

ANNOTATIE

Zachte winters maken stinkende wonden

R.M. Beltzer

Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 23-02-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899 (AR-2015-0183)

1. Inleiding

Een zaak die in de media flink wat stof heeft doen opwaaien is het loonconflict tussen werknemers, vertegenwoordigd door FNV en CNV enerzijds en Vroom & Dreesman (verder: V&D) anderzijds. Niet alleen het loonconflict zelf was onderwerp van discussie, evenzeer was de toekomst van het zogenoemde middensegment in de retail onderwerp van vele bespiegelingen. Afgezien van de goedlopende La Place-restaurantformule van V&D lijkt de ‘gewonemenswinkel’ de afgelopen jaren in bedrijfseconomische mineur te verkeren. Dit lijkt een trend in de sector waarin V&D opereert: het topsegment en het ondersegment doen het relatief goed, het middensegment ondervindt, onder andere, veel concurrentie van bestellingen via internet. Een vergelijkbaar probleem speelt bij, bijvoorbeeld de HEMA. Deze constatering is niet zonder belang. De uitkomst van de procedure – V&D mag de lonen niet eenzijdig verlagen – zou wel eens een pyrrhusoverwinning kunnen blijken: de loonslag is weliswaar gewonnen, maar massaal reorganisatieontslag ligt op de loer.

2. Achtergrond bij de procedure

Bij V&D was op het moment van de procedure – zoals momenteel bij vele bedrijven in Nederland – geen cao van toepassing. De laatste cao V&D had een looptijd van 1 juli 2011 tot 1 februari 2013. Deze cao was stilzwijgend verlengd tot 1 februari 2014; V&D had deze cao tijdig opgezegd. Daarna had V&D de V&D Arbeidsvoorwaardenregeling en de V&D Arbeidsvoorwaardenregeling HP (voor hoger personeel) geïntroduceerd. Op de werknemers van V&D die in dienst waren gekomen vanaf 3 november 2014 of van wie de arbeidsovereenkomst na die datum was verlengd, was in de individuele arbeidsovereenkomst steeds de betreffende V&D Arbeidsvoorwaardenregeling (HP) van toepassing verklaard. Met andere woorden: ten aanzien van personeel dat daarvoor reeds in dienst was is dat niet expliciet gebeurd. De tekst van de toepasselijkheidsverklaring luidt:

‘Op deze arbeidsovereenkomst zijn de arbeidsvoorwaarden zoals vastgelegd in de “V&D Arbeidsvoorwaardenregeling 2014” van toepassing. Werknemer verklaart, door ondertekening van deze arbeidsovereenkomst, alle relevante regelingen te hebben ontvangen, zich met de inhoud daarvan te verenigen en zich naar de inhoud te gedragen. De regelingen kunnen, met inachtneming van de wettelijke bepalingen, eenzijdig door V&D B.V. worden gewijzigd. (...)’

Relevant is voorts dat er werknemers van V&D zijn – hoeveel dat er zijn, wordt in de uitspraak niet duidelijk – bij wie in de arbeidsovereenkomst het volgende beding is opgenomen:

‘Op deze arbeidsovereenkomst zijn de arbeidsvoorwaarden zoals vastgelegd in de “cao V&D B.V. 1 juli 2011 tot 1 februari 2013” van toepassing. Werknemer verklaart, door ondertekening van deze arbeidsovereenkomst, alle relevante regelingen te hebben ontvangen, zich met de inhoud daarvan te verenigen en zich naar de inhoud te gedragen. De regelingen kunnen, met inachtneming van de wettelijke bepalingen, eenzijdig door V&D B.V. worden gewijzigd. (...)’

Wat opvalt, is dat de kantonrechter in zijn vonnis spreekt van een wijzigingsbeding. Het lijkt te gaan om een incorporatie- en wijzigingsbeding in één. Ik heb in het verleden betoogd – en doe dat nog – dat incorporatiebedingen langs de lat van artikel 7:613 BW moeten worden gelegd (zie mijn bijdrage ‘Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt’, SMA 2006, p. 308-311).

De kantonrechter gaat kort in de op geschiedenis van V&D. Waarschijnlijk is die exercitie nuttig om een beeld te schetsen van de woelige periode waarin V&D verkeerde vanaf het jaar 2004, toen V&D werd overgenomen door een groep investeerders. De laatste eigenaar, sinds 2010, is Sun Capital, een onderneming ‘met een vermogen van omstreeks 9 miljard euro’. De kantonrechter beschrijft vervolgens dat de omzet vanaf 2012 een dalende lijn heeft laten zien: in 2012 bedroeg de omzet 646 miljoen euro, in 2013 619 miljoen euro en in 2014 604 miljoen euro. Een vergelijkbaar lot deelt het bedrijfsresultaat: in 2012 werd een verlies gemaakt van 19 miljoen euro, in 2013 van 42 miljoen euro en in 2014 van 49 miljoen euro. In 2013 was het nettoresultaat van La Place 4,1 miljoen euro positief en dat van V&D 46,5 miljoen euro negatief. In 2014 was het netto resultaat van La Place 5,4 miljoen euro positief en dat van V&D 55 miljoen euro negatief. Hierop heeft V&D actie ondernomen, zoals het stopzetten van dividenduitkeringen aan Sun Capital en het sluiten van enkele onderdelen. Ten aanzien van het personeel maakte V&D op 19 januari 2015 bekend de arbeidsvoorwaarden van de werknemers *die op dat moment onder de cao V&D vielen*, te willen reduceren en tussen 2015 en 2017 te willen terugbrengen naar het niveau van de cao INretail. Dit zou een loonsverlaging per 1 februari 2015 betekenen van 5,8%, een verdere reductie met maximaal 2,1% in 2016 en maximaal 2,1% in 2017 voor die werknemers van wie het salaris thans meer dan 5,8% hoger is dan het salaris volgens de cao INretail. Voorts zouden enkele andere arbeidsvoorwaarden vervallen, zoals de opgebouwde seniorendagen. Overleg hierover met FNV en CNV haalde tot driemaal toe uiteindelijk niets uit. Later, op 4 februari, heeft V&D deze voorgestelde reductie verzacht (zie r.o. 1.18).

Hierna, op 9 februari 2015, werd een akkoord gesloten tussen V&D Group Holding B.V., Sun

Capital, het consortium van financierende banken, de Belastingdienst en de verhuurders. Volgens dit akkoord zou Sun Capital een aanvullend bedrag storten van 30 miljoen euro en een achtergestelde lening verstrekken van 30 miljoen euro; 'het consortium van banken heeft de bestaande financieringsovereenkomst met V&D verlengd tot 5 januari 2017, mits V&D een kostenreductie zal realiseren van 25 miljoen euro; de belastingdienst gaat akkoord met het later betalen van belastingen mits overeenstemming zal worden bereikt over een herstructureringsplan en de verhuurders zullen over de maanden februari tot en met juli 2015 57% van de huur kwijtschelden, waarbij de kwijtgescholden huur op een escrow-rekening zal worden gestort die voor de verhuurders in geval van faillissement of surseance van betaling alsnog beschikbaar komt.' Kortom: hier wordt een beeld geschapen van schuldeisers die allen water bij de wijn doen. V&D deed om die reden een oproep aan de werknemers ook hun bijdrage te leveren. Bezwaar was echter dat geen der werknemers(vertegenwoordigers) had mogen aanschuiven bij de onderhandelingen die tot het akkoord hadden geleid. De bonden werden dus voor een *fait accompli* geplaatst en van hen en van de werknemers werd in feite verwacht, zonder voorafgaand overleg, een loonoffer te maken.

3. Vorderingen

FNV en CNV vorderden, kort samengevat, V&D te verbieden de lonen van haar werknemers eenzijdig te verlagen: V&D zou hier immers geen rechtsgrond voor hebben. V&D verweerde zich tegen de vorderingen en ging voor de bekende ankers liggen: goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW, het zwaarwegende belang ex artikel 7:613 BW, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW en de *imprévision* van artikel 6:258 BW. In reconventie vorderde V&D, op straffe van een dwangsom, de medewerking van eisers bij het doorvoeren van genoemde wijziging van arbeidsvoorwaarden, alsmede FNV en CNV te gebieden te bevorderen en ervoor in te staan dat hun leden medewerking verlenen aan de wijziging van arbeidsvoorwaarden.

Ter achtergrond voerde V&D het een en ander aan. Zo was de bedrijfseconomische situatie sinds 2013 snel verslechterd, 'mede als gevolg van de zachte winter in 2014' (deze laatste zin prikkelde mijn fantasie – zijn de stookkosten dan niet tevens lager?). Voorts zouden de huurkosten van de door haar gehuurde ruimten op maandbasis ongeveer 8 miljoen euro bedragen, en haar loonkosten op maandbasis ongeveer 9 miljoen euro – die laatste liggen volgens V&D 13,2% hoger dan de loonkosten op grond van de cao INretail. Daarnaast zouden de huurkosten van V&D in 2014 ten opzichte van het niveau in 2008 18% zijn gestegen, terwijl de omzet in die periode met 10% was gedaald en de markthuurlen in de periode 2008 tot 2013 met 12% was gedaald. V&D zou op dit punt een dure erfenis hebben, die allerlei nieuwkomers op de markt niet zouden hebben. Zonder loonaanpassing zou het met V&D verder bergafwaarts gaan.

FNV en CNV zagen weliswaar in dat kostenverlaging noodzakelijk is, maar stelden alternatieven voor: 'Is het noodzakelijk en verstandig om alle 63 winkels open te houden? Of zijn er andere onderdelen van de organisatie waarin gesneden kan worden? De bonden en de werknemers van V&D beseffen dat de antwoorden op deze vragen kunnen leiden tot

banenverlies, maar misschien valt dit te prefereren boven een algehele loonsverlaging?', aldus de FNV. Daar komt bij dat instemming met een loonsverlaging repercussies heeft voor de hoogte van de WW-uitkering. CNV wees nog op de gevolgen van de verlaging: men zou niet meer kunnen rondkomen. Uit het *FD* van 24 februari is op te maken dat werknemers van V&D gemiddeld € 22.500 verdienen, bij Blokker is dat € 24.000 en bij de Bijenkorf € 37.000.

4. Oordeel en commentaar

Nadat de kantonrechter heeft vastgesteld dat er geen reden is de verschillende wijzigingen afzonderlijk te behandelen – V&D presenteert ze immers als één pakket – beoordeelt hij de verschillende wijzigingsgronden. Hier zou men nog over kunnen twisten. Het aanpassen van het loon met zo'n 6% vergt denkkelijk een andere belangenafweging dan het afnemen van één seniorendag.

De kantonrechter vangt aan met het beroep op het wijzigingsbeding. Ofschoon punt van discussie is of een substantieel deel van de werknemers een dergelijk beding heeft ondertekend, neemt de kantonrechter dit niettemin als uitgangspunt. Naar het oordeel van de kantonrechter is uit de tekst van de bepaling 'op zichzelf niet ondubbelzinnig op te maken of onder "de regelingen" die eenzijdig kunnen worden gewijzigd, ook de cao moet worden verstaan, of dat de wijzigingsbevoegdheid slechts betrekking heeft op andere regelingen dan de cao. De cao V&D als zodanig kent geen eenzijdig wijzigingsbeding. De kantonrechter acht verder van belang dat V&D, als cao-sluitende partij, gedurende de looptijd van de cao op grond van artikel 14 Wet cao gehouden is de betreffende cao toe te passen. Voor leden van de FNV en CNV geldt zelfs dat op grond van de artikelen 9 en 12 Wet cao een van de cao afwijkend beding nietig is. Weliswaar zijn de bepalingen van de cao V&D thans nog slechts van toepassing als gevolg van de nawerking van de cao en de incorporatie van de cao-bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomsten, maar op het moment dat het wijzigingsbeding naar zeggen van V&D werd ingevoerd (begin 2011) gold de cao V&D als zodanig. V&D was dus gedurende de looptijd van de cao tot 1 februari 2014 hoe dan ook verplicht die cao-bepalingen toe te passen. Uit het schriftelijkheidsvereiste van het eenzijdig wijzigingsbeding zoals opgenomen in artikel 7:613 volgt dat er volledige duidelijkheid over dient te bestaan welke bepalingen of regelingen eenzijdig gewijzigd kunnen worden. Gelet op het voorgaande is daarvan in dit geval geen sprake.' Het beroep op artikel 7:613 BW wordt afgewezen.

Men kan zich afvragen of het ondubbelzinnigheidsvereiste geldt. In de praktijk worden *incorporatiebedingen* vrij werkgeversvriendelijk uitgelegd (zie, o.a., Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12 en Hof Den Haag 31 maart 2006, *JAR* 2006/136). De tekst is niet doorslaggevend gebleken. Indien men deze bedingen als species van wijzigingsbedingen ziet, waartoe men, los van de opvatting die ik hierover al eerder heb gedebiteerd, zou kunnen worden uitgenodigd in een geval als het onderhavige, waarin de incorporatie én de wijzigingsbevoegdheid in dezelfde bepaling staan, is het maar de vraag of de rechter deze strenge eis zou moeten stellen. Het Wegener-arrest (HR 11 maart 2011, *JAR* 2011/108) eist in ieder geval niet dat de werknemer 'met zijn neus op de feiten wordt gedrukt', al zegt dat arrest weer weinig over de vraag hoe de formulering van een dergelijk beding dient te luiden.

Bovendien kan men zich afvragen of de tekst van het beding niet duidelijk genoeg was. Het beding spreekt over wijzigingen van ‘de regelingen’, ‘met inachtneming van de wettelijke bepalingen’. Is het nu zo vergezocht c.q. onduidelijk hierin te lezen dat ex-cao-bepalingen – die nawerken, en dus niet langer onder de werking van artikel 9, 12 en 14 Wet CAO vallen – kunnen worden aangepast met een beroep op artikel 7:613 BW? Mag men, zoals de kantonrechter klaarblijkelijk doet, uit het feit dat het beding tijdens de looptijd van de cao gold, afleiden dat het niet kan zien op de nawerkende cao-bepalingen? Overigens laat dit onverlet dat een inhoudelijke toetsing aan het vereiste van zwaarwegendheid evenzeer in het nadeel van V&D zou hebben kunnen uitvallen – gezien hetgeen de kantonrechter hierna ten aanzien van de artikel 7:611-toets overweegt is dat zelfs te verwachten. De kantonrechter komt aan een inhoudelijk oordeel ten aanzien van de zwaarwegendheid niet toe.

Ook de toets aan artikel 7:611 BW kan V&D niet baten. Na verwezen te hebben naar de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet oordeelt de kantonrechter: ‘De Hoge Raad oordeelt dus dat een werknemer, bij gebreke van een beding op grond van artikel 7:613 BW, in beginsel niet gehouden is voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden: daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt. Van bereikte overeenstemming is in het onderhavige geval geen sprake.’ Ik heb dit altijd een vreemde constructie gevonden, omdat de Hoge Raad vervolgens duidelijk aangeeft wanneer een werknemer wél dient in te stemmen. Het lijkt erop dat een werknemer een positieve grondhouding dient te hebben, maar dit is in feite een irrelevante overweging. Een belangenafweging kan namelijk niettemin in zijn nadeel uitvallen, wat de zinsnede ‘dat hij in beginsel niet hoeft in te stemmen’ gratis maakt. Vervolgens loopt de rechter de drie criteria af: (1) de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven, (2) de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – (3) de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.

De kantonrechter neemt aan dat zich gewijzigde omstandigheden voordoen: zeer omvangrijke en ook in relatie tot de omzet grote verliezen zijn geleden en dit rechtvaardigt dat V&D tracht een kostenreductie te realiseren. Vervolgens moet worden getoetst of het redelijk is dat V&D juist de onderhavige wijziging van arbeidsvoorwaarden aan alle werknemers met een arbeidsovereenkomst aangegaan voor 3 november 2014 wil opleggen, en of acceptatie van die gewijzigde arbeidsvoorwaarden in redelijkheid van de werknemers kan worden geleverd – terecht behandelt de kantonrechter deze twee vragen gezamenlijk. Na afweging van de belangen – wat toch in wezen een feitelijke waardering is – komt de kantonrechter tot het oordeel dat, ‘indien op grond van het goed werknemerschap werknemers in situaties als de onderhavige akkoord zouden moeten gaan met een loonsverlaging zoals thans voorgesteld, dit op gespannen voet komt te staan met het wettelijk systeem van arbeidsrechtelijke bescherming. De Hoge Raad heeft zoals hierboven is vermeld immers overwogen dat werknemers in beginsel niet gehouden zijn zo’n wijziging tot arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarbij is van belang dat niet duidelijk is tot welk niveau een dergelijke

loonsverlaging dan mogelijk is en aan welke voorwaarden moet zijn voldaan.’ FNV en CNV hebben daarbij verwezen naar de rechtspraak, waarin nimmer een dergelijke loonsverlaging voor zo een grote groep is geaccepteerd.

Voor V&D pijnlijk lijkt mij de vingerwijzing die dan volgt. Hoewel onbetwist is dat het salarisniveau conform cao V&D beduidend hoger ligt dan het branchegemiddelde en dat de huurkosten 30% hoger liggen dan het gemiddelde, heeft V&D, ‘tezamen met andere bedrijven met wie zij op dat moment een concern vormde, omstreeks de jaren 2006/2007 al het onroerend goed waarin de V&D bedrijven gevestigd waren, verkocht voor een totaalprijs van 1,3 miljard euro. Dat bedrag betreft niet alleen de V&D-panden, doch ook die van de Hema en de Bijenkorf, maar dat neemt niet weg dat – in verhouding tot de vaak zeer lange dienstverbanden van veel werknemers – relatief kort geleden het onroerend goed van V&D voor een zeer groot bedrag is verkocht. V&D heeft niet duidelijk gemaakt aan wie die opbrengst ten goede is gekomen. V&D heeft ter zitting verklaard dat de huurkosten en de loonkosten op jaarbasis ongeveer evenveel bedragen, te weten 8 respectievelijk 9 miljoen euro per maand. Indien de panden niet zouden zijn verkocht, of wanneer de destijds verkregen verkoopprijs voor een deel ten goede zou komen aan de thans in rekening gebrachte huurkosten, dan zou in mindere mate de noodzaak hebben bestaan een ingrijpende reductie in het huur- én loonkostenniveau aan te brengen, dan thans het geval is.’ In feite geeft de kantonrechter hier een invulling van *corporate governance* – alle belangen dienen evenwichtig te worden behartigd – die in mijn optiek in de huidige tijd zeer pertinent is. Dat kan hij doen ter invulling van de toets ex artikel 7:611 BW, mede omdat hij daarbij de maatschappelijke opvattingen dient mee te wegen: het gaat niet aan grote bedragen ten goede te laten komen aan, vermoed ik, investeerders, en daarbij de belangen van anderen, zoals het personeel, daaraan ondergeschikt te laten zijn. Althans: uit niets blijkt dat het personeel ter gelegenheid van de grote onroerendgoedwinsten een *douceur* heeft gekregen. Het komt mij voor dat als dat zo zou zijn geweest, V&D daar op zou hebben gewezen (V&D heeft haar standpunten ter zitting onder andere met cijfers in een powerpointpresentatie toegelicht). Het recente verleden heeft vele voorbeelden laten zien waarin bedrijven in desolate staat zijn achtergelaten door het gedrag van investeerders, zonder dat een alerte en moedige rechter ingreep. Alleen al om die reden is deze uitspraak een juweel.

Op grond van voornoemde redenen slaagt het beroep op artikel 7:611 BW niet. Het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW volgt dit lot, omdat deze toetsing naar het oordeel van de kantonrechter minstens even streng is als de toets aan artikel 7:611 BW. ‘Met andere woorden: wanneer het door de werknemers niet accepteren van de door V&D gedane voorstellen tot aanpassing van arbeidsvoorwaarden niet in strijd is met het goed werknemerschap, dan valt niet in te zien dat de nakoming door de werknemers van die oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’ Dat lijkt mij een juiste conclusie. Waar artikel 7:611 BW een glijdende schaal laat zien, kent artikel 6:248 lid 2 BW een strenge toets die zich in feite aan het uiterste spectrum van de 611-toets bevindt. Het beroep op artikel 6:258 BW slaagt evenmin, nu V&D de kantonrechter niet heeft verzocht op grond van gewijzigde omstandigheden tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden van haar

werknemers te komen. De conclusie is dat V&D de loonsverlaging niet mag uitvoeren.

5. Reikwijdte vonnis

Formeel punt van aandacht is dat de FNV nakoming had gevorderd van de specifieke arbeidsvoorwaarden zoals deze voor 1 februari 2015 golden voor *alle werknemers* van V&D, dus niet beperkt tot haar leden. FNV kon echter in de procedure niet hard maken dat haar vordering namens de niet-leden gedragen werd door (een duidelijke meerderheid van) die niet-leden. ‘Voor zover de vordering van FNV betrekking heeft op andere werknemers dan haar leden wordt deze daarom afgewezen.’ De NRC pikte dit signaal direct op in zijn commentaar in de krant van 24 februari, maar liet helaas blijken niet goed gelezen te hebben: ‘Leden (...) mogen niet worden gekort op hun salaris. Bij de niet-georganiseerde werknemers mag dat wel.’ Dat is uiteraard onjuist. Het is niet alleen nergens in het vonnis te lezen dat dit zo zou zijn, het ligt ook geenszins voor de hand dat de kantonrechter ten aanzien van niet-leden anders zou oordelen: de uitkomst van de toetsen ex artikel 7:611, 7:613, 6:248 en 6:258 BW is niet afhankelijk van lidmaatschap.