

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.221.466/01

Zaaknummer rechtbank : 5278337 / CV EXPL 16-32305

arrest van 2 april 2019

in de zaak van

Federatie Nederlandse Vakbeweging,

gevestigd te Amsterdam,

appellante,

nader te noemen: FNV,

→ advocaat: mr. R. van der Stege te Utrecht,

tegen:

APM Terminals Rotterdam B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

geïntimeerde,

hierna te noemen: APMTR,

advocaat: mr. R.E.N. Ploum te Rotterdam.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 5 juli 2017 is FNV in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam, zitting houdende te Rotterdam, van 14 april 2017, gewezen tussen partijen. Bij memorie van grieven heeft FNV vier grieven aangevoerd. Deze grieven zijn door APMTR bij memorie van antwoord (met producties) bestreden. Partijen hebben hun zaak op 2 oktober 2018 doen bepleiten door de advocaten voornoemd. De advocaten hebben zich daarbij bediend van overgelegde pleitnotities.

Partijen hebben arrest gevraagd. Arrest wordt gewezen op het pleitdossier.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

- 1.1 APMTR houdt zich bezig met de ontwikkeling en de commerciële exploitatie van een containerterminal. Haar activiteiten bestaan uit laad-, los- en overslagactiviteiten voor de zeevaart. APM Terminals Maasvlakte II B.V. (hierna: APMT MVII) is een zusteronderneming die een containerterminal exploiteert op Maasvlakte-2.
- 1.2 APMTR heeft voor haar werknemers een ondernemings-cao gesloten met de vakbonden (hierna: de CAO). Deze heeft een looptijd van 1 januari 2014 tot en met

31 december 2017.

1.3 In de CAO is onder meer het volgende vermeld:

“Artikel 2: Vaststelling van de loon- en arbeidsvoorwaarden

De loon- en arbeidsvoorwaarden voor de werknemers zijn vastgesteld gelijk omschreven in de artikelen van deze overeenkomst, alsmede de aan deze overeenkomst gehechte en – overeenkomstig het bepaalde in artikel 3 – alsnog te hechten bijlagen, welke door partijen zijn gewaarmerkt.

Artikel 3: Aanvullingen en wijzigingen van de loon- en arbeidsvoorwaarden

Partijen keuren bij voorbaat goed dat loon- en arbeidsvoorwaarden, welke na ondertekening van deze overeenkomst tussen partijen mochten worden overeengekomen, alsnog aan deze overeenkomst zullen worden gehecht. Bij tussentijdse wijziging of aanvulling ten gevolge van algemeen overleg over de in deze overeenkomst genoemde en door partijen gewaarmerkte loon- en arbeidsvoorwaarden, zullen deze gewijzigde of nieuwe loon- en arbeidsvoorwaarden eveneens aan deze overeenkomst worden gehecht en door partijen worden gewaarmerkt. Deze overeenkomst blijft overigens onveranderd van kracht.

Artikel 4: Buitengewone veranderingen in de algemeen sociaal-economische verhoudingen

In geval van buitengewone veranderingen in de algemeen sociaal-economische verhoudingen in Nederland en/of wijzigingen in de loon- en prijspolitiek van de regering zijn zowel ondergetekende onder 1 als ondergetekenden onder 2 gerechtigd tijdens de duur van de overeenkomst wijzigingen van de overeenkomst, welke met deze veranderingen in direct verband staan, aan de orde te stellen. Partijen zijn in deze gevallen verplicht de aan de orde gestelde voorstellen in behandeling te nemen. [...]

Artikel 6: Verplichtingen van de werkgever

De ondergetekende onder 1 verbindt zich tegenover de ondergetekenden onder 2 de werknemers op geen andere voorwaarden arbeid te laten verrichten dan de in artikel 2 genoemde. [...]

Artikel 7: Verplichtingen van de werknemers

De ondergetekenden onder 2 verbinden zich tegen over ondergetekende onder 1 dat hun leden bij APM Terminals Rotterdam B.V. voor het verrichten van arbeid aan de werkgever geen andere voorwaarden zullen stellen dan de in artikel 2 genoemde en slechts op deze voorwaarden zich voor arbeid bij en voor de werkgever beschikbaar zullen stellen en hun werkzaamheden zullen verrichten. (...)

Artikel 9: Afwijkende regelingen

In bijzondere gevallen kan van deze loon- en arbeidsvoorwaardenregeling worden afgeweken, indien hierover tussen partijen overeenstemming is bereikt."

- 1.4 In februari 2015 is op initiatief van het Havenbedrijf Rotterdam het Sociaal Overleg Containersector (hierna: het sectoraal overleg) gestart met als deelnemers de werkgevers in de sector, waaronder APMTR en APMT MVII, de vakbonden en het Havenbedrijf zelf. Het doel van het sectoraal overleg was om te komen tot gezamenlijke afspraken met betrekking tot de (toekomstige) werkgelegenheid in de sector. Begin november 2015 is het sectoraal overleg vastgelopen, waarna de vakbonden eind van die maand een voorultimatum bij ieder van de betrokken werkgevers afzonderlijk hebben neergelegd.
- 1.5 Dit voorultimatum hield in de kern in: (1) een werkgelegenheidsgarantie voor werknemers in vaste dienst, (2) een uitbreiding van de Senioren haven fitregelingen, (3) een compensatie door het Havenbedrijf van de financiële schade die de bonden lijden als gevolg van het verlies aan werkgelegenheid en (4) medewerking aan een onderzoek naar het aanpassen van de zogenaamde Sjorverordening in de door de vakbonden gewenste zin.
- 1.6 In reactie op het ontvangen voorultimatum heeft APMTR de vakbonden bij brief van 30 november 2015 uitgenodigd voor een gesprek op 2 december 2015. Hierop hebben de vakbonden bij brieven van 1 december 2015 laten weten dat zij niet op de uitnodiging ingaan, omdat zij – kort gezegd – sectorale oplossingen willen om de werkgelegenheid van alle havenwerkers voor een langere periode te garanderen.
- 1.7 Door de werkgevers is op 11 december 2015 in het kader van het sectoraal overleg een tegenvoorstel gedaan. De vakbonden hebben dit voorstel niet geaccepteerd. Bij brieven van 31 december 2015 hebben zij vervolgens een ultimatum gesteld aan de afzonderlijke werkgevers. Dit ultimatum bevat in grote lijnen een herhaling van de eisen in het voorultimatum. Het bevat de aankondiging van collectieve acties als niet uiterlijk 6 januari 2016 om 12:00 uur integraal akkoord zou worden gegaan met deze eisen.
- 1.8 In reactie op het ultimatum heeft APMTR brief van 31 december 2015 de vakbonden uitgenodigd voor een bespreking op 6 januari 2016 en daarbij het volgende bericht:

"Wij hebben u recentelijk al uitgenodigd voor het voeren van overleg, te weten op 2 december 2015 welk overleg u heeft afgeslagen. U hebt aangegeven dat u uitsluitend sectorbreed wilt overleggen ondanks het feit dat wij met u een rechtstreekse relatie hebben. [...] Wij zijn van mening dat wij met elkaar in gesprek moeten blijven om op bedrijfsniveau een oplossing te zoeken. In aansluiting op de vorige uitnodiging gaan wij daarom graag met u in gesprek over de items die spelen. [...]"
- 1.9 De bonden zijn om de in r.o. 1.6 genoemde reden niet op de uitnodiging ingegaan.

- 1.10 APMTR heeft de vakbonden bij e-mail van 5 januari 2016 nogmaals uitgenodigd voor *“het voeren van technisch overleg op woensdag 6 januari 2016 om 11:00 uur”*. Op deze uitnodiging zijn de vakbonden ook niet ingegaan, waarop APMTR hen vervolgens op 6 januari 2016 de volgende e-mail heeft gestuurd:

“Graag nodigen wij jullie uit voor een bijeenkomst op donderdag 7 januari 2016 om 8:30 uur in Hotel van der Valk te Ridderkerk om jullie te consulteren over afspraken die de directie van APMTR voornemens is te maken met haar ondernemingsraad.”

- 1.11 Door het FNV is bij brief van 7 januari 2016 de volgende reactie gegeven:

“Als reactie op ons ultimatum van 31 december 2015 heeft u ons op 4 januari en 6 januari 2016 wederom uitgenodigd voor overleg. Wij hebben u naar aanleiding van beide brieven gevraagd of u in dit overleg op de eisen van ons ultimatum zou willen ingaan. Dit heeft u niet kenbaar willen maken. [...] Eventuele acties kunt u voorkomen door alsnog samen met de andere werkgevers en het Rotterdams Havenbedrijf op de eisen in te gaan zoals geformuleerd in ons ultimatum van 31 december 2015. Vanzelfsprekend zijn wij niet gebonden aan eventuele afspraken die u met uw ondernemingsraad maakt, noch kunnen dergelijke afspraken gezien worden als tegemoetkoming aan onze eisen.”

- 1.12 Op 6 januari 2016 heeft APMTR een *“Akkoord Werkgelegenheid APMT Rotterdam BV”* (hierna: het Akkoord) gesloten met de ondernemingsraad met betrekking tot (1) een verlenging van (a) de werkgelegenheidsgarantie en (b) de schadeloosstelling bij boventalligheid, (2) uitbreiding van de bestaande Senioren Fit regeling en (3) een vergoeding indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd.
- 1.13 Naar aanleiding van het Akkoord is op 7 januari 2016 door APMTR een aanvulling op de individuele arbeidsovereenkomst (hierna: de Aanvulling) opgesteld. Deze Aanvulling bevat de in het Akkoord gemaakte afspraken en is bedoeld om opgenomen te worden in de individuele arbeidsovereenkomsten. APMTR heeft de Aanvulling aan al haar werknemers verstuurd met het verzoek daarmee in te stemmen. Inmiddels heeft circa 85% van de werknemers van APMTR met de Aanvulling ingestemd.
- 1.14 Bij brieven van 11 januari 2016 hebben de vakbonden APMTR erop gewezen dat zij met het aanbieden van de Aanvulling de CAO niet naleeft en hebben zij APMTR verzocht dit aanbod aan haar werknemers in te trekken. Hierop heeft een correspondentiewisseling tussen partijen plaatsgevonden en op initiatief van APMTR een overleg op 21 januari 2016. Op een daaropvolgende uitnodiging voor een overleg op 27 januari 2016 hebben de vakbonden als volgt gereageerd:

“Wij hebben u aangegeven dat wij met u aanvullende afspraken willen maken, indien nodig, nadat wij sectoraal afspraken hebben gemaakt. Dat wij daartoe graag van u voorstellen ontvangen zodat wij deze ordentelijk met onze leden kunnen bespreken en t.z.t. met u inhoudelijk kunnen bespreken. Wij melden nog maar eens ten overvloede dat wij niet bereid zijn om het container sectoroverleg te ondermijnen door op bedrijfsniveau aparte afspraken te maken ten aanzien

van "mogelijk" dezelfde onderwerpen die in het sectoraal overleg aan de orde zijn. [...] Wel zijn wij bereid met u als Cao partij verkennend / informeel te overleggen op de door u aangegeven datum over de huidige situatie in het container sectoroverleg, uw aanbod aan individuele medewerkers en de motivatie uwerzijds waarom u denkt de Cao te mogen schenden."

- 1.15 Op 19 februari 2016 hebben de vakbonden APMTR in kort geding gedagvaard en (samengevat) gevorderd een verbod om aan haar werknemers voor te stellen de Aanvulling te ondertekenen. Bij vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam van 6 april 2016 zijn de vorderingen van de vakbonden afgewezen.
- 1.16 De werkgevers, de vakbonden en het Havenbedrijf Rotterdam hebben op 5 juli 2016 overeenstemming bereikt over het Werkzekerheidsakkoord containersector Rotterdam (hierna: het Werkzekerheidsakkoord). Hierin zijn onder meer afspraken vastgelegd over een werkgelegenheidsgarantie, een uitbreiding van de Senioren Haven Fitregeling en behoedzaam personeelsbeleid. De werkgelegenheidsgarantie gaat minder ver dan die van het Akkoord, nu de laatste niet afhankelijk is van het containervolume. De uitbreiding van de Senioren Haven Fitregeling is gelijk aan die van het Akkoord. In het Werkzekerheidsakkoord is een vergoeding indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd, niet geregeld.
- 1.17 In eerste aanleg hebben FNV en CNV – samengevat en voor zover in hoger beroep nog van belang – gevorderd:
- te verklaren voor recht dat de door APMTR met haar werknemers overeengekomen dan wel over een te komen aanvulling op de individuele arbeidsovereenkomst in strijd is met de CAO APMTR en daarom nietig is;
 - APMTR te veroordelen tot betaling aan ieder van de vakbonden (1) een bedrag van € 10.000,00 aan schadevergoeding in de zin van artikel 15 en 16 wet CAO, te vermeerderen met wettelijke rente en (2) een bedrag van € 5.000,00 aan vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met wettelijke rente;
 - APMTR te veroordelen in de kosten van dit geding.
- 1.18 De kantonrechter heeft de vorderingen van FNV en CNV afgewezen en hen in de proceskosten veroordeeld.
2. In hoger beroep vordert FNV – na vermindering van eis – vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog toewijzing van de in r.o. 1.17 genoemde vorderingen, met veroordeling van APMTR tot betaling van de proceskosten van beide instanties.
3. CNV is niet in hoger beroep gekomen.
4. AMPTR heeft geconcludeerd om FNV niet ontvankelijk te verklaren, althans het hoger beroep te verwerpen, het bestreden vonnis te bekrachtigen en FNV te veroordelen in de kosten van beide instanties.

-
5. Met de grievens 1 en 2 betoogt FNV dat de CAO een standaard en uitputtend karakter heeft. Elk beding in de individuele arbeidsovereenkomst dat meer, minder of andere arbeidsvoorwaarden toekent dan in de CAO is bepaald, is daarom nietig op grond van art. 12 lid 1 WCAO. FNV stelt dat de Aanvulling arbeidsvoorwaarden kent die alle afwijken van de in de CAO geregelde arbeidsvoorwaarden. Deze nietigheid treft daarom elk beding in de Aanvulling dat APMTR met een individuele werknemer overeenkomt.
 6. Het hof overweegt dat de nietigheid die hier aan de orde is steeds een nietigheid van rechtswege betreft van de bedingen die in strijd zijn met de bedingen van de CAO (art. 12 lid 1 WCAO). De gevorderde verklaring voor recht gaat niet verder dan deze nietigheid te bevestigen. Naar het oordeel van het hof heeft FNV als cao-partij een rechtens te respecteren belang bij de beoordeling van deze vordering (art. 3:303 BW). De argumenten die APMTR hiertegen inbrengt overtuigen niet. Het gaat er om dat FNV – er veronderstellenderwijs van uitgaande dat de CAO een standaard en uitputtend karakter heeft – er op moet kunnen vertrouwen dat APMTR gedurende de looptijd van de CAO geen afwijkende en daarmee nietige bedingen met haar werknemers overeenkomt; deze verklaring voor recht bevestigt dit vertrouwen.
 7. Of de verklaring voor recht toewijsbaar is, is een andere kwestie. De nietigheid van art. 12 lid 1 WCAO treft alleen de met de CAO strijdige bedingen die zijn overeengekomen tussen een werkgever en een werknemer die beide op grond van art. 9 lid 1 WCAO aan de CAO zijn gebonden. APMTR is op deze grond aan de CAO gebonden. Dat geldt niet voor al haar werknemers. Uitsluitend de werknemers die lid zijn van een vakbond die partij is bij de CAO – de zogenaamde georganiseerde werknemers – zijn op deze grond aan de CAO gebonden. In dit geval gaat het om de werknemers die lid zijn van FNV en/of CNV. De binding aan de CAO op grond van art. 9 lid 1 WCAO geldt niet voor werknemers die geen lid zijn van FNV en/of CNV. De nietigheid van art. 12 lid 1 WCAO treft hun arbeidsovereenkomsten niet.
 8. Het hof zal dan vervolgens beoordelen of de CAO een standaard en uitputtend karakter heeft, zoals FNV stelt. Deze beoordeling vergt uitleg van de CAO. Daarvoor geldt de zogeheten CAO-norm. Deze houdt in de kern in dat een bepaling van een cao naar de objectief kenbare betekenis moet worden uitgelegd. Deze betekenis dient te blijken uit de tekst van de cao en de eventuele bijbehorende toelichting daarop. Met de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een uitleg dient rekening te worden gehouden. Van een bijzondere situatie als bedoeld in HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 die tot afwijking van deze norm noopt, is hier geen sprake.
 9. APMTR stelt dat het voor de hand ligt aan te nemen dat een cao in beginsel geacht wordt een minimumkarakter te hebben, anders gezegd: dat werkgevers en werknemers meer en betere arbeidsvoorwaarden kunnen overeenkomen dan die van de cao, maar minder en slechter niet. Een cao met een standaardkarakter is een uitzondering op de regel. Dat geldt temeer voor een cao met een uitputtend karakter. Volgens APMTR dient het karakter van de cao per cao-bepaling te worden gezien. Daarbij past terughoudendheid met het aannemen van een standaard en uitputtend karakter, aldus nog steeds APMTR (conclusie van antwoord paragrafen 4.2 en 4.3 en sub 7.3.23). Voor zover APMTR hiermee betoogt dat er een algemene uitlegregel is die vergt dat een cao of cao-bepaling geacht wordt een minimumkarakter te hebben behoudens een ondubbelzinnige of bijzondere aanwijzing dat het anders is, is dat onjuist. Wel is het

zo dat een cao/cao-bepaling met een standaard en uitputtend karakter vergaand inbreuk maakt op de individuele contractsvrijheid en dat de eisen van rechtszekerheid vergen dat een dergelijke inbreuk daarop voldoende duidelijk moet zijn. Dit is een gezichtspunt waarmee bij de uitleg rekening moet worden gehouden.

10. Naar het oordeel van het hof heeft de CAO een standaard en uitputtend karakter, waarbij eenzijdige afwijkingen slechts dan zijn toegestaan voor zover de CAO in deze mogelijkheid zelf voorziet. Dit oordeel is gegrond op het volgende.

10.1. In art. 2 van de CAO is bepaald dat de loon- en arbeidsvoorwaarden zijn vastgesteld *“gelijk omschreven”* in de CAO en de bijlagen. Deze bijlagen kunnen nog worden gewijzigd/aangevuld door cao-partijen. Deze zijn verplicht om deze wijzigingen/aanvullingen aan de CAO te hechten (art. 3). APMTR verplicht zich voorts om haar werknemers *“op geen andere voorwaarden arbeid te laten verrichten dan de in artikel 2 genoemde”* (art. 6), terwijl de vakbonden er voor in dienen te staan dat hun leden *“geen andere voorwaarden zullen stellen dan de in artikel 2 genoemde en slechts op deze voorwaarden zich voor arbeid beschikbaar zullen stellen en hun werkzaamheden zullen verrichten”* (art. 7). In art. 9 van de CAO is dan nog bepaald dat in *“bijzondere gevallen”* van de CAO kan worden afgeweken *“indien hierover tussen partijen [hof: cao-partijen] overeenstemming is bereikt”*. Dit alles wijst op een afgebakend en uitputtend pakket aan – kort gezegd – arbeidsvoorwaarden, waarvan in beginsel niet eenzijdig mag worden afgeweken. Deze specifieke nadruk op en de explicitering van de verplichtingen van cao-partijen is niet nodig bij een cao met een minimumkarakter. Immers, de nakoming van een cao met een minimumkarakter is reeds verzekerd door de toekenning van de minimumrechten.

10.2. Van belang is ook dat FNV onvoldoende weersproken heeft gesteld dat bij de andere werkgevers in de containersector – het zusterbedrijf APMT MVII en de ECT-bedrijven – cao's met een standaardkarakter gelden. Volgens FNV is dit om concurrentie op arbeidsvoorwaarden in de containersector te voorkomen (memorie van grieven sub 43). Deze stelling is weliswaar betwist, maar deze betwisting is onvoldoende gemotiveerd. APMTR heeft aangevoerd dat loonconcurrentie *“natuurlijk”* niet kan worden voorkomen als andere werkgevers aan andere cao's zijn gebonden (memorie van antwoord sub 5.13). Dit argument gaat in zijn algemeenheid niet op. Immers, door het sluiten van ondernemingscao's met een standaardkarakter kunnen FNV en CNV bedoelde concurrentie voorkomen/beperken door gelijke of gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden overeen te komen. APMTR heeft niet aangevoerd dat de cao's in de containersector ongelijkwaardige arbeidsvoorwaarden kennen. APMTR voert wel nog aan dat afstemming van lonen op deze wijze mededingingsrechtelijk problematisch is. Het hof gaat hieraan voorbij, reeds omdat gesteld noch gebleken is welke consequenties deze eventuele (niet geconcretiseerde) problemen hebben voor het door FNV gestelde oogmerk.

10.3. Het uitputtend karakter van de CAO laat onverlet dat van de bepalingen van de CAO mag worden afgeweken voor zover de CAO zelf in deze mogelijkheid voorziet. FNV heeft dit ook erkend (memorie van grieven sub 37). Dat is bijvoorbeeld het geval bij het toekennen van een persoonlijke toeslag. Zo laat de

definitie van “*maandinkomen*” ruimte voor verschillen in inkomen voor – naar het hof begrijpt – werknemers in dezelfde functie (conclusie van antwoord sub 7.3.5). Immers, onder “*maandinkomen*” wordt verstaan “*het maandsalaris, vermeerderd met een eventuele roosterurentoeslag en een eventuele persoonlijke toeslag*”. Deze persoonlijke toeslag is zelf niet in de CAO geregeld, maar de mogelijkheid om deze eenzijdig toe te kennen is dus wel geregeld. Een ander voorbeeld is art. 12 van de CAO waarin over het “*Einde dienstverband*” op twee plaatsen is vermeld: “*Tenzij anders wordt overeengekomen tussen werkgever en werknemer*”. Weer een voorbeeld is art. 17 van de CAO waar over “*Inzetbaarheid*” is vermeld: “*Een en ander voor zover hiervan in de individuele arbeidsovereenkomst niet is afgeweken*”.

- 10.4. APMTR wijst er op dat art. 14 van de CAO spreekt van een “*standaardpensioenregeling*” en dat art. 23 vermeldt dat “*de in dit hoofdstuk genoemde salarissen bindend zijn*”. Het hof leidt – gezien wat hiervoor is overwogen – hier niet uit af dat de bepalingen van deze CAO alleen dan een standaardkarakter hebben indien deze bepalingen dat (steeds) zelf bepalen.
- 10.5. APMTR wijst er ook op dat binnen haar onderneming aanvullende regelingen gelden (aanzegtermijn, geheimhouding, onkostenvergoedingen en non-concurrentie) en dat zij met haar ondernemingsraad de pensioenregeling heeft aangepast in verband met de invoering van het Witteveenkader, en dat de vakbonden hiermee bekend waren. Volgens APTMR is dit een duidelijke aanwijzing dat de CAO niet uitputtend is bedoeld. Het hof gaat hier niet in mee. Deze bekendheid bij de bonden en het vervolgens niet optreden/protesteren tegen deze aanvullingen en wijzigingen kan een rol spelen bij de vraag of het aannemelijk is dat de CAO uitputtend is bedoeld. Het hof vindt deze omstandigheid echter van onvoldoende betekenis gezien de duidelijke tekst van de CAO. Daar komt bij dat de bonden ondanks de door hen verdedigde uitleg van de CAO redenen kunnen hebben om niet tegen bepaalde aanvullingen en wijzigingen op te komen.
11. Te beoordelen is dan of en zo ja, in hoeverre het Akkoord in strijd is met de CAO. Het Akkoord regelt als gezegd (1) een verlenging van (a) de werkgelegenheidsgarantie en (b) de schadeloosstelling bij boventalligheid, (2) uitbreiding van de bestaande Senioren Fit regeling en (3) een vergoeding indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd. Het hof overweegt als volgt.
 - 11.1. Het hof verwerpt de stelling dat deze onderwerpen geen “*arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen*” zijn in de zin van art. 1 lid 1 WCAO. Deze onderwerpen hebben een voldoende band met de “*eigenlijke arbeidsvoorwaarden*” (vgl HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5525, r.o. 3.2) om te voldoen aan de definitie van art. 1 lid 1 WCAO. Dat verklaart ook waarom de eerste twee onderwerpen in de CAO zijn geregeld.
 - 11.2. Het hof verwerpt hiermee dus ook de stelling dat de werkgelegenheidsgarantie van het Akkoord geen arbeidsvoorwaarde is omdat het de beslissing van APMTR is om al dan niet te reorganiseren. Daar komt nog bij dat de individuele werknemer zich in rechte op de werkgelegenheidsgarantie van de CAO kan beroepen. Dit onderstreept temeer dat deze garantie een arbeidsvoorwaarde is.

De werkgelegenheidsgarantie van het Akkoord (inclusief de schadeloosstelling bij boventalligheid) is in strijd met de regeling daarvan in de CAO. De garantie van het Akkoord is gaan lopen tijdens de looptijd van de CAO. Een met de individuele georganiseerde werknemer overeengekomen nieuwe garantie is dus nietig. Er kan geen rechtsgeldige conversie van deze garantie plaatsvinden in die zin dat deze garantie eerst na afloop van de CAO werking heeft (zie HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2921, r.o. 3.4).

- 11.3. De Senioren Fit regeling van het Akkoord is een uitbreiding van de regeling in de CAO en dus daarmee in strijd. Ook hier geldt dat deze uitbreiding is gaan lopen tijdens de looptijd van de CAO. Een met de individuele georganiseerde werknemer overeengekomen uitbreiding daarvan is nietig en kan om dezelfde reden als bij de werkgelegenheidsgarantie niet rechtsgeldig worden geconverteerd.
- 11.4. De vergoeding bij het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet in de CAO geregeld, terwijl de tekst van de CAO niet voorziet in de eenzijdige vaststelling van deze regeling. De met de individuele georganiseerde werknemer overeengekomen regeling daarvan is dus ook nietig.
12. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 1 en 2 slagen.
13. Grief 3 komt op tegen het oordeel (r.o. 4.17 tot en met 4.19) dat het buiten toepassing laten van het Akkoord en de Aanvulling voor zover het betreft de werkgelegenheidsgarantie, de schadeloosstelling bij boventalligheid en de Senioren Fit regeling tot een resultaat zou leiden dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 6:248 lid 2 BW.
14. Het hof overweegt als volgt.
In art. 6:248 lid 2 BW is bepaald dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Met "*de tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel*" die buiten toepassing moet worden gelaten doelt APMTR kennelijk op de gevolgen van (het standaard en uitputtend karakter van) de met FNV (en CNV) gesloten CAO. De toepasselijkheid daarvan is volgens APMTR naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat dit tot het resultaat zou leiden dat de met de (georganiseerde) werknemers overeengekomen Aanvulling niet rechtsgeldig is. Deze redenering gaat niet op, om de volgende reden. Als cao-partijen *in hun onderlinge verhouding* niet (langer) aan de CAO zijn gebonden – anders gezegd: de CAO tussen hen niet (meer) van toepassing is – leidt dit er niet toe dat georganiseerde werknemers óók niet meer aan de CAO zijn gebonden. De CAO is in werking getreden door aanmelding bij de Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving (UAW) van het ministerie SZW (art. 4 leden 2 en 3 Wet op de Loonvorming). Vanaf dat moment zijn georganiseerde werknemers op grond van art. 9 lid 1 WCAO *van rechtswege* gebonden aan de CAO. Door het buiten toepassing laten van de CAO in de contractuele verhouding tussen FNV en APMTR eindigt deze binding niet. Ook het rechtsgevolg dat van de CAO afwijkende bedingen in de individuele arbeidsovereenkomst nietig zijn, en dat is waar de gevorderde verklaring voor recht op

ziet, blijft in stand (art. 12 lid 1 WCAO). Reeds hierom slaagt grief 3.

15. Het hof zal toch, zij het ten overvloede, inhoudelijk oordelen over het beroep van APMTR op art. 6:248 lid 2 BW. Daarbij zal het hof tot (het onjuiste) uitgangspunt nemen dat de Aanvulling rechtsgeldig met de georganiseerde werknemers is overeengekomen – anders gezegd: niet nietig is – indien het beroep op art. 6:248 lid 2 BW opgaat. De reden voor dit oordeel ten overvloede is (1) dat partijen dit beide tot uitgangspunt hebben genomen, (2) daar uitgebreid over is gedebatteerd en (3) het uit het oogpunt van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zinvol kan zijn als het hof zich uitlaat wat partijen van elkaar als cao-partijen over en weer mochten verwachten in de gegeven situatie.
16. Het hof stelt hierbij voorop dat de rechter bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) de nodige terughoudendheid dient te betrachten. Dit geldt temeer indien het gaat om het buiten toepassing laten van regelingen die voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst, omdat dan tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is (vgl. HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 3.3). Ook de eisen van rechtszekerheid over het toepassingsbereik van de CAO noopt tot terughoudendheid.
17. Naar het oordeel van het hof gaat het beroep van APMTR op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet op, om de volgende redenen.
 - 17.1. Het hof stelt voorop dat APMTR en FNV zich als contractspartijen bij de CAO ten opzichte van elkaar dienen te gedragen naar wat de eisen van redelijkheid en billijkheid vergen (art. 6:2 lid 1 BW en als gevolg van deze eisen: art. 6:248 lid 1 BW).
 - 17.2. Werkgevers en vakbonden hebben zich vanaf februari 2015 aan het sectoraal overleg over werkgelegenheid in de containersector gecommitteerd. Bij dit overleg was ook het Havenbedrijf betrokken. Op enig moment is het overleg vastgelopen en hebben de vakbonden ultimatus gesteld. Deze ultimatus waren gericht aan de afzonderlijke werkgevers in de containersector en hadden (onder meer) tot doel de afzonderlijke ondernemings-cao's via het sectoraal overleg aan te passen. Er was geen sector-cao en FNV heeft onweersproken gesteld dat zij daar ook niet naar streefde omdat dit niet realistisch was.
 - 17.3. APMTR heeft ook het laatst gestelde ultimatum niet aanvaard. Dit zou er toe leiden dat er op 6 januari 2016 collectieve acties in de containersector zouden plaatsvinden.
 - 17.4. De uitnodigingen van APMTR aan FNV (en CNV) om overleg te voeren waren een reactie op de kort daarvoor gestelde ultimatus. Dit is uit de tekst en kop van de uitnodigingen af te leiden. Er mag worden aangenomen dat het de bedoeling van het gevraagde overleg was om de aangekondigde acties op het laatste moment af te wenden. Op dit punt is van belang dat APMTR zelf stelt dat de aangekondigde collectieve acties veel onrust veroorzaakte bij haar werknemers.

-
- 17.5. In de uitnodigingen is geen concreet tegenaanbod door APMTR gedaan.
- 17.6. De uitnodigingen zagen niet op regulier overleg over de (al dan niet aangepaste) verlenging van de CAO. Dat was op dat moment – laatstelijk 6 januari 2016 – nog niet aan de orde. De CAO had immers een looptijd tot en met 31 december 2017.
- 17.7. De vakbonden waren niet bereid om afzonderlijk met APMTR in overleg te treden. Dit zou in hun ogen de strategie om sectoraal afspraken te maken over – kort gezegd – werkgelegenheid ondermijnen. Deze strategie werd ingegeven door de gedachte dat het op sectoraal niveau maken van afspraken - over bijvoorbeeld collegiale inlening van werknemers door de werkgevers – in het belang was van al hun leden in de sector, waaronder de leden werkzaam bij APMTR. Het hof stelt op dit punt voorop dat het in beginsel aan de vakbonden is om hun strategie te bepalen. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden is het aan de rechter om te oordelen dat deze strategie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarvan is in dit geval geen sprake. De stelling dat de belangen van de werknemers in de sector “*ten koste van*” de werknemers van APMTR door de vakbonden zijn nagestreefd, is onvoldoende onderbouwd. Deze stelling suggereert dat er een belangentegenstelling was tussen deze werknemers. Het hof ziet dat niet in, temeer niet nu er uiteindelijk sectoraal vergelijkbare afspraken zijn gemaakt in het Werkgelegenheidsakkoord voor alle werknemers in de containersector. Daar komt bij dat het ook niet zo is dat APMTR wel bereid was aan het laatste ultimatum van de vakbonden toe te geven en de andere werkgevers niet, waardoor juist de werknemers van APMTR zijn gedupeerd door de weigering van de vakbonden om afzonderlijk met APMTR te onderhandelen.
- 17.8. APMTR stelt – geparafraseerd – dat zij genoodzaakt was om haar ondernemingsraad het Akkoord te sluiten. Het hof gaat hier niet in mee. Vanzelfsprekend was er bij de werknemers van APMTR onrust over de werkgelegenheid in de sector. Niet in geschil is immers dat in de containersector rekening werd gehouden met een serieus verlies aan werkgelegenheid. Maar aangenomen mag worden dat dit bij de andere containerbedrijven (zusterbedrijf APMT MV II en de ECT-bedrijven) ook zo was. Voor zover APMTR beoogt te stellen dat er bij haar een zo specifiek en acuut groot probleem was dat niet kon worden gewacht totdat er op sectoraal niveau afspraken waren gemaakt, en dat dit zichtbaar was voor de vakbonden, is dat niet onderbouwd.
- 17.9. De omstandigheden dat 85% van de werknemers van APMTR de Aanvulling heeft aanvaard en dat het Werkgelegenheidsakkoord in grote lijnen overeenstemt met het Akkoord, leiden niet tot een ander oordeel. Uit deze omstandigheden kan niet achteraf worden afgeleid dat de vakbonden zich evident onredelijk hebben gedragen om niet afzonderlijk met APMTR te onderhandelen.
18. Vanwege wat in r.o. 17.7 is overwogen, kan evenmin worden geoordeeld dat FNV misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt (art. 3:13 lid 2 BW).

-
19. APMTR stelt dat de vakbonden statutair gehouden zijn op te komen voor de belangen van werknemers. Het Akkoord en de Aanvulling zijn in het belang van de werknemers van APMTR en daarom is het instellen van onderhavige rechtsvordering nietig op grond van art. 2:14 BW, aldus APMTR. Het hof gaat hier niet in mee. Niet gezegd kan worden dat het instellen van deze rechtsvordering zich niet verdraagt met het opkomen voor (ook) de belangen van de werknemers van APMTR. Het is in beginsel aan de vakbonden om te bepalen hoe zij invulling geven aan hun statutaire doelstelling. Het in rechte nakoming vorderen van de door de vakbonden gesloten cao's past daarbij. Niet kan worden geoordeeld dat daarbij de belangen van de werknemers van APMTR zijn miskend (zie r.o. 17.7).
 20. Bij deze stand van zaken is de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar, met de beperking dat deze slechts ziet op de georganiseerde werknemers.
 21. Met grief 4 betoogt FNV dat APMTR (1) op grond van art. 15 en 16 WCAO is gehouden tot vergoeding van de schade die FNV heeft geleden door verlies aan vertrouwen, prestige en werfkracht en (2) buitengerechtelijke incassokosten dient te vergoeden. Het eerste bedrag becijfert FNV op € 10.000,-- en het tweede bedrag op € 5.000,--.
 22. Deze grief faalt. FNV heeft onvoldoende onderbouwd dat zij schade heeft geleden door verlies aan vertrouwen, prestige en werfkracht. FNV heeft ook onvoldoende onderbouwd dat zij buitengerechtelijke incassokosten heeft moeten maken.
 23. Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover daarbij de gevorderde verklaring voor recht is afgewezen. Deze zal alsnog worden toegewezen, met de beperking dat deze uitsluitend geldt voor de georganiseerde werknemers. De gevorderde schadevergoedingen zullen worden afgewezen. Bij deze uitkomst past dat de proceskosten in hoger beroep worden gecompenseerd.
 24. Het hof zal dan beoordelen of de proceskostenveroordeling van het bestreden vonnis vernietigd dient te worden. Naar het oordeel van het hof bestaat daartoe aanleiding vanwege het alsnog toewijzen van de verklaring voor recht. Het hof is ook van oordeel dat de overige vorderingen van FNV in eerste aanleg, die er in de kern toe strekten de afzonderlijk overeengekomen Aanvulling terug te draaien, terecht zijn afgewezen. FNV heeft bij deze vorderingen geen rechtens te respecteren belang omdat de betreffende rechten door het Werkgelegenheidsakkoord rechtsgeldig alsnog zijn toegekend. De vergoeding bij het niet verlengen van tijdelijke arbeidsovereenkomsten is in het Werkgelegenheidsakkoord niet opgenomen, maar FNV heeft niet onderbouwd welk belang er mee is gediend deze voorziening af te nemen. Ook in eerste aanleg zullen de proceskosten worden gecompenseerd.
 25. Het hof gaat voor het overige voorbij aan de bewijsaanbiedingen nu deze onvoldoende zijn betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen, dan wel niet ter zake dienend, omdat ook als de gestelde feiten zouden worden bewezen, dit niet zou leiden tot een ander oordeel.

Beslissing

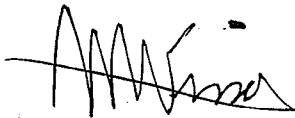
Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam van 14 april 2017, voor zover daarbij de gevorderde verklaring voor recht is afgewezen en FNV in de proceskosten is veroordeeld,

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat de door APMTR met haar werknemers overeengekomen dan wel overeen te komen aanvulling op de individuele arbeidsovereenkomst in strijd is met de CAO AMPTR en daarom nietig is, maar alleen voor zover het werknemers betreft die tijdens de duur van deze cao, te rekenen van het tijdstip waarop zij is aangegaan, lid waren of werden van FNV en/of CNV;
- compenseert de kosten van het geding in eerste aanleg;
- bekrachtigt het vonnis voor het overige;
- compenseert de kosten van het geding in hoger beroep;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.S. van Coevorden, D. Aarts en M.V. Ulrici en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 april 2019 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. R. VAN DER STEGE
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

