersrisico van de werkgever naar de werknemer verschuift. De werknemer draagt daarmee de lasten van een verslechterde bedrijfssituatie. De status van werknemer zou echter de werknemer juist bescherming moeten bieden tegen dergelijke ondernemersrisico's. Daarmee onderscheidt hij zich immers van een zzp'er.

Een loonoffer komt neer op een 'afwaardering' van de werknemer en is daarmee primair een maatregel ten gunste van het bedrijfsbelang van de werkgever. Het belang van de werknemer zou enigszins gediend worden

indien de werkgever het geld zou reserveren voor om- of bijscholing of voor extra zekerheden. Maar dat is meestal niet het geval indien besparing van loonkosten het doel is.

Demotie: vaak wederzijds belang

Bij demotie ligt de zaak iets anders. Demotie staat voor een verlaging van de functie van de werknemer. Dikwijls gaat demotie ook gepaard met een aanpassing (verlaging) van het loon aan de lichtere functie. Demotie kan op initiatief van de werkgever of de werknemer plaatsvinden. In geval van reorganisatie waarbij functies verdwijnen, kan de werkgever aan de werknemer een andere passende functie voorstellen ter vermindering van gedwongen ontslag. Veelal hoort daarbij een afbouw- of overgangsregeling voor het loon passend bij de lagere functie. Daarnaast kan demotie in goed overleg worden afgesproken ingeval de werknemer behoefte heeft aan een betere werk-privébalans of indien werknemer nog enkele jaren heeft te gaan tot zijn pensioendatum. Demotie is voorts mogelijk ingeval werkgever van mening is dat werknemer disfunctioneert of als disciplinaire maatregel.

Toelaatbaarheid demotie en loonoffer

De discussie over de toelaatbaarheid van een loonoffer of demotie moet gevoerd worden tussen sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Daarmee is de rechtszekerheid voor de werknemer het meest gediend. Sommige cao's bevatten een demotie-artikel. Demotie kan bedoeld zijn voor omschreven situaties waar de werkgever zwaarwegende redenen voor heeft. Ook kan men in het kader van levensfase bewust personeelsbeleid demotie afspreekten.

Indien demotie niet is geregeld, zal 'maatwerk' moeten worden toegepast en per situatie moeten worden beoordeeld of zwaarwegende gronden bestaan om de eerder gemaakte afspraken te wijzigen. In geval van een sterk verslechterde financiële toestand van de onderneming kan de werkgever genoodzaakt zijn om een of meer arbeidsvoorwaarden aan te passen. In dat geval ligt het

voor de hand dat van iedere werknemer een gelijk 'offer' wordt gevraagd en dat daarover met iedere werknemer of werknemersvertegenwoordiging schriftelijke afspraken worden gemaakt. Indien de werkgever enkel van een selecte groep een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden wil, heeft hij de zware taak om voor deze ongelijke behandeling zwaarwichtige redenen aan te voeren en daarbij ook rekening te houden met de individuele belangen van de betreffende werknemers. Of en in welke mate arbeidsvoorwaarden door werkgevers eenzijdig of met toestemming van werknemer kunnen worden aangepast, hangt af van de uitkomst van de belangenafweging en de richtlijnen die zijn vastgelegd in wetgeving en jurisprudentie.

Welke maatstaf?

Indien partijen in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding hebben afgesproken hoeft de werkgever geen toestemming van de werknemer te vragen om de arbeidsvoorwaarden aan te passen. Ter bescherming van de werknemer(s) worden wettelijke beperkingen gesteld aan de bevoegdheid van de werkgever om het beding toe te passen. De maatstaf ligt vast in art. 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.'

De wetgever heeft het eenzijdig wijzigingsbeding primair bedoeld voor gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, om eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen ten opzichte van verscheidene werknemers en niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer. De wetgever heeft daarbij op het oog dat de werkgever in dergelijke gevallen de instemming van de ondernemingsraad op zak heeft om eenzijdig wijzigingen in collectieve arbeidsvoorwaardenregeling door te kunnen voeren. Hoewel de instemming van de ondernemingsraad het akkoord van de individuele werknemer(s) niet kan vervangen, neemt een rechter veelal aan dat de te beschermen belangen van de werknemers door de ondernemingsraad op correcte en redelijke wijze zijn afgewogen tegen het belang van de werkgever. Het is dan niet nodig om de werknemer nog eens om toestemming te vragen. Vaak doet een werkgever ook ten aanzien van de aanpassing van een individuele arbeidsvoorwaardenregeling een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding. Dezelfde maatstaf zal dan van toepassing blijven. Niettemin overwegen veel werkgevers om voor de zekerheid de werknemer expliciet om zijn toestemming te vragen. In dat geval ontstaat voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de voorgestelde wijziging voor werkgever en werknemer een glijdende schaal naar de toepassing van geldende maatstaf van art. 7:611 BW: 'De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als

een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.' Deze maatstaf dient te worden gebruikt in situaties waarin geen eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen. De werkgever zal dan met de werknemer eerst overeenstemming moeten bereiken voordat hij wijziging kan aanbrengen in diens individuele rechtspositie.

Goed werkgever- en werknemerschap

Het goed werkgever- en werknemerschap is in de jurisprudentie nader uitgewerkt. In het bekende Taxi Hofman-arrest overwoog de Hoge Raad dat 'de algemene regel dat de tussen werkgever en werknemer bestaande verplichting om zich over en weer als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, voor de werknemer met zich brengt dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding daarvan redelijkerwijze niet van hem kan worden gevergd. Dit is niet anders indien de gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen'. De werknemer mag dus niet bij voorbaat 'nee' zeggen tegen een redelijk voorstel van de werkgever om gemaakte afspraken te wijzigen, maar moet meewerken aan een dialoog en openstaan voor een mogelijke oplossing. Zijn medewerking gaat echter niet zover dat hij geen bezwaar zou mogen maken en niet mag opkomen voor wat hij als zijn rechten ziet.

De Hoge Raad heeft voornoemde criteria naderhand verfijnd in het Stoof/Mammoet-arrest. Volgens de Hoge Raad moet het accent niet eenzijdig worden gelegd op wat van een werknemer mag worden verwacht bij de beantwoording van de vraag of hij een redelijk voorstel van de werkgever moet accepteren dat gevolgen heeft voor zijn een individuele rechtspositie. In de eerste plaats zal moeten worden onderzocht of de werkgever in de wijziging van omstandigheden als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Pas daarna dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden. Hieruit volgt dat een werkgever dus eerst zijn eigen zaakje inhoudelijk en weloverwogen op orde moet hebben voordat hij de werknemer confronteert met een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde(n). Pas dan is het aan de werknemer om te beoordelen of hij hieraan zijn mede-



werking en instemming moet geven of hij dit in alle redelijkheid mag weigeren.

Actuele jurisprudentie

Lagere rechters verwijzen in hun uitspraken over demotie of aanpassing van arbeidsvoorwaarden sinds 2008 veelvuldig naar de Stoof/Mammoet-maatstaf. In enkele recente uitspraken inzake demotie of een loonoffer neigt de rechter veelal de kant te kiezen van de werknemer die protesteert tegen een onterechte wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden.

Zo oordeelde de Kantonrechter te Utrecht over de vraag of B2B Telecom zich als een goed werkgever had gedragen door eenzijdig en voor zolang nodig een loonsverlaging van 10% voor alle werknemers door te voeren naast overige kostenbesparingen. Ten gevolge van minder IT-opdrachten was sprake van een verliesgevende situatie van de onderneming. Een aantal werk-

nemers had na een personeelsbijeenkomst met de werkgever met de loonkorting ingestemd. De betreffende werknemer, met wie geen eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst was overeengekomen, had niet ondubbelzinnig ingestemd en vorderde daarom van de werkgever achterstallig loon. Volgens de kantonrechter heeft een loonkorting meer dan andere (secundaire) arbeidsvoorwaarden, een ingrijpend karakter voor de werknemer. Dit moet daarom worden beschouwd als een van de laatste maatregelen om tot een kostenbesparing te komen. Van een goed werkgever mag daarom worden verwacht dat hij een zorgvuldig onderzoek verricht naar de noodzakelijkheid hiervan. De kantonrechter stelde vast dat de werkgever geen zorgvuldig onderzoek had verricht voordat was besloten tot een loonkorting. Hij had de loonkorting intuïtief bepaald en niet het effect van de maatregel op het financieel resultaat berekend. Evenmin was overleg met de accountant gepleegd. De kantonrechter oordeelde dat bij gebreke van een zorgvuldig onderzoek de werkgever geen recht had om een loonkorting door te voeren. Omdat de werkgever de eerste toets van goed werkgeverschap niet doorstond, kwam de rechter niet meer toe aan de beoordeling van de redelijkheid van het voorstel.

In de procedure die Philips International BV aanspande tegen zijn werknemer Nijman werd de kantonrechter de vraag voorgelegd of Philips de arbeidsvoorwaarden van Nijman, die waren vastgelegd in zijn arbeidsovereenkomst en waarin geen eenzijdig wijzigingsbeding was opgenomen, eenzijdig mocht wijzigen. Philips had besloten om haar organisatiestructuur aan te passen aan de door haar gekozen benchmark, een aantal met Philips vergelijkbare bedrijven. Hierdoor vond een nieuwe functie-indeling en -herwaardering plaats. Als gevolg daarvan werd de functie van Nijman gedegradeerd en zijn arbeidsvoorwaarden werden eenzijdig aangepast. Nijman diende zijn senior directors-titel en zijn lease-auto in te leveren. Zijn salarisniveau werd bevroren en zijn bonusregeling werd uitgekleeft. Daarop heeft Nijman geprotesteerd tegen zijn demotie en geweigerd de nieuwe arbeidsovereenkomst te ondertekenen. De kantonrechter oordeelde dat Philips geen zwaarwegende redenen had om de (primaire) arbeidsvoorwaarden van de zittende werknemers, zoals Nijman, eenzijdig te wijzigen. Daarbij was van belang dat geen sprake was van een wijziging van de functie-inhoud of de wijze waarop Nijman de functie diende uit te oefenen. Philips had dan ook geen redelijk belang om Nijman een voorstel tot wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden te doen. De kantonrechter te Rotterdam wees het ontbindingsverzoek van de werkgever af dat was ingediend omdat de werknemer had geweigerd in te stemmen met een aanpassing van zijn salaris. De werknemer was in het verleden vanwege het vervallen van zijn functie in een lagere functie geplaatst met een afbouwregeling voor zijn salaris. Deze functie kwam enig jaren later ook te vervallen. De werkgever bood werknemer een lagere functie aan met behoud van zijn salaris. De werkgever meende na een jaar dat de werknemer niet de benodigde persoonlijke ontwikkeling liet zien om binnen twee

jaar door te groeien naar een hogere functie. Hij wilde daarom het salaris en arbeidsvoorwaarden aanpassen aan het (lagere) niveau. De werknemer heeft het voorstel van de werkgever afgewezen, waarna hij op non-actief is gezet. Hoewel tussen partijen een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst was overeengekomen, was voor de kantonrechter niet duidelijk of werkgever daar een beroep op deed nu de werkgever een wijzigingsvoorstel aan werknemer had voorgesteld. De kantonrechter oordeelde echter dat de werkgever geen zwaarwichtig belang had om het salaris van werknemer aan te passen om een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding te kunnen toestaan. Dat de werknemer niet de door werkgever gewenste persoonlijke groei laat zien bij verder goed functioneren, is geen zwaarwegend belang voor werkgever of een wijziging van omstandigheden waardoor van werknemer kan worden gevergd dat hij moet instemmen met het voorstel van werkgever.

Ook de kantonrechter te Wageningen oordeelde aan de hand van de Stooft/Mammoet criteria dat de betreffende werkgever geen gewijzigde omstandigheden heeft kunnen aanvoeren die meebrengen dat hij als goed werkgever een wijzigingsvoorstel aan werknemer kon doen. Het ging in deze procedure om een wijziging van de ADV-regeling van een werknemer die was gedetacheerd bij een opdrachtgever. Werkgever meende dat de ongunstige tarievenwijziging van de opdrachtgever en de wens om tot gelijkstelling van arbeidsvoorwaarden voor alle werknemers te komen hem noopte tot een wijziging van de arbeidsvoorwaarden van deze werknemer. De kantonrechter was van oordeel dat de werkgever onvoldoende had onderbouwd dat hij als goed werkgever in de tarievenwijziging van opdrachtgever een aanleiding heeft kunnen vinden om de ADV-regeling te wijzigen. Daarmee had de werkgever geen belang om werknemer een voorstel voor te leggen.

Ten slotte een voorbeeld van een situatie waarbij de rechter oordeelde dat de werkgever wel in zijn recht stond om de (primaire) arbeidsvoorwaarden van de werknemers eenzijdig aan te passen. Het ging hier om een transportonderneming die te kampen had met het wegvallen van internationale transportritten. In art. 19 van de destijds geldende cao Goederenvervoer Nederland was opgenomen dat de werkgever de werknemers in een dergelijke situatie na 13 weken in een lagere functieloonsschaal kon terugzetten met een afbouwregeling voor het loonverschil. Het gerechtshof meende dat de werkgever voldoende had aangetoond dat er geen internationale ritten aan de werknemers konden worden aangeboden door gewijzigde financieel-economische en maatschappelijke omstandigheden waarin het bedrijf was geraakt. De werkgever had dus een aanleiding om een wijzigingsvoorstel aan de werknemers voor te leggen. Voorts oordeelde het gerechtshof dat de inhoud van dat voorstel dat overeenkwam met de regeling in de cao redelijk was vanwege de lange termijn waarvoor de salarisafbouwregeling gold. Van de werknemers mocht gelet op alle omstandigheden gevergd worden dat zij zich als een goed werknemer dienden op te stellen en

instemden met het wijzigingsvoorstel.

Hof Amsterdam besloot onlangs dat een werkgever gerechtigd was om van de werknemers die meer dan € 2.500 per maand aan loon ontvangen het loon te bevriezen en geen winstdeling toe te kennen vanwege de verliezen van het concern. Deze werknemers hadden in voorgaande jaren wel beide looncomponenten ontvangen. Een werknemer protesteerde omdat de werkgever winst had gemaakt en er dus geen gewijzigde omstandigheden waren voor wijziging van afspraken. Het hof oordeelde dat de werkgever zich als een goed werkgever had opgesteld tegenover deze werknemers. Werkgever had geen vaste jaarlijkse loonsverhogingen en winstuitkeringen met de werknemers afgesproken. De werkgever mocht in dat geval rekening houden met de verliesgevendende situatie van het concern als geheel bij haar besluit om van deze werknemers een loonoffer te vragen. De getrokken salarisgrens levert geen ongelijk behandeling op omdat die voor iedereen geldt.

Conclusie

De jurisprudentie laat zien dat het bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een wijziging van arbeidsvoorwaarden inhoudelijk niet veel uitmaakt of wordt getoetst aan de criteria van art. 7:613 BW of aan die van art. 7:611 BW. Voor de zekerheid lopen rechters in de situatie waarin wel een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen en in de situatie waarin dat niet duidelijk het geval, beide toetsingscriteria na. Deze criteria brengen mee dat het in de eerste plaats aan de werkgever is om voldoende zwaarwegende argumenten aan te voeren die aanleiding geven voor en waaruit zijn belang blijkt bij een wijziging van de gemaakte afspraken. Daarbij dient hij als een goed werkgever zorgvuldig onderzoek te doen naar de gevolgen van een voorgenomen wijziging voor de rechtspositie van de werknemer en de impact daarvan op de bedrijfsresultaten of organisatiestructuur. Eerst daarna kan een wijzigingsvoorstel aan de werknemer worden gedaan. Vervolgens komt aan de orde of de inhoud van het wijzigingsvoorstel gelet op alle omstandigheden redelijk is. Is dat het geval dan is het aan de werknemer om, gelet op zijn eigen situatie maar ook op die van werkgever, te bepalen of hij als een goed werknemer het voorstel dient te aanvaarden of mag afwijken.

Uit de jurisprudentie komt naar voren dat voor een loonoffer waarbij de inhoud van de functie verder gelijk blijft, in het algemeen geen rechtvaardiging bestaat, indien de omstandigheden volledig in de risicosfeer van werkgever liggen. Bij demotie, waarbij zowel arbeidsvoorwaarden als functie-inhoud kunnen wijzigen, kan dat anders liggen. In ieder geval is het niet zo dat een werknemer altijd moet instemmen met elke wijziging van de arbeidsvoorwaarden wanneer het even minder gaat met het bedrijf. Maar soms zal hij enige flexibiliteit moeten opbrengen. ■

mr. M.D. Vis, zelfstandig advocaat Arbeidsrecht & Pensioenrecht, www.mariettevis.nl

Jurisprudentie: HR 26-06-1998 (NJ 1998, 767); HR 14-11-2003, nr. C02/109HR (LJN: AJ0513); HR 11-07-2008, nr. C07/018HR (LJN: BD1847); Kt. Utrecht 28-12-2011, 755893 UC EXPL 11-8243 MHE (LJN: BV3046); Kt. Eindhoven 9-05-2011, nr.740442 (AR 2011-0620); Kt. Rotterdam 11-10-2010, 1143591 (LJN: B01750); Kt. Wageningen 20-06-2012, 793611 \ CV EXPL 11-6195 \ 127\392 (LJN: BX0028); Hof Den Bosch 20-11-2012, HD 200.092.980 (LJN: BY4057); Hof Amsterdam 20-11-2012, HD 200.091.030

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl