

## ***Indexeren of niet?***

De inflatiecijfers zijn momenteel ongekend hoog. Een vraag die daardoor op dit moment bij veel werkgevers speelt, is of zij verplicht zijn het loon van hun werknemers te (blijven) indexeren, dat wil zeggen te verhogen op basis van bijvoorbeeld een prijs- of loonindex.<sup>1</sup> Reden voor ons om eens aandacht aan deze vraag te besteden.

Het antwoord op de vraag of de werkgever indexatie zal kunnen wijzigen, zal afhangen van het antwoord op de vraag of:

- 1) sprake is van een arbeidsvoorwaarde

en, zo ja:

- 2) of die arbeidsvoorwaarde kan worden gewijzigd

In dit memo gaan wij op beide vragen in (par. 1 en 2). Hierbij zetten wij de verschillende wijzen waarop een arbeidsvoorwaarde kan worden gewijzigd uiteen (par. 2). Deze uiteenzetting verwerken wij vervolgens in een overzichtelijk schema (par. 3). In het kader van de tweede vraag gaan wij tot slot in op het eventuele instemmingsrecht van de ondernemingsraad (par. 4). Wij sluiten af met een korte opmerking (par. 5).

### **1. Is inflatiecorrectie een arbeidsvoorwaarde?**

Om dat antwoord te kunnen geven, moet eerst worden vastgesteld of periodieke inflatiecorrectie een arbeidsvoorwaarde is voor de betrokken werknemers. Dit is het geval wanneer de inflatiecorrectie:

- a) is afgesproken

of

- b) volgt uit een vaste gedragslijn

#### ***a) Inflatiecorrectie is afgesproken***

Tussen werkgever en werknemer kan mondeling of schriftelijk zijn afgesproken dat de werkgever het salaris periodiek aanpast aan de inflatie. Als dit is afgesproken, is sprake van een arbeidsvoorwaarde,<sup>2</sup> waarop de werknemer in principe aanspraak kan maken.

---

<sup>1</sup> Zie gedetailleerd over indexatie en loonbeslissingen: <https://www.bexerhamstra.nl/webinar-inflatie-en-loonbeslissingen/>.

<sup>2</sup> Een recht op indexatie is een arbeidsvoorwaarde en geen 'instructie' als bedoeld in artikel 7:660 BW.

## ***b) Inflatiecorrectie volgt uit ‘gedragslijn’***

Soms zijn geen afspraken gemaakt over inflatiecorrectie, maar is het jaarlijks indexeren in de praktijk zo gegroeid. Het is dan de vraag of door die gedragslijn een ‘verworven recht’ is ontstaan, waardoor het toepassen van de inflatiecorrectie alsnog een arbeidsvoorwaarde is geworden. Is geen sprake van een arbeidsvoorwaarde, en was de eerdere inflatiecorrectie een ‘extraatje’, dan is het bepaalde in onderdeel c hieronder van toepassing. Het antwoord op de vraag of sprake is van een extraatje of een arbeidsvoorwaarde, is nog niet zo makkelijk te geven. Wel heeft de Hoge Raad ons daarvoor handvatten gegeven.<sup>3</sup> Het komt volgens de Hoge Raad aan op de zin die partijen aan elkaars gedragingen (en in verband daarmee staande verklaringen) hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen. In dit verband komt betekenis toe aan gezichtspunten als:

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

Aan de hand hiervan moet worden vastgesteld of de gedragslijn is verworven tot een arbeidsvoorwaarde. Als dat zo is, dan kan de werknemer net zoals onder a hierboven in principe aanspraak maken op toepassing van de inflatiecorrectie.

### ***Inflatiecorrectie is geen arbeidsvoorwaarde***

Soms is expliciet bepaald dat geen inflatiecorrectie geldt, wordt de salarisontwikkeling op een alternatieve manier ingevuld (vaak door het toepassen van een cao), of is geen sprake van een verworven recht op een dergelijke correctie. Als de inflatiecorrectie niet als arbeidsvoorwaarde geldt, rust op de werkgever geen verplichting om te indexeren. Van een in de praktijk toegepaste gedragslijn die nog niet is verworven tot een arbeidsvoorwaarde – zoals het bij wijze van extraatje (af en toe) indexeren – kan in principe ‘gewoon’ worden afgezien door de werkgever. De werkgever zal daarbij de beginselen van het goed werkgeverschap moeten volgen, maar van een (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden is geen sprake, zodat onderstaande (zware) toets dan ook niet hoeft te worden toegepast.

---

<sup>3</sup> HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976 (FNV/Pontmeyer). Zie na verwijzing Hof Den Haag 25 mei 2021, JAR 2021/172.

## 2. Wijziging arbeidsvoorwaarden

Is er sprake van een arbeidsvoorwaarde die de werknemer het recht geeft op indexatie van zijn salaris, maar wil de werkgever daartoe niet overgaan, dan zal de werkgever de arbeidsvoorwaarde in principe moeten aanpassen.

### *Wat is precies afgesproken?*

In de vorige zin staan niet zonder reden de woorden 'in principe'. Er moet namelijk eerst worden vastgesteld *wat* de precieze arbeidsvoorwaarde is. Een recht op indexatie hoeft immers niet altijd onvoorwaardelijk te zijn. Zo maakt het uit of bijvoorbeeld is afgesproken dat het loon elk jaar wordt geïndexeerd op grond van de inflatie zoals bepaald aan de hand van de consumentenprijsindex, of dat er staat dat dit gebeurt, tenzij er zwaarwegende bedrijfsredenen zijn om dat niet te doen. In dat laatste geval zal het niet-indexeren niet automatisch een wijziging van arbeidsvoorwaarden zijn. Immers, als zwaarwegende bedrijfsredenen kunnen worden aangetoond, dan is er conform afspraak geen recht op indexatie. In een dergelijk geval is er geen wijziging. Dat neemt niet weg dat de 'zwaarwegende bedrijfsredenen' moeten worden aangetoond. En in het jaar daarna bestaat als uitgangspunt opnieuw recht op indexatie.

Maar ook anderszins moet scherp worden gezien wat is afgesproken. Als de afspraak is dat de koopkracht moet worden gerepareerd, is dat een andere afspraak dan bijvoorbeeld de afspraak dat de inflatie op basis van de consumentenprijsindex wordt gecorrigeerd.<sup>4</sup> De consumentenprijsindex laat de gemiddelde prijsstijging zien van de goederen en diensten die consumenten kopen. Hierbij wordt geen rekening gehouden met (overheids)maatregelen om de koopkracht te repareren. Het bedrag om op basis van de consumentenprijsindex de inflatie te bestrijden zal gegeven de huidige overheidsmaatregelen de koopkracht te verbeteren dan ook hoger zijn dan het bedrag dat nodig is om de koopkracht gelijk te houden.

### *Wijzigingsmethoden*

Als wél een arbeidsvoorwaarde moet worden gewijzigd, dan staan de werkgever de volgende methoden ter beschikking:

- a) de werkgever vraagt de werknemer in te stemmen met het voorstel niet (volledig) te indexeren en de werknemer doet dat;
- b) de werkgever wijzigt het recht op (volledige) indexatie eenzijdig (dat wil zeggen: zonder instemming van de werknemer) met een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding;

---

<sup>4</sup> Waarbij soms de vraag is wat 'de consumentenprijsindex' precies betekent. Helder moet zijn welke referentieperiode wordt gehanteerd. Daarnaast bestaat de consumentenprijsindex afgeleid. Hierbij wordt behalve met prijsverloop van goederen en diensten ook rekening gehouden met de invloed van productgebonden belastingen en subsidies.

# SE-paper

- c) de werkgever stelt vanwege gewijzigde omstandigheden aan de werknemer voor af te zien van (volledige) indexatie, en van de werknemer kan op grond van het goed werknemerschap worden verwacht dat hij hiermee instemt;
- d) de werkgever beroept zich op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en betoogt dat op die grond niet van hem kan worden verlangd (volledig) te indexeren;
- e) de werkgever beroept zich op onvoorziene omstandigheden en betoogt dat op die grond niet van hem kan worden verlangd (volledig) te indexeren.

Let hierbij steeds op of het recht op indexatie verplicht is gesteld bij cao.<sup>5</sup> Als dat zo is, dan staat het de werkgever niet vrij om met de individuele werknemer andersluidende afspraken hierover te maken dan wel die indexatieverplichting (eenzijdig) aan te passen. De werkgever zal er in zo'n geval steeds rekening mee moeten houden dat onder andere de betrokken vakbonden hem – zelfs bij instemming van de werknemer geen aanspraak te maken op (volledige) indexatie – toch kunnen houden aan de cao-verplichting te indexeren.<sup>6</sup>

## **a) instemming van de werknemer**

De werkgever kan de werknemer vragen af te zien van het recht op (volledige) indexatie. Als de werknemer hiermee instemt, dan hoeft de indexatie niet (volledig) te worden betaald. Let steeds op: de instemming van de werknemer kan niet op lichtvaardige manier worden aangenomen. De werknemer dient *ondubbelzinnig* met het voorstel tot het afzien van (volledige) indexatie in te stemmen. Dat de werknemer zich niet expliciet verzet tegen het door de werkgever gedane voorstel, betekent strikt genomen nog niet dat de werkgever ervan uit mag gaan dat de werknemer instemt met de wijziging.<sup>7</sup>

## **b) eenzijdig wijzigingsbeding**

In de arbeidsovereenkomst kan een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW staan.<sup>8</sup> Dat is een schriftelijk beding waarin staat dat de werkgever onder bepaalde voorwaarden de arbeidsvoorwaarden gedurende de looptijd van de overeenkomst eenzijdig kan aanpassen. Als aan de formele eis is voldaan dat het wijzigingsbeding schriftelijk is opgenomen, moet ook aan de volgende materiële eisen zijn voldaan wil de werkgever succesvol een beroep op dit wijzigingsbeding kunnen doen: de werkgever moet (i) een zodanig zwaarwegend belang voor de wijziging hebben, dat (ii) het belang van de werknemer dat door

<sup>5</sup> En die cao van toepassing is op grond van de Wet CAO dan wel de Wet AVV.

<sup>6</sup> HR 19 maart 2021, *JAR* 2021/101 (POS/FNV) en HR 9 april 2021, *JAR* 2021/123 (Inforcontracting/Stichting naleving cao uitzendkrachten). Wij laten de discussie of vakbonden dat steeds mogen liggen. Zie hierover de conclusie van AG Hartlief, par. 4.43 e.v. inzake Inforcontracting/Stichting naleving cao uitzendkrachten. Ook is dit anders als de cao-partijen een afwijking van de cao zijn overeengekomen, als gevolg waarvan toch van volledige indexatie kan worden afgezien.

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld HR 28 mei 1999, *JAR* 1999/131 (Huijjerjans/Kuijpers) en HR 24 april 2010, *JAR* 2010/127 (Haliburton).

<sup>8</sup> Dat beding kan overigens ook in een collectieve regeling staan, zoals een personeelshandboek. Als in dat handboek de indexatie staat, dan kan het eenzijdige wijzigingsbeding uit dit personeelshandboek worden toegepast als ook aan de inhoudelijke voorwaarden voor wijziging is voldaan. Zie HR 18 maart 2011, *JAR* 2011/108 (Wegener).

# SE-paper

de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken.

De werkgever kan zich dus (i) alleen op het eenzijdig wijzigingsbeding beroepen als hij daar een 'zwaarwichtig belang' bij heeft. Slechte bedrijfseconomische resultaten of organisatorische redenen kunnen een zwaarwichtig belang voor de werkgever opleveren, waarvoor het belang van de werknemer onder omstandigheden zal moeten wijken. De werkgever is degene die het zwaarwichtig belang moet aantonen, bijvoorbeeld door cijfers te overleggen waaruit blijkt dat sprake is van slechte bedrijfseconomische resultaten.

Daarnaast moet (ii) worden onderzocht of het belang van de werknemer bij behoud van zijn arbeidsvoorwaarden op grond van de redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever om tot wijziging over te gaan. Hierbij is onder andere van belang of de werkgever ook andere oplossingen heeft onderzocht en of bijvoorbeeld een overgangsregeling is getroffen.

Verder zijn twee andere aspecten relevant. Ten eerste is genoemde belangenafweging 'relatief'. Dat wil zeggen: hoe minder ingrijpend de voorgestelde wijziging van de werkgever, hoe eerder de belangen van de werknemer moeten wijken en, omgekeerd, hoe ingrijpender de wijziging, hoe eerder de belangen van de werknemer zullen prevaleren.<sup>9</sup> Ten tweede is een akkoord met de ondernemingsraad (of vakbonden) over de voorgenomen wijziging van arbeidsvoorwaarden relevant. Hoewel zeker niet doorslaggevend,<sup>10</sup> zal bij een dergelijk akkoord veelal eerder worden aangenomen dat het zwaarwichtig belang om tot wijziging over te gaan aanwezig is en dat de wijziging redelijk is.

## *c) goed werkgever- en werknemerschap*

Als de werknemer niet wil instemmen met wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden en een eenzijdig wijzigingsbeding mist, kan de werkgever nog terugvallen op 'wijziging'<sup>11</sup> door middel van het goed werknemerschap.<sup>12</sup> De achtergrond van deze 'wijzigingsmethode' volgt uit het arrest Van der Lely/Taxi Hofman.<sup>13</sup> De toetsingsnorm van dit arrest, zoals later aangescherpt in het arrest Stoof/Mammoet,<sup>14</sup> luidt als volgt: (i) heeft de werkgever een aanleiding tot een redelijk voorstel, (ii) is het voorstel redelijk en (iii) dient de werknemer dit voorstel in redelijkheid te aanvaarden. Dat vormt tezamen de materiële norm van de redelijkheid en billijkheid. Vaak

<sup>9</sup> HR 17 januari 2020, *JAR* 2020/53 (Fairplay).

<sup>10</sup> HR 17 januari 2020, *JAR* 2020/53 (Fairplay).

<sup>11</sup> Hoewel deze methode in de praktijk vaak wordt geschaad onder de wijzigingsmodaliteiten, kan strikt genomen niet van wijziging worden gesproken. Het gaat om een voorstel dat in redelijkheid door de werknemer moet worden aanvaard. Zie hierover W. Bouwens, Niet-aanvaarding van redelijke wijzigingsvoorstellen, *ArA* 2021 (15) 3.

<sup>12</sup> Er was enige discussie of op deze basis collectief arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast. Recent heeft de Hoge Raad vastgesteld dat dit kan. Zie HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 (International Flavors & Fragrances).

<sup>13</sup> HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199.

<sup>14</sup> HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

# SE-paper

wordt ook getoetst aan de formele norm van de redelijkheid en billijkheid: is er een behoorlijk proces aan de voorgestelde wijzigingen voorafgegaan?

De Hoge Raad heeft in zijn 'wijzigingsarresten' duidelijk gemaakt dat sprake dient te zijn van gewijzigde omstandigheden op het werk, wil de werkgever op basis van artikel 7:611 BW tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden over kunnen gaan. Dat is een breed omlijnd criterium.<sup>15</sup>

Het tweede vereiste is dat het door de werkgever gedane voorstel redelijk moet zijn. Of dat zo is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad noemt in het arrest Stoof/Mammoet een aantal gezichtspunten dat daarbij een rol kan spelen, namelijk: (a) de aard van de gewijzigde omstandigheden, (b) de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel (zoals wel of geen salarisvermindering, wel of geen afbouwregeling<sup>16</sup>), (c) het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming, (d) de positie van de betrokken werknemer en (e) het belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.

De Hoge Raad maakt tot slot niet helemaal duidelijk op welke wijze, na de toetsing van de redelijkheid van het voorstel, andere gezichtspunten moeten worden betrokken bij het antwoord op de vraag of de werknemer het voorstel in redelijkheid had moeten aanvaarden. Het lijkt erop dat met deze laatste toetsing is elke geval '*persoonlijke, nog niet bij de werkgever bekende, omstandigheden moeten worden betrokken*'.<sup>17</sup>

## **d) beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid**

Hoewel deze norm in de praktijk een minder grote rol speelt, kan de werkgever zich jegens de werknemers ook op het standpunt stellen dat nakoming van de arbeidsvoorwaarde dat volledig moet worden geïndexeerd, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 BW). Hier zal de zogeheten beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol spelen, omdat een bestaande arbeidsvoorwaarde moet worden gewijzigd.<sup>18</sup> De drempel voor het kunnen toepassen van deze norm is (erg) hoog: het is niet relevant of onverkorte toepassing van de indexatievoorwaarde redelijk is of niet, het toepassen van de indexatie moet in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zijn.<sup>19</sup> Anders gezegd: geen redelijk mens zou hier anders over kunnen denken.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> In haar proefschrift concludeert Gundt niet zonder reden dat '*toepassing van artikel 7:611 BW in de meest uiteenlopende situaties mogelijk wordt geacht*.' Zie N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 50.

<sup>16</sup> A.R. Houweling e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: BJu 2020, p. 648.

<sup>17</sup> A.R. Houweling e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: BJu 2020, p. 650.

<sup>18</sup> Hiervan dient te worden onderscheiden de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, die een rol speelt als iets niet is geregeld (er moet in een leemte worden voorzien).

<sup>19</sup> Zie ook HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 471 (Frans Maas).

<sup>20</sup> H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5)*, Deventer 2017/33.2.

## **e) onvoorziene omstandigheden**

Een bijzondere regel voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is de regel van de onvoorziene omstandigheden uit artikel 6:258 BW: de rechter kan op verzoek van een van de partijen bij de overeenkomst onder meer de gevolgen van die overeenkomst wijzigen. Dit gebeurt op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Deze omstandigheden mogen bovendien krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen niet voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Toepassing van dit artikel in het arbeidsrecht is schaars. De rechter is zeer terughoudend bij het honoreren van een beroep op onvoorziene omstandigheden.

### **3. Kan de werkgever met succes weigeren de lonen (volledig) te indexeren?**

Nu de wijzigingsmethoden zijn besproken, zal weer worden teruggepakt op de vraag of de werkgever verplicht is het loon van zijn werknemers te indexeren.

#### ***Geen arbeidsvoorwaarde***

Als geen sprake is van een 'arbeidsvoorwaarde' – een arbeidsvoorwaardelijk recht op indexatie – kan de werkgever afzien van indexatie. Het is verstandig – en mogelijk zelfs verplicht uit hoofde van het goed werkgeverschap – uit te leggen waarom niet wordt geïndexeerd.

#### ***Wel arbeidsvoorwaarde, maar die laat ruimte***

Als wél sprake is van een arbeidsvoorwaarde, maar die arbeidsvoorwaarde laat ruimte om onder omstandigheden niet (volledig) te indexeren, dan kan de werkgever een beroep doen op die omstandigheden. De werkgever moet dan uitleggen en waarschijnlijk zelfs aantonen dat onder de huidige omstandigheden (volledige) indexatie niet aan de orde kan zijn. Hiervoor zullen waarschijnlijk dezelfde argumenten worden opgebracht die we hierna bespreken bij de eenzijdige wijziging, maar zal in principe geen afweging met de belangen van de werknemer hoeven plaats te vinden.

#### ***Arbeidsvoorwaarde die geen ruimte laat***

Als sprake is van een arbeidsvoorwaarde die geen ruimte laat om niet te indexeren, dan kan de werkgever daar niet van afwijken door middel van afspraken met de werknemers of eenzijdige wijziging, als de arbeidsvoorwaarde uit een cao volgt. De cao is van hogere orde

# SE-paper

en in strijd daarmee mag niet worden gehandeld. In het onderstaande gaan wij ervan uit dat de indexatie niet bij cao is voorgeschreven.<sup>21</sup>

De werkgever kan ondanks het recht van de werknemer op inflatiecorrectie via het volgende stappenplan tot een wijziging proberen te komen.

## 1.

Allereerst kan de werkgever met de werknemer proberen af te spreken toch niet (volledig) te indexeren. Van belang is dat de werknemer goed geïnformeerd en ondubbelzinnig met dit wijzigingsvoorstel instemt.

## 2.

Als de werknemer hiermee niet wil instemmen, of als er naar de smaak van de werkgever te veel werknemers zijn om toestemming aan te vragen, kan de werkgever pogen het recht op (volledige) inflatiecorrectie collectief te wijzigen. Als alle (betrokken) werknemers een eenzijdig wijzigingsbeding in hun arbeidsovereenkomst hebben, zal een werkgever een dergelijke wijziging vaak willen realiseren over de band van dat beding. De werkgever zal in een dergelijk geval moeten aantonen:

- (i) over een zwaarwegend belang te beschikken dat
- (ii) zo zwaar weegt dat het belang van de werknemer op toepassing van de inflatiecorrectie hiervoor dient te wijken.

## 3.

Is er geen sprake van een eenzijdig wijzigingsbeding, dan zal de werkgever de arbeidsvoorwaarde waarschijnlijk op grond van het goed werknemerschap willen wijzigen. De werkgever zal in zo'n geval moeten aantonen:

- (i) een aanleiding te hebben tot het doen van een voorstel
- (ii) welk voorstel redelijk is
- (iii) en waarbij van de werknemer – zijn persoonlijke omstandigheden in ogenschouw genomen – op grond van het goed werknemerschap in redelijkheid mag worden verwacht dat hij dit voorstel aanvaardt.

Een wijziging als hier aan de orde zal geen gemakkelijke opgave zijn. In de praktijk blijkt het voor de werkgever erg lastig lonen aan te passen.<sup>22</sup> De werkgever zal waarschijnlijk wel kunnen aantonen dat hij een reden heeft om te willen wijzigen. Het ligt voor de hand dat het volledig betalen van de inflatiecorrectie een sterke stijging van lonen tot gevolg zal hebben, terwijl het ook waarschijnlijk is dat de werkgever zelf zich geconfronteerd ziet met kostenstijgingen die zich niet zonder meer laten doorberekenen aan de klant. Maar dan de

<sup>21</sup> Voor nuances verwijzen wij naar voetnoten 5 en 6.

<sup>22</sup> Zekic heeft zelfs voorgesteld te verbieden dat lonen eenzijdig worden verlaagd. Zie N. Zekic, All is fair in love and crisis? Loonoffers en goed werknemerschap, TAP 2016/77.



# SE-paper

vraag of het niet (volledig) indexeren redelijk is respectievelijk dat met het hiertoe overgaan een zwaarwegend werkgeversbelang wordt gediend. De werkgever zal in dat verband waarschijnlijk niet algemeen mogen blijven. Dat wil zeggen, hij moet in principe kunnen aantonen dat in het licht van de resultaten (cijfers) en in het belang van de continuïteit van de onderneming de voorgestelde wijziging redelijk respectievelijk noodzakelijk is.<sup>23</sup> De werkgever zal hierbij idealiter moeten kunnen aantonen dat het niet (volledig) betalen van een dergelijke indexatie een relevant verschil maakt voor zijn toekomst. De enkele wens om niet-marktconforme salarissen tegen te gaan lijkt in dat verband onvoldoende.<sup>24</sup> Het belang van de werknemer om voor indexering in aanmerking te komen is bovendien niet gering: in financiële zin vertegenwoordigt de indexering een relevant bedrag en het niet-indexeren zal tot koopkrachtverlies lijden.<sup>25</sup> Het is op voorhand dus niet waarschijnlijk dat het belang van de werkgever om niet te indexeren zo maar zal prevaleren boven het belang van de werknemers op toepassing van indexatie. Er zal mijns inziens in elk geval een redelijk compromis moeten worden aangeboden. Zo kan het mogelijk redelijk zijn dat de werkgever rekening wil houden met de koopkrachtverbetering die werknemers kunnen krijgen door overheidsoptreden (terwijl de werkgever dergelijke steun niet krijgt, maar ook lijdt onder de verhoging van de kosten, bijvoorbeeld in branches waarin veel energie wordt verbruikt). Dat kan betekenen dat de inflatiecorrectie niet volledig, maar gedeeltelijk wordt toegepast. Of dat deze correctie over een iets langere periode wordt uitgesmeerd. Ook zal de positie van de ondernemingsraad hierbij een rol spelen. Als de ondernemingsraad de noodzaak voor de wijziging onderschrijft en het voorgestelde compromis redelijk acht, zal dat gewicht in de schaal leggen.<sup>26</sup> Over de rol van de ondernemingsraad zal onder 4 nader worden ingegaan.

Als een beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding en het goed werknemerschap niet slaagt, dan is het niet waarschijnlijk dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dan wel op onvoorziene omstandigheden de rechter op andere gedachten zal brengen. Over het algemeen wordt aangenomen dat de lat voor het behalen van die laatste toetsen hoger ligt.

---

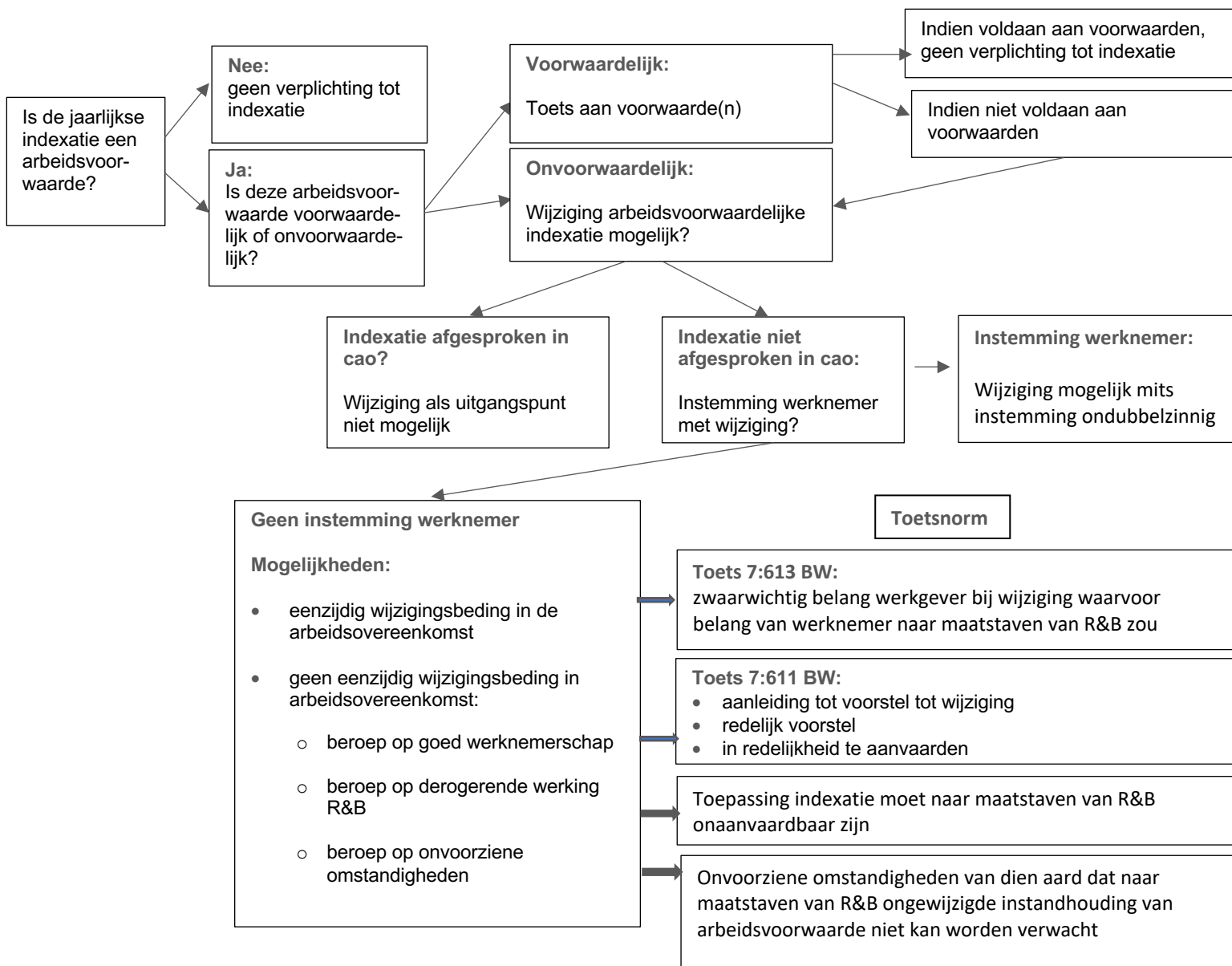
<sup>23</sup> Zie langs min of meer die lijnen bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel, 8 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:384 (Stork).

<sup>24</sup> Hof Den Haag, 25 mei 2021, *JAR* 2021/172.

<sup>25</sup> Hof Den Haag, 25 mei 2021, *JAR* 2021/172.

<sup>26</sup> Zie voor dat laatste bijvoorbeeld voorzieningsrechter Utrecht, 13 december 2013, *RAR* 2014/57 (Inbo) en de instemmende verwijzing hiernaar in Rb. Amsterdam 11 februari 2015, *JAR* 2015/62 (V&D).

## Schematisch betekent dit alles het volgende:



## 4. Positie ondernemingsraad

De werkgever (ondernemer) behoeft op grond van artikel 27 WOR de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van onder andere een 'beloningssysteem' (lid 1 sub e). Wellicht lijkt het bij eerste lezing makkelijk om te beoordelen of er sprake is van een wijziging van het beloningssysteem. Dat is het helaas niet.

### ***Impact op alle of in een groep van de onderneming werkzame personen***

Vooropgesteld zal de wijziging moeten zien op alle of op een groep van de in de onderneming werkzame personen, er moet sprake zijn van een wijziging van een zogenoemde regeling. De wijziging van de beloning van enkele 'losse' werknemers is dus niet instemmingsplichtig. Verder is krachtens artikel 27 lid 3 WOR geen sprake van een instemmingsrecht van de ondernemingsraad, als (een wijziging in) het beloningssysteem is geregeld in een cao.

### ***Geen wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde***

Verder – en hier zit in de praktijk de meeste onduidelijkheid – bestaat geen instemmingsrecht voor de ondernemingsraad bij een wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden (zoals een verhoging of een verlaging van het loon).<sup>27</sup> Daarover straks meer.

### ***Wijziging van een 'beloningssysteem'***

Van belang is voorts dat sprake is van een wijziging van een beloningssysteem. De term beloningssysteem is niet wettelijk gedefinieerd. De wetgever heeft hierover destijds het volgende opgemerkt:

*'Een beloningssysteem is een systeem volgens hetwelk beloningen worden berekend en aan bepaalde functies worden toegekend; het heeft betrekking op de onderlinge rangorde van de beloningen (bijvoorbeeld door indeling in loongroepen of salarisschalen).'<sup>28</sup>*

Het al dan niet systematisch indexeren van lonen kan, zoals ook uit het onderstaande zal blijken, onderdeel uitmaken van een beloningssysteem.

### ***Ook kleine wijzigingen***

Ook kleine wijzigingen in het beloningssysteem zijn instemmingsplichtig.<sup>29</sup> Dat neemt niet weg dat er wél een wijziging moet zijn. Als uit het beloningssysteem reeds volgt dat loonsverhogingen aan een bepaald plafond zijn gebonden, zal het toepassen van dat plafond geen wijziging van het systeem opleveren.<sup>30</sup> Zie langs min of meer gelijke lijnen hierboven onder 2, waar is opgemerkt dat eerst moet worden vastgesteld wat de arbeidsvoorwaarde precies is.

<sup>27</sup> HR 11 februari 2000, JAR 2000/86 (pretverlof).

<sup>28</sup> Kamerstukken I 1978/1979, 13 954, nr. 8d, p. 23.

<sup>29</sup> Anders dan bij veel deelonderwerpen in het adviesrecht ex artikel 25 WOR, gaat het bij instemming dus niet enkel om 'belangrijke' voorgenomen besluiten.

<sup>30</sup> Zie Ktr. Amsterdam, 19 december 1995, JAR 1996/23 (IBM).

# SE-paper

## ***Ten aanzien van het voorgenomen besluit (eenmalig) niet meer (volledig) te indexeren***

Dan de vraag of het, in afwijking van het beloningssysteem, niet (volledig) indexeren van het loon instemmingsplichtig is. Waar het voorgenomen besluit is dat de systematiek van het beloningssysteem wordt aangepast, door bijvoorbeeld een andere methodiek in te voeren op basis waarvan het loon periodiek wordt verhoogd<sup>31</sup>, of door een bepaalde groep voortaan geen indexatie meer te geven en een andere groep wel<sup>32</sup>, dan zal er weinig twijfel over bestaan dat het een instemmingsplichtig voorgenomen besluit betreft. Waar het gaat om het aanpassen van de hoogte van het loon zelf, gaat het om het niet-instemmingsplichtig aanpassen van een primaire arbeidsvoorwaarde.<sup>33</sup>

Lastiger is wat de situatie is als *eenmalig* – bijvoorbeeld in januari 2023 – in afwijking van het gebruikelijke systeem niet wordt geïndexeerd. In een dergelijk geval kunnen twee benaderingswijzen worden toegepast. De eerste benaderingswijze is dat het eenmalig niet indexeren geen ‘systeembesluit’ betreft, maar een besluit dat ziet op de beloningshoogte. En de beloningshoogte is een primaire arbeidsvoorwaarde, die als gezegd nu juist is onttrokken aan het instemmingsrecht.<sup>34</sup> De andere benaderingswijze is dat in een dergelijk geval nog steeds een systeemwijziging wordt doorgevoerd, zodat instemming is vereist. Zie de kantonrechter Rotterdam in een zaak waar voor groepen werknemers over een bepaald jaar geen prijscompensatie werd toegepast:<sup>35</sup>

*‘Naar het oordeel van de kantonrechter ziet de instemmingsbevoegdheid van artikel 27 lid 1 sub c WOR enkel op de wijze waarop de beloning wordt vastgesteld. Tot een beloningssysteem in de zin van genoemde wettelijke bepaling behoort een systeem waarbij de salarisschalen jaarlijks worden verhoogd met de prijscompensatie. Indien de lonen aan de hand daarvan over de gehele linie worden verhoogd, wordt het systeem als zodanig niet gewijzigd en is instemming van de Ondernemingsraad ook niet vereist. Ziet de werkgever echter in een jaar af van algemene toepassing van de prijscompensatie en worden de salarissen van sommige werknemers niet (volledig) verhoogd met de prijscompensatie, dan is sprake van een wijziging van het beloningssysteem, waardoor ook de onderlinge rangorde van de salarissen verschil ondergaat. In die zin is naar het oordeel van de kantonrechter in casu sprake van een beloningssysteem als bedoeld in genoemde wettelijke bepaling.’*

<sup>31</sup> Volgens de kantonrechter Amsterdam is het invoeren van een loonplafond ook het wijzigen van het beloningssysteem en daarmee instemmingsplichtig. Zie Kantonrechter Amsterdam, 19 december 1995, JAR 1996/23 (IBM).

<sup>32</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 1 juli 2002, JAR 2002/187.

<sup>33</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 23 mei 2006, JAR 2007/33 (ASML): ‘De aanspraak op een bonus en de maximale hoogte ervan zijn immers elk afzonderlijk maar ook tezamen genomen te beschouwen als direct betrekking hebbend op hoogte van de uiteindelijke beloning, waardoor ze (beide) moeten worden aangemerkt als een primaire arbeidsvoorwaarde.’ In deze zaak was volgens het hof echter iets anders aan de orde. Het betrof de aanpassing van de wijze waarop het beoordelingssysteem voor het bepalen van de uiteindelijke bonus was ingericht. Dat was weer wél instemmingsplichtig.

<sup>34</sup> Zie voor dat standpunt bijvoorbeeld P.G. Vestering en W.A. Zondag, Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen, TAP 2008, nr. 1, p. 23.

<sup>35</sup> Ktr. Rotterdam 11 november 2003, JAR 2003/290 (Crawford & Company).

# SE-paper

Het is (mij) overigens niet duidelijk of hier van doorslaggevend belang werd geacht dat de afwijking niet voor alle groepen van werknemers gold. Dat zou best kunnen, omdat het wijzigen van de onderlinge rangorde in salarissen over het algemeen wordt beschouwd als een systeemwijziging.<sup>36</sup> Naar onze mening zou dat een dragende omstandigheid moeten zijn.

## ***Betrokkenheid ondernemingsraad kan hoe dan ook nuttig zijn***

Los van het antwoord op de vraag of de ondernemingsraad *moet* worden betrokken bij het voorgenomen besluit niet (volledig) te indexeren, doet de werkgever er verstandig aan te overwegen dat mogelijk onverplicht toch te doen. Het betrekken van de ondernemingsraad kan het draagvlak van een besluit immers vergroten en kan als gezegd bovendien een rol spelen bij het al dan niet eenzijdig mogen wijzigen van arbeidsvoorwaarden.

## **5. Ten slotte**

Het besluit om al dan niet eenmalig niet (volledig) te indexeren zal niet lichtvaardig genomen moeten worden. Er zijn zoals uit het bovenstaande volgt nogal wat juridische consequenties aan verbonden. Maar ook los daarvan zal de werkgever goed moeten overwegen of zo'n besluit past in zijn bedrijfsfilosofie, hoe dit besluit valt bij zijn werknemers en of hij hierdoor voldoende aantrekkelijk blijft op de arbeidsmarkt. Als ook op termijn wordt gekozen voor een beleid zonder vaste indexatie, zal de werkgever hier vaak iets voor in de plaats willen stellen. Ook daar zal hij goed over na moeten denken en, als hij zelf niet over de expertise beschikt, hierbij hulp moeten inschakelen van deskundigen.



Contactpersoon:

**Zef Even**

T +31 10 201 35 00

F +31 10 201 35 01

M +31 6 20 74 38 39

E [zef.even@steensmaeven.com](mailto:zef.even@steensmaeven.com)

<sup>36</sup> Hof Amsterdam 14 december 2021, JAR 2022/45 (Atos): 'Het systeem op grond waarvan de beloningen worden berekend en/of aan bepaalde functies worden toegekend verandert niet; het heeft dus geen betrekking op de onderlinge rangorde van de beloningen.'