

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 8034453 CV VERZ 19-19346

vonnis van: 4 oktober 2019

fno.: 33494

vonnis van de kantonrechter inzake het verzoek ex artikel 96 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van:

1. de naamloze vennootschap Royal Schiphol Group N.V.

gevestigd te Schiphol, Gemeente Haarlemmermeer

verzoekster

nader te noemen: Schiphol

gemachtigden: mr. S.F. Sagel, mr. R. van Tricht, mr. E.M.H. Teeuwen, mr. R. van Haeringen

en

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV)

gevestigd te Utrecht

verzoekster

nader te noemen: FNV

gemachtigden: mr. S.N. Ketting, mr. J. Ipenburg

en

3. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid CNV Vakmensen.nl

gevestigd te Utrecht

verzoekster

nader te noemen: CNV

gemachtigden: mr. D.M. van Genderen, mr. M.E. Stefels

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Schiphol, FNV en CNV hebben op 11 september 2019 een verzoek ingediend als bedoeld in artikel 96 Rv. Schiphol enerzijds en FNV en CNV anderzijds hebben op 11 september 2019 voor 12.00 uur hun standpunten verwoord in een door hen afzonderlijk ingediende conclusie, met producties.

Schiphol en FNV en CNV hebben op 16 september 2019 voor 17.00 uur een nadere akte ingediend, waarbij aan de zijde van FNV en CNV twee producties zijn gevoegd.

Schiphol heeft voorts op 16 september 2019 bezwaar gemaakt tegen de door FNV en CNV ingediende akte met producties vanuit het beginsel van hoor en wederhoor. FNV en CNV hebben per brief van 17 september 2019 op dat bezwaar gereageerd.

De kantonrechters hebben op 17 september 2019 geoordeeld dat de handelwijze van FNV en CNV niet in strijd is met de door partijen gemaakte procesafspraken zodat niet nog een schriftelijke ronde zal volgen en dit per brief aan partijen medegedeeld. Daarbij is kenbaar gemaakt dat indien beide partijen menen dat hun standpunten onvoldoende naar voren zijn gebracht in de twee schriftelijke rondes een mondelinge behandeling kan worden bepaald. Partijen hebben aangegeven geen prijs te stellen op een mondelinge behandeling.

Vervolgens is vonnis bepaald op heden.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

Feiten

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast:
 - 1.1. Schiphol is een luchtvaartonderneming met de Staat als grootaandeelhouder (69,77%).
 - 1.2. Schiphol is een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet (Aw); Schiphol kwalificeert voorts als speciale sectorbedrijf in de zin van artikel 3.6 Aw.
 - 1.3. Schiphol is doende een verplichte Europese openbare aanbesteding te realiseren voor het plaatsen van raamovereenkomsten inzake de inkoop van beveiligingsdiensten van en rond de luchthaven.
 - 1.4. De cao Particuliere Beveiliging (verder: cao PB) is tussen FNV en CNV en De Unie enerzijds en de Nederlandse Veiligheidsbranche anderzijds afgesloten. De cao PB heeft een looptijd van 1 juli 2018 tot en met 30 juni 2023 en bevat in hoofdstuk 15 een '*Verbijzonderende regeling arbeidsvoorwaarden luchthavenbeveiliging*'. De cao PB is (aan vakbondszijde op verzoek van FNV, CNV en De Unie) algemeen verbindend verklaard tot 3 mei 2021. Dispensatie is verleend voor die werkgevers die op het moment van inwerkingtreding van de cao PB gebonden waren aan de cao Beveiliging (verder cao B). De cao B is tussen De Unie en Vereniging Beveiligingsorganisaties Nederland (verder: VBe NL) afgesloten en heeft een looptijd van 1 oktober 2018 tot en met 30 september 2019. FNV, CNV en De Unie hebben bezwaar gemaakt tegen deze dispensatieverlening, welke procedure thans nog loopt.

- 1.5. G4S Aviation Security (verder: G4S) heeft een ondernemings-cao afgesloten met FNV, CNV en De Unie (verder: cao G4S), welke een looptijd heeft van 1 juli 2018 tot en met 30 september 2020.
- 1.6. De volgende bedrijven verzorgen thans de beveiliging op en rondom Schiphol: I-SCG Nederland B.V., G4S, SD B.V.(Vebegeo), Securitas Transport & Aviation Security en CTSN.
- 1.7. In de zomer van 2018 zijn na stakingsacties afspraken gemaakt tussen FNV, CNV en De Unie enerzijds en drie beveiligingsbedrijven anderzijds betreffende beveiligers werkzaam op Schiphol in het kader van de beveiliging van de burgerluchtvaart. Deze afspraken zijn vastgelegd in het zogenaamde Schipholakkoord. Dit akkoord luidt als volgt:

Pre-ambule

Tussen enerzijds FNV Beveiliging, CNV Vakmensen, De Unie Security en anderzijds I-Sec Nederland, G4S AS en Securitas Transport & Aviation Security zijn afspraken gemaakt over de volgende onderwerpen voor beveiligers, werkzaam voor het contract met de Luchthaven Schiphol in het kader van de Beveiliging Burgerluchtvaart. De afspraken gelden van datum ondertekening tot 1 oktober 2020.

1. Werkdruk

Gezien de relatief hoge werkdruk op een aantal processen binnen de luchthaven Schiphol wordt overgegaan tot een roostersystematiek die de werkdruk verlaagt. Hiertoe wordt een werkgroep samengesteld van partijen betrokken bij deze afspraken die uiterlijk Q1 2019 aanbevelingen doet. FNV en CNV stellen hierbij een roosterexpert beschikbaar in een adviserende rol. Hierbij wordt in ieder geval aandacht gegeven aan kortcyclisch voorwaarts roteren, 4 weken vooruit plannen (rollend rooster) en met zeggenschap over het rooster, waaronder 1 regeldag (roostervrij, niet beschikbaar onder nader af te spreken spelregels) per maand. Eerdere adviezen van Syntro worden meegenomen.

2. Arbeidsduur

De arbeidsduur op fulltime basis wordt per 1 januari 2021 verkort van 152 uur naar 148 uur per loonperiode. Voorts zal per 1 januari 2022 de arbeidsduur nogmaals worden verkort van 148 naar 144 uur per loonperiode op fulltime basis. Deze afspraak is gefinancierd binnen de loonruimte van deze afspraken set.

Werkgevers betrokken bij dit akkoord bespreken voorstellen van vakbonden ten aanzien van de zgn. 80-90-100 regeling vanuit een positieve grondhouding met werknemersvertegenwoordigers betrokken bij de CAO PB als onderdeel van nader af te spreken maatregelen voor duurzame inzetbaarheid.

Meer- en of minderuren worden geminimaliseerd en fluctuaties worden beperkt. Hiertoe wordt een proces ingericht.

3. Loonsverhoging en eenmalige uitkering

De lonen en loonschalen worden structureel verhoogd met 2,5% met ingang van loonperiode 1 2019. De lonen en loonschalen worden structureel verhoogd met 2,5% met Ingang van loonperiode 1 2020.

In de eerst mogelijke loonbetaling na het definitief worden van dit akkoord wordt een eenmalige objectgebonden toeslag uitbetaald van maximaal EUR 700,- bruto op basis van de arbeidstijd (conform de definitie van arbeidstijd in de CAO PB), exclusief overwerk van de afgelopen 52 weken. De uitbetaling wordt gedaan aan alle werknemers die een actief dienstverband hebben ten tijde van de uitbetaling.

Eventueel ingehouden salaris ten gevolge van deelname aan werkonderbrekingen in 2018 wordt gerestitueerd.

Tenslotte bespreken werkgevers voorstellen van de vakorganisaties inzake wijziging van de eindejaarsuitkering-regeling vanuit een positieve grondhouding met werknemersvertegenwoordigers betrokken bij de CAO PB, met als doel deze regeling rechtvaardiger te maken.

4. Overig

Gezien de omvang en zekerheid van het contract met de luchthaven Schiphol is het uitgangspunt het operationele personeelsbestand uit minimaal 80% voor contracten voor onbepaalde tijd te doen bestaan. Er is begrip dat in de dynamiek van de populaties in geval van fluctuaties van de populatie hiervan kan worden afgeweken.

Partijen onderschrijven het belang van respect voor elkaar en werkgevers waarborgen hiertoe laagdrempelige toegang tot vertrouwenspersonen. Hiertoe vindt actieve communicatie plaats.

Gezien het frequent en vele gebruik van nieuwe technologie op Schiphol wordt speciale aandacht besteed aan het verbeteren van de duurzame inzetbaarheid/employability van medewerkers. Er wordt een project ingesteld in samenwerking met het Luchtvaart Community Schiphol (LCS) Hierbij wordt gepleit voor een vaste positie voor de vakbonden binnen het LCS.

Daarnaast kunnen projecten worden ingediend gericht op bewustwording van de noodzaak tot competentie ontwikkeling voor de eigen functie en/of andere functies. Benodigde subsidie wordt aangevraagd bij de Stuurgroep Opleiden (voorheen SOBB).

Bovenstaande afspraken worden verwerkt in Hoofdstuk 15 van de cao PB.
(vetgedrukt, ktrs)

Aanvullend is er een aantal punten die G4S AS specifiek besproken dienen te worden waaronder reiskosten en aanloopschalen, in samenhang met andere dossiers waarbij het uitgangspunt is dat deze in samenhang met andere dossiers worden besproken.

Bovenstaande afspraken maken integraal onderdeel uit van nader te maken afspraken tussen bij dit akkoord betrokken werknemersorganisaties en G4S AS. Bovenstaande afspraken gelden alleen indien er overeenstemming wordt bereikt over de cao G4S AS."

- 1.8. De afspraken uit het Schipholakkoord (drie van de vier) zijn op de volgende wijze neergelegd in de algemeen verbindend verklaarde cao-PB (vetgedrukt ktrs):

Voorwaarde arbeidsduur

Artikel 6 van hoofdstuk 15 AVV CAO PB

De arbeidsduur op fulltime basis wordt voor de werknemer die werkt binnen de Schiphol tender onder het Beveiligingsplan Burger Lucht Vaart per 1 januari 2021 verkort van 152 uur naar 148 uur per loonperiode en per 1 januari 2022 zal de arbeidsduur nogmaals worden verkort van 148 naar 144 uur per loonperiode op fulltimebasis.

Voorwaarde loonsverhoging

Artikel 42 AVV CAO PB

Op de eerste dag van loonperiode 1 2020 worden zowel de salarisschalen als de feitelijke salarissen structureel verhoogd met 2,5%.

Op de eerste dag van loonperiode 1 2021 worden zowel de salarisschalen als de feitelijke salarissen structureel verhoogd met 2,5%.

De loonstijging bedraagt in de periode 2020 tenminste 2,5% of de stijging van CPI (Consumenten Prijs Index) als deze hoger is. De referentieperiode voor de CPI is 7 oktober tot en met 30 september van het voorafgaande jaar.

Voorwaarde contracten

Artikel 12 AVV CAO PB aangaan arbeidsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd. Het uitgangspunt binnen het operationele personeelsbestand (beveiligers) voor de verhouding flex-vast is dat minimaal 80% van de arbeidsovereenkomsten bestaat uit arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Er is begrip dat in de dynamiek van de populaties in geval van fluctuaties van de populatie hiervan tijdelijk kan worden afgeweken.

- 1.9. De afspraken uit het Schipholakkoord zijn ook neergelegd in de cao G4S (zie onder 1.5), en wel op de volgende wijze (vetgedrukt ktrs):

Werkdruk in CAO G4S.

‘Uiterlijk Q1 2019 zal de werkgroep aanbevelingen doen en zullen aanpassingen in de roostersystematiek uiterlijk Q1 2020 ingevoerd worden met het streven (eventueel op onderdelen) daar waar mogelijk dit eerder te laten ingaan.’

‘De Ondernemingsraad van G4S Aviation Security heeft op het rooster instemmingsrecht conform artikel 27 van de WOR en zal betrokken worden bij de werkgroep en daar waar vereist zal een instemmingsaanvraag worden ingediend.’

Arbeitsduur in CAO G4S

‘Omdat de cao G4S uitgaat van maandelijkse loonperiodes in plaats van 4 weken zal de arbeidsduur op fulltime basis per 1 januari 2021 worden verkort met gemiddeld 1 uur per week. Voorts zal per 1 januari 2022 de arbeidsduur nogmaals worden verkort met gemiddeld 1

uur per week op fulltime basis. Dit is bedoeld als hersteltijd binnen een maandelijkse loonperiode. Dit houdt in dat de arbeidsduur op fulltime basis per 1 januari 2021 wordt verkort van 173,33 uur naar 169 uur per maand. Voorts zal per 1 januari 2022 de arbeidsduur nogmaals worden verkort naar 164,67 uur per maand op fulltime basis.'

80-90-100% regeling in CAO G4S

'Aansluitend aan de 80-90-100 regeling binnen cao PB wordt in de cao G4S hier de aansluiting op gezocht.'

Loonsverhoging in CAO G4S

Geen afwijkende afspraken gemaakt van het Schipholakkoord

80% vast contract in CAO G4S

Geen afwijkende afspraken gemaakt van het Schipholakkoord"

- 1.10. De huidige contracten tussen Schiphol en de Beveiligingsbedrijven lopen op 3 november 2020 af. Sinds 18 april 2019 is Schiphol daarom bezig met de voorbereiding van de aanbesteding van raamcontracten voor de uitvoering van beveiligingsactiviteiten op Schiphol tot november 2024. Deze nieuwe beveiligingscontracten kunnen tweemaal met een periode van 2 jaar worden verlengd. Deze aanbesteding bestaat uit 2 fases. In fase 1 worden de raamovereenkomsten aan maximaal 7 beveiligingsbedrijven gegund. De gunning in deze fase is gepland medio november 2019. In fase 2 worden via een 'minicompetitie' de nadere opdrachten (de specifieke beveiligingsactiviteiten) gegund. Deze 2^e gunning is gepland in mei 2020.
- 1.11. In de inschrijvingsleidraad staat onder meer het volgende:
"De raamovereenkomst alsook de opdrachten worden gegund op basis van het gunningscriterium "beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV)." Vermeld wordt voorts dat in iedere minicompetitie onder meer de prijs als criterium wordt uitgevraagd en beoordeeld. En verder: "Vandaar dat Opdrachtgever scherp stuurt op de totale kostenontwikkeling van de beveiliging. Het is het streven van de Opdrachtgever om ondanks de groei in passagiers de securitykosten per passagier te reduceren."
- 1.12. De concept raamovereenkomst vermeldt in artikel 13.2:
"Het beveiligingsbedrijf verplicht zich om aan zijn wettelijke verplichtingen tot afdracht van premies werknemersverzekeringen, premies volksverzekeringen en loonbelasting, alsmede voldoening van omzetbelasting die verband houden met de aan hem opgedragen opdracht, stipt te voldoen en voorts, voor zover van toepassing, de toepasselijke cao stipt na te leven. (.....)"
- 1.13. Op 2 juli 2019 is overleg gevoerd tussen Schiphol en FNV en CNV met betrekking tot in de aanbestedingstender te stellen sociale voorwaarden. Schiphol heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat het in strijd is met de aanbestedingsregels om in die aanbesteding als sociale voorwaarde op te nemen dat minimaal de algemeen verbindend verklaarde cao PB moet worden toegepast op personeel dat op Schiphol werkt.

- 1.14. Partijen hebben beiden advies ingewonnen over de juridische toelaatbaarheid van het stellen van de beoogde voorwaarden in de aanbesteding. Deze adviezen komen niet overeen.
- 1.15. In de brief van Schiphol van 10 juli 2019 staat onder meer:
“ wij hebben in ons gesprek aangegeven dat wij inhoudelijk grotendeels op een lijn zitten en dat wij zeker ook het standpunt delen dat concurrentie op arbeidsvoorwaarden onwenselijk is. Dit standpunt laten wij in de aanbesteding ook nadrukkelijk tot uiting komen ”.
- 1.16. Op 10 juli 2019 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen Schiphol en FNV en CNV. Daarbij is ook de bezwaarprocedure van FNV en CNV (en De Unie) tegen de dispensatieverlening betreffende werkgevers gebonden aan de cao B als mogelijke oplossing aan de orde gekomen. Daarover is blijkens de brief van Schiphol van 11 juli 2019 het volgende besproken en afgesproken:
“Gistermiddag hebben wij met elkaar gesproken over de mogelijke oplossingsrichtingen in de discussie rondom onze aanbesteding van de beveiligingsdiensten. Wij bespraken dat de oplossing kan liggen in de bezwaarprocedure die (onder meer) FNV en CNV zijn gestart tegen de dispensatie die de minister van SZW heeft verleend aan de Vereniging Beveiligingsorganisaties Nederland ten aanzien van de algemeen verbindend verklaring van de cao particuliere beveiliging. Aangezien die bezwaarprocedure naar verwachting enige tijd in beslag zal nemen hebben wij afgesproken dat wij de datum waarop de nota van inlichtingen wordt verzonden (25 juli 2019) zullen uitstellen naar uiterlijk 15 september 2019. Gedurende deze periode van uitstel zullen wij in gesprek gaan met het ministerie van SZW over de dispensatieverlening en de eventuele ongewenste gevolgen daarvan voor de beveiligingsmedewerkers op Schiphol.”
- 1.17. Partijen hebben het verschil van mening over de aanbestedingsregels ondanks overleg niet kunnen oplossen, waarna FNV en CNV collectieve acties bij de beveiliging op Schiphol hebben aangekondigd. Schiphol heeft daarop een kort geding geëntameerd bij rechtbank Noord-Holland, locatie Haarlem, team kanton. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 30 augustus 2019. Op dezelfde dag heeft de kantonrechter mondeling uitspraak gedaan. Hij heeft de vordering van Schiphol om de collectieve acties te verbieden afgewezen.
- 1.18. Op 31 augustus 2019 hebben Schiphol en FNV en CNV afspraken gemaakt over de lopende aanbesteding van de beveiligingsdiensten. Daarvan is het volgende verslag opgemaakt:
“Op 31 augustus 2019 heeft er overleg plaatsgevonden tussen Schiphol enerzijds en FNV en CNV anderzijds. In dat overleg hebben partijen afspraken gemaakt over de ultimatus van FNV en CNV van respectievelijk 27 augustus 2019 en 30 augustus 2019. Uitgangspunt van deze afspraken is het ‘Schipholakkoord’ van 28 augustus 2018 (zoals aangehecht, zie onder 1.7, ktrs). Concreet hebben partijen afgesproken dat Schiphol in de lopende aanbesteding van de beveiligingsdiensten de volgende afspraken uit het Schipholakkoord zal opnemen:
1. Werkdruk

Ten aanzien van deze afspraak zal Schiphol inschrijvers verplichten zich te conformeren aan de uitkomsten en afspraken van de werkgroep roostersystematiek (onder meer bestaande uit een vertegenwoordiging van de vakbonden FNV, CNV en De Unie) zoals die naar verwachting in oktober 2019 zullen worden gemaakt.

2. Arbeidsduur

Schiphol zal inschrijvers verplichten de arbeidsduur te verkorten, conform de daartoe in het Schipholakkoord gemaakte afspraak.

Daarnaast dienen inschrijvers zich te committeren aan de nog te maken afspraak over de 80-90-100 regeling zoals verwoord onder punt 2 van het Schipholakkoord.

3. Loonsverhoging

Ten aanzien van de loonsverhoging zal Schiphol van inschrijvers eisen dat zij de overeengekomen loonsstijgingen in de jaren 2020, 2021, 2022 en 2023 zullen overnemen op gelijke wijze zoals overeengekomen in de cao particuliere beveiliging.

4. Overig

Schiphol zal voorschrijven in de aanbesteding dat tenminste 80% van het operationele personeelsbestand een contract voor onbepaalde tijd heeft. Er is begrip dat in de dynamiek van de populaties in geval van fluctuaties van de populatie hiervan kan worden afgeweken.

Bovengenoemde afspraken zullen uitsluitend worden opgenomen in de aanbesteding, mits het voorschrijven van deze elementen juridisch toelaatbaar is. Daartoe zullen partijen het gerechtshof Amsterdam vragen hier uiterlijk 15 september 2019 een uitspraak over te doen in een artikel 96 RV procedure (zonder mogelijkheid van hoger beroep of cassatie). Mocht een van de afspraken als genoemd in deze alinea niet of niet tijdig mogelijk zijn, treden partijen opnieuw in overleg over een alternatieve oplossing.

Tot slot heeft Schiphol in het kader van dit overleg toegezegd geen hoger beroep in te stellen tegen het vonnis in kort geding zoals mondeling gewezen door de voorzieningenrechter te Haarlem op 30 augustus 2019.

De collectieve acties die FNV heeft aangekondigd zullen in ieder geval worden opgeschort tot maandag 2 september 2019 17:00 uur."

- 1.19. Op 5 september 2019 heeft de kantonrechter Haarlem, schriftelijk vonnis gewezen in kort geding (ECLI:NL:RBNHO:2019:7598), waarin een uitwerking is gegeven van de op 30 augustus 2019 gedane mondelinge uitspraak. Daarin staat onder meer het volgende:

"4.4. De voorzieningenrechter verwierpt ook de stelling van Schiphol dat het haar op grond van het aanbestedingsrecht niet zou zijn toegestaan om de door FNV gestelde voorwaarden aan inschrijvers te stellen. FNV heeft deze stelling gemotiveerd weersproken en Schiphol heeft deze stelling ter gelegenheid van de

mondelinge behandeling niet nader onderbouwd. Afgezien daarvan is het de voorzieningenrechter niet gebleken dat Schiphol deze door FNV gestelde eisen aanbestedingsrechtelijk niet zou mogen stellen. Eén van de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht is dat inschrijvers of gegadigden zoveel mogelijk gelijk worden behandeld. Door in het bestek de door FNV gestelde voorwaarden op te nemen, die zijn gebaseerd op een algemeen verbindend verklaarde cao en derhalve moeten worden gekwalificeerd als positief recht, worden aan alle inschrijvers dezelfde voorwaarden gesteld. Daar komt bij dat het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat het opnemen van sociale voorwaarden in aanbestedingen geoorloofd is (HvJ EU 31/87, 20 september 1988, ECLI:EU:C:1988:422) en artikel 18, tweede lid, van EU-richtlijn 2014/24 aanbestedende diensten dwingt om rekening te houden met cao-verplichtingen.”

- 1.20. In de week van 1 tot 6 september 2019 hebben partijen overleg gevoerd over de mogelijkheid en voorwaarden waaronder een 96 Rv procedure zou kunnen plaatsvinden. Partijen hebben daarbij in het kader van de onderhavige 96 Rv procedure de volgende procesafspraken gemaakt:

Onder verwijzing naar onze correspondentie van 6 september 2019, bevestig ik hieronder de afspraken die Schiphol, FNV en CNV hebben gemaakt ter zake van de bij de Rechtbank Amsterdam te voeren procedure ex art. 96 Rv.

- Partijen, dat wil zeggen Schiphol ter ene zijde en FNV en CNV ter andere zijde, leggen de rechtsvraag die hen met betrekking tot de huidige aanbesteding van de beveiligingsdiensten op Schiphol verdeeld houdt, als hierna te formuleren, ex art. 96 Rv. voor aan drie door de Rechtbank Amsterdam aan te wijzen (kanton)rechters. Partijen spreken af dat die beantwoording hen alleen bindt in het kader van de onderhavige aanbesteding van de beveiligingsdiensten.

- De rechtsvraag die partijen verdeeld houdt, luidt als volgt: 'Is het Schiphol juridisch toegestaan om in de voorwaarden voor de huidige aanbesteding van de beveiligingsdiensten de vier voorwaarden op te nemen als verwoord in het verslag van het overleg tussen Schiphol en FNV van 31 augustus 2019, dat als bijlage aan deze brief wordt gehecht?' De rechtbank wordt verzocht (de toelaatbaarheid van het stellen van) de vier voorwaarden zowel gezamenlijk, als ieder voor zich te beoordelen. Partijen delen aan de rechtbank mee dat het geschil niet ziet op de toelaatbaarheid van de door FNV en CNV in verband met aanbesteding aangekondigde werkonderbrekingen/collectieve acties in het licht van art. 6 lid 4 ESH. Partijen berichten de rechtbank voorts (i) dat Schiphol enerzijds en FNV en CNV anderzijds hebben afgesproken dat Schiphol de vier door FNV en CNV gewenste voorwaarden in de aanbesteding zal opnemen, maar uitsluitend (ii) indien en voor zover als de Rechtbank oordeelt dat het stellen van die voorwaarden juridisch toelaatbaar is.

- De procedure verloopt schriftelijk, in twee rondes, waarbij een aanpak van "gelijk oversteken" wordt gehanteerd. Partijen zullen beiden uiterlijk op woensdag 11 september 2019 om 12:00 uur in de middag de door hen voorgestane beantwoording van de rechtsvraag in de vorm van een conclusie per e-mail indienen bij de rechtbank Amsterdam, onder gelijktijdige toezending,

eveneens per e-mail, van dat processtuk aan de wederpartij. Uiterlijk op maandag 16 september 2019 om 17:00 uur zullen partijen — indien en voor zover zij daaraan behoefte hebben — een akte kunnen nemen waarin kan worden gereageerd op de stellingen van de wederpartij in de eerste termijn. Die akte zal eveneens per e-mail worden ingediend bij de rechtbank Amsterdam, onder gelijktijdige toezending per e-mail van de akte aan de wederpartij. Partijen zien af van een mondelinge behandeling. Indien de Rechtbank meent dat voor beantwoording van de gestelde rechtsvraag nadere vragen van feitelijke aard beantwoording behoeven, kan de Rechtbank deze vragen ofwel schriftelijk stellen — hetgeen de voorkeur van partijen heeft — ofwel daarvoor een mondelinge behandeling agenderen op de meest korte termijn.

- De Rechtbank zal de gestelde rechtsvraag uiterlijk in de week van 30 september 2019 beantwoorden en Schiphol zal de publicatie van de Nota van Inlichtingen met betrekking tot de aanbesteding voor de beveiliging dan ook tot het moment in die week waarop de Rechtbank uitspraak doet, aanhouden.

- Hoger beroep en cassatie van de uitspraak van de Rechtbank zijn uitgesloten en partijen leggen zich neer bij het rechterlijk oordeel.

- Schiphol draagt tot een bedrag van EUR 10.000,- ex BTW bij in de externe kosten van rechtsbijstand die CNV maakt in het kader van de behandeling van de procedure ex art. 96 Rv en voor het overige draagt iedere partij de eigen kosten.

- Indien de Rechtbank oordeelt dat het opnemen van één of meer van de vier voorwaarden die FNV en CNV in de aanbesteding opgenomen wensen te zien juridisch toelaatbaar is, zal Schiphol die toelaatbare voorwaarden opnemen als eisen in de aanbesteding. Als de Rechtbank oordeelt dat het stellen van de voorwaarden juridisch niet toelaatbaar is, zal Schiphol die eisen niet stellen en zullen FNV en CNV afzien van het voeren van enige vorm van collectieve actie daartegen.

- Schiphol ziet af van het instellen van hoger beroep tegen het vonnis van de Voorzieningenrechter Haarlem van 30 augustus 2019, gewezen tussen Schiphol en FNV, maar erkent daarmee niet de inhoudelijke juistheid van dat vonnis."

Verzoek

2. Partijen verzoeken de kantonrechters de volgende vraag te beantwoorden:
"Is het Schiphol juridisch toegestaan om in de voorwaarden voor de huidige aanbesteding van de beveiligingsdiensten de vier voorwaarden op te nemen als verwoord in het verslag van het overleg tussen Schiphol en FNV van 31 augustus 2019, dat als bijlage aan deze brief wordt gehecht".
3. De vier voorwaarden waaraan in deze vraag wordt gerefereerd zijn onder 1.18. weergegeven. De kantonrechters wordt verzocht (de toelaatbaarheid van het stellen van) de vier voorwaarden zowel gezamenlijk, als ieder voor zich te beoordelen.

Standpunten partijen

Schiphol

4. Schiphol stelt zich op het standpunt, kort en zakelijk weergegeven, dat het opnemen van de door FNV en CNV gewenste voorwaarden in de aanbesteding in strijd is met het Nederlandse cao-recht. Het opnemen van de voorwaarden heeft namelijk tot gevolg dat voor (onderdelen van) de cao vooruit wordt gelopen op een mogelijke algemeen verbindend verklaring door de Minister, met uitsluiting van de mogelijkheid van dispensatie, dan wel dat aan de algemeen verbindend verklaring – in geval de cao niet nogmaals algemeen verbindend wordt verklaard – nawerking wordt toegekend. De vrije uitoefening van het grondrecht op collectief onderhandelen wordt hierdoor ook beperkt.
5. Daarnaast stelt Schiphol dat de juridische toelaatbaarheid van het opnemen van arbeidsrechtelijke c.q. sociale voorwaarden in een aanbestedingsprocedure in Europeesrechtelijke context wordt beheerst door hetgeen is bepaald in de Aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU) en de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG). De reikwijdte van sociale bijzondere voorwaarden die kunnen worden opgenomen in aanbestedingsprocedures is beperkt tot hetgeen in artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn is weergegeven. Doorstaan de voorwaarden deze toets niet, dan is sprake van een ongeoorloofde beperking op het vrij verkeer van diensten zoals is vastgelegd in artikel 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (verder: VWEU). Dat is hier het geval. Bovendien dient een dergelijke voorwaarde te zijn vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of in collectieve arbeidsovereenkomsten die algemeen verbindend zijn verklaard. Daargelaten dat de voorwaarden niet onder artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn vallen geldt dat, hoewel drie van de vier beoogde voorwaarden in de algemeen verbindend verklaarde cao PB staan, als deze worden opgenomen in de aanbestedingsvoorwaarden dat tot gevolg heeft dat deze worden opgelegd voor een (veel) langere periode dan de algemeen verbindend verklaring geldt, en ook dat is niet toegestaan.
6. Voorts meent Schiphol dat ook vanuit het aanbestedingsrecht zelf bezien het niet toegestaan is om de beoogde bijzondere voorwaarden te stellen. Artikel 18 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn legt geen concrete verplichting op aan een aanbestedende dienst en houdt bovendien slechts in dat door lidstaten toe moet worden gezien op het naleven van verplichtingen uit toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten; de cao PB is echter niet op alle potentiële inschrijvers van toepassing. Het gelijkheidsbeginsel, dat ook inhoudt dat ongelijke gevallen niet gelijk mogen worden behandeld, staat het opleggen van de voorwaarden ook niet toe; de inschrijvers die dispensatie hebben gekregen van de algemeen verbindendverklaring van de cao PB en dus een ongelijk geval vormen ten opzichte van hen die geen dispensatie hebben verkregen, zouden zich desondanks eveneens moeten houden aan de voorwaarden die zijn ontleend aan de cao PB. Bovendien hebben de zittende beveiligingsbedrijven voor wat betreft de werkdrukvoorwaarde invloed op en inzicht in de te verwachten afspraken met betrekking tot de roostersystematiek, terwijl andere inschrijvers dat niet hebben.

7. Daarnaast zijn de voorwaarden, gezamenlijk en afzonderlijk, in strijd met het proportionaliteitsbeginsel omdat deze het recht op collectief onderhandelen doorkruisen, de beveiligingscontracten veel langer zullen lopen dan de algemeen verbindend verklaring, en omdat deze leiden tot een onevenredige last voor partijen die niet aan de cao PB gebonden zijn; voor hen leidt dit tot een verzwaring van hun verplichtingen ten opzichte van hun werknemers. Een voldoende gerechtvaardigd doel om zo in te grijpen in de arbeidsrechtelijke verhouding tussen inschrijvers en hun werknemers ontbreekt. De voorwaarden grijpen ook te zeer in in het algemene ondernemingsbeleid van een inschrijver, welke gevolgen de looptijd van de contracten ver voorbij gaan. Bovendien wordt in de tekst van de preambule van de Aanbestedingsrichtlijn onder overweging 99, die ziet op te stellen sociale voorwaarden, met geen woord gerept over de mogelijkheid om voorwaarden te stellen die ingrijpen in de primaire arbeidsvoorwaarden.
8. Daarnaast stelt Schiphol dat de voorwaarde dat minimaal 80% van het personeel van de inschrijvers een overeenkomst voor onbepaalde tijd moet hebben en de 80-90-100 regeling (80% werken, 90% salaris en 100% pensioenopbouw) onvoldoende transparant zijn; deze zijn niet voldoende duidelijk, precies en ondubbelzinnig. De bepaling over de werkdruk houdt weliswaar voldoende verband met het voorwerp van de opdracht maar ook deze voorwaarde is (nog) onvoldoende transparant.

FNV en CNV

9. FNV en CNV stellen zich op het standpunt dat de voorwaarden zowel afzonderlijk als gezamenlijk toelaatbaar zijn. Met de introductie van artikel 18 lid 2 in de Aanbestedingsrichtlijn werd (deels) afgerekend met de eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie EU (HvJ) inzake Rüffert en Bundesdrückerei. Voorts wordt het recht op collectief onderhandelen – dat niet ongeclausuleerd is – niet beperkt door het stellen van deze voorwaarden en is dat ook niet in strijd met het Nederlands wettelijk kader inzake dispensatie van algemeen verbindend verklaarde cao's. De cao B is voorts een minimum cao, waarvan dus ten positieve mag worden afgeweken en waarbij nog steeds de mogelijkheid bestaat om collectief te onderhandelen. Daar komt bij dat De Unie partij is bij de cao B en zij ook partij is bij de cao PB en het Schipholakkoord, en mede heeft verzocht om algemeen verbindend verklaring van de cao PB. Schiphol dient er bovendien voor te zorgen dat de inschrijvers een gelijke positie hebben, zodat in dat kader het voordeel voor de (enige) inschrijver die zich kan beroepen op de dispensatie geneutraliseerd dient te worden.
10. Voor wat betreft de Detacheringsrichtlijn geldt dat deze een minimumniveau vaststelt en dat Schiphol een hoger beschermingsniveau mag vragen. Bovendien zegt de Detacheringsrichtlijn enkel iets over de verplichtingen van lidstaten en uit andere EU lidstaten afkomstige werkgevers, niet over het gedrag van de aanbestedende diensten; Schiphol miskent dat de arresten van het HvJ Rüffert en Regiopost betrekking hebben op maatregelen genomen door de wetgever en niet door de aanbestedende dienst. De aanbestedende diensten mogen sociale voorwaarden stellen zolang deze voldoen aan de fundamentele beginselen van het

VWEU. Schiphol legt de preambule dan ook verkeerd uit en stelt ten onrechte dat aanbestedende diensten zelf geen hogere eisen mogen stellen aan het beschermingsniveau van de werknemers dan de Detacheringsrichtlijn. Drie van de vier voorwaarden liggen bovendien één op één vast in de algemeen verbindend verklaarde cao PB. Daarbij komt dat de algemeen verbindend verklaring niet over de looptijd van de raamcontracten heen gaat en er geen reden is om aan te nemen dat de cao niet opnieuw algemeen verbindend verklaard zal worden. De voorwaarden die gevraagd worden zijn bovendien harde kernvoorwaarden in de zin van artikel 2 lid 6 Wet AVV en vallen onder a, d en e.

11. Bovendien wordt door het stellen van deze voorwaarden gelijkheid nagestreefd en wordt niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld. Dat niet alle inschrijvers betrokken zijn bij het overleg over de toe te passen roostersystematiek maakt niet dat sprake is van ongelijkheid. De voorwaarden zijn volgens FNV en CNV bovendien voldoende concreet, grijpen niet teveel in in het ondernemersbeleid en zijn ook niet disproportioneel; het leidt er immers niet toe dat bepaalde inschrijvers niet kunnen inschrijven. Het enkele feit dat een inschrijver iets extra's moet doen maakt een eis nog niet disproportioneel. De voorwaarden hebben voorts een wezenlijk effect op de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd en zijn dan ook sterk verbonden met de opdracht.
12. De voorwaarde voor wat betreft de werkdruk is, zoals Schiphol ook onderschrijft, proportioneel. Voorts is de werkdrukmaatregel bedoeld om het ziekteverzuim te verlagen en de impact van de zware roosters op de medewerkers te verlagen. Dat de uitkomst van de werkgroep met betrekking tot de roostersystematiek nog niet definitief is staat aan de toelaatbaarheid van de voorwaarde niet in de weg; transparantie kan worden geboden door een indicatie van de afspraken op te nemen in de nota van inlichtingen en een tweede nota van inlichtingen uit te brengen zodra de uitkomsten van de werkgroep bekend zijn.
13. De voorwaarde betreffende de arbeidsduur (80-90-100 regeling) is ook toelaatbaar. Sociale arbeidsvoorwaarden hebben zelden een directe relatie met de invulling en uitvoering van de opdracht, maar voor de langere termijn levert die voor een aanbestedende dienst wel voordelen op. Goede sociale voorwaarden voorkomen onrust en ontevredenheid. Deze voorwaarde is ook niet disproportioneel; juist het niet toepasselijk zijn van de 80-90-100 regeling voor alle beveiligers op Schiphol zou onrust teweegbrengen en benadeelt de werknemers die niet onder de regeling vallen. Deze voorwaarde is ook voldoende transparant, alleen de leeftijd waarop de werknemers mogen kiezen voor de regeling moet nog worden vastgesteld. Deze afspraken worden naar verwachting in oktober 2019 gemaakt.
14. De voorwaarde omtrent de loonsverhoging houdt voldoende verband met de opdracht en is ook niet disproportioneel. Een voorwaarde moet zonder onderscheid worden opgelegd aan alle inschrijvers en de aanbestedende dienst moet zich ervan vergewissen dat inschrijvers uit andere lidstaten door de opgelegde verplichting niet benadeeld worden ten opzichte van in Nederland gevestigde inschrijvers. Ook mag een voorwaarde een inschrijver niet zodanig belasten dat de opdracht niet meer commercieel uitvoerbaar is. Daarvan is hier geen sprake. De voorwaarde wordt

zonder onderscheid opgelegd en inschrijvers in het buitenland worden niet benadeeld, waarbij het maar de vraag is of bedrijven uit andere lidstaten zich daadwerkelijk zullen inschrijven.

15. Ook de voorwaarde betreffende het percentage vaste contracten (80%) belast een onderneming, al dan niet uit een andere lidstaat, niet zodanig dat hij de opdracht niet meer commercieel kan uitvoeren. Tijdelijke krachten worden door de premiedifferentiatie WW juist duurder zodat niet aannemelijk is dat de opdracht niet commercieel uitvoerbaar zou zijn, en het bovendien gaat om een opdracht van 4 tot 8 jaar; ook daarna zal Schiphol beveiligers nodig hebben. Voor inschrijvers uit een andere lidstaat is niet reëel dat deze voorwaarde nadelig uitwerkt; als zij werken met gedetacheerde krachten bestaat de mogelijkheid om een uitzondering te maken voor die inschrijvers, zodat zij hun eigen arbeidsrecht kunnen toepassen. De 80% voorwaarde voorziet bovendien zelf ook in een afwijkingsmogelijkheid.

Beoordeling

16. In het navolgende zal waar nodig hierna nader worden ingegaan op de stellingen en verweren van partijen.
17. De kantonrechters hechten eraan vooraf op te merken dat het onderhavige oordeel betrekking heeft op de juridische toelaatbaarheid van de vier voorwaarden in de aanbesteding, maar dat dit onverlet laat dat eventuele bezwaren van (potentiële) inschrijvers tegen deze voorwaarden met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke regels te zijner tijd zullen moeten worden beoordeeld en toekomstige procedures daarover niet zijn te voorkomen. Schiphol en FNV en CNV hebben over de belangen van de (potentiële) inschrijvers het nodige naar voren gebracht. Een compleet beeld van de belangen van inschrijvende partijen is echter zonder de concrete inbreng van die partijen niet te verkrijgen.
18. De onderhavige zaak heeft betrekking op een verplichte Europese openbare aanbesteding. De aanbestedende dienst moet waarborgen dat buitenlandse partijen kunnen inschrijven. Hoe reëel de kans is dat buitenlandse partijen zullen willen inschrijven is thans geheel onduidelijk. FNV en CNV hebben aangevoerd dat het maar zeer de vraag is of partijen uit andere lidstaten zich zullen inschrijven omdat de beveiligers die de diensten gaan uitvoeren een zogenaamde 'grijze pas' moeten hebben en dus dienen te voldoen aan specifieke kwaliteitseisen. Schiphol heeft op dit punt geen concreet standpunt ingenomen. De beoordeling zal noodzakelijkerwijs in hoge mate een theoretisch karakter hebben. Dat gezegd hebbende wordt geoordeeld als volgt.
19. Schiphol kwalificeert als een speciale sectorbedrijf in de zin van de Aw. Als aanbestedende dienst is Schiphol bevoegd om bijzondere uitvoeringsvoorwaarden aan een opdracht te verbinden, zoals sociale (arbeidsgerelateerde) overwegingen als bedoeld in artikel 2.80 Aw en artikel 70 Aanbestedingsrichtlijn. Het stellen van deze bijzondere voorwaarden is echter wel aan beperkingen gebonden. Zo dienen de voorwaarden verband te houden met het voorwerp van de opdracht en mogen deze niet in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. De voorwaarden die partijen ter

toetsing hebben voorgelegd kwalificeren allen als bijzondere voorwaarden op het gebied van sociaal/arbeidsrecht.

Cao recht / Recht op collectief onderhandelen

20. Wat is nu de omvang van het probleem, vanuit het cao-recht bezien, als Schiphol de vier voorwaarden in de aanbesteding zou (mogen) opnemen? Zijn deze proportioneel? Is er wel sprake van gelijkheid?
21. Vooropgesteld moet worden dat de cao B per 30 september 2019 is geëxpireerd. Dat heeft tot gevolg dat per diezelfde datum de dispensatie (gevraagd door en verleend aan de partijen bij de cao B, VBe NL en De Unie) is beëindigd. Dat betekent dat met ingang van 30 september 2019 de (werkgevers)leden van VBe NL aan de cao PB zijn gebonden. Deze is immers algemeen verbindend verklaard. En wat er in deze onderwerp van het geschil is, het toepassen van de vier sociale voorwaarden, is een stuk minder vergaand. Het komt erop neer dat alle Nederlandse werkgevers in de bedrijfstak beveiliging al gebonden zijn aan drie van de vier voorwaarden, nu deze drie voorwaarden (arbeidsduur, loonsverhoging en 80% vaste contracten) al in de algemeen verbindend verklaarde cao PB zijn opgenomen. Ook zonder dat Schiphol deze drie voorwaarden als eis in de aanbesteding stelt, geldt dus al dat ook de leden van VBe NL gedurende de avv periode aan deze voorwaarden zijn gebonden op grond van het algemeen verbindend zijn van de betreffende bepalingen. Dit geldt alleen niet voor de vierde voorwaarde, betreffende de werkdruk. Alleen ten aanzien van deze voorwaarde geldt dat de leden van VBe NL verplicht worden "uit te stijgen" boven de cao B. Geoordeeld wordt dat dit redelijkerwijs van de betreffende ondernemingen kan worden gevergd. Daarbij is nog van belang, zoals FNV en CNV terecht hebben aangevoerd, dat het ten aanzien van de bedrijven die thans de beveiliging in en rond Schiphol verzorgen slechts om één onderneming gaat, te weten CTSN.
22. Opgemerkt wordt dat ook het beveiligingsbedrijf G4S aan de vier voorwaarden is gebonden. Deze voorwaarden zijn immers alle vier opgenomen in haar ondernemings-cao.
23. Dat er mogelijk nawerking kan zijn van de (normatieve) bepalingen van de CAO B maakt het bovenstaande niet anders. Met name betekent het naar het oordeel van de kantonrechters niet dat het stellen van de voorwaarde van het toepassen van deze vierde sociale bepaling disproportioneel zou zijn. Ook heeft te gelden dat juist het stellen van deze eis in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel. Immers zijn de bedrijven die zich inschrijven voor de onderhavige aanbesteding dan allen gebonden aan dezelfde arbeidsvoorwaarden. Daarentegen leidt juist de dispensatie (die geen nawerking heeft) tot ongelijkheid. Hoe dan ook had de dispensatie, gegeven bij besluit van de Minister van 30 april 2019, geldend tot 30 september 2019, maar zeer beperkte werking. Immers gold zij alleen voor die leden van Vbe NL die op het moment van inwerkingtreding van het avv besluit (3 mei 2019) gebonden waren aan de cao B.

24. En daarbij heeft te gelden dat het onder 21 genoemde nog steeds opgaat, ook bij een eventuele verlenging van de CAO B (daarover wordt thans onderhandeld, zo begrijpen de kantonrechters) en een mogelijk daaraan te verbinden nieuw dispensatiebesluit. Immers zal verlenging van deze CAO B met één jaar plaatsvinden, derhalve geldend tot en met 30 september 2020, met een eventueel te verlenen dispensatie ook tot en met 30 september 2020. Ook in dat geval geldt dat de CAO B en de dispensatie geëxpireerd zijn op de datum van ingang van de nieuwe tussen Schiphol en de beveiligingsbedrijven te sluiten aanbestedingscontracten, namelijk per 3 november 2020. Dat betekent dat (wederom) ook de leden van VBe NL, en daarmee de gehele bedrijfstak, gebonden is aan de (tot 3 mei 2021) algemeen verbindend verklaarde CAO PB

Beperken de vier voorwaarden het recht van collectieve onderhandeling van de cao-partijen bij de cao B, VBe NL en De Unie?

25. Het recht op collectief onderhandelen vloeit voort uit internationale verdragen. Zowel in artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest, als in de Verdragen no. 98 en 154 van de Internationale Arbeidsorganisatie, als in artikel 28 van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie wordt 'the right to collective bargaining' als een zelfstandig recht benoemd. De genoemde verdragsartikelen hebben geen rechtstreekse werking. Het zijn instructienormen, gericht aan de nationale overheden, waaraan Nederland invulling heeft gegeven door middel van met name de Wet op de cao en de Wet avv. Het recht op collectief onderhandelen is niet ongeclausuleerd, zoals blijkt uit de verdragsteksten, de nationale wetgeving en de Recommendations van de ILO-Committee on Freedom of Association (verder CFA).
26. In CFA 18 november 2008, JAR 2008, 296 (case 2628): werd het 'overrulen' van een cao van kleinere werkgevers en bonden door de algemeen verbindendverklaring van een 'grotere' cao van de bekende bonden en werkgeversorganisaties niet in strijd geacht met de vrijheid van vakvereniging en van collectieve onderhandelingen. Er is, aldus CFA, sprake van een systeem waarbij collectief overeengekomen arbeidsvoorwaarden van een bredere groep worden toegepast middels de algemeenverbindendverklaring, en dit is toegestaan als een voldoende representatieve groep wordt gedekt door de algemeen verbindend te verklaren cao, en er de mogelijkheid bestaat voor werkgevers en werknemers die onder de algemeen verbindend te verklaren cao komen te vallen om hun zienswijze naar voren te brengen.
27. In CFA 14 november 2012, JAR 2012, 316 (case 2905) oordeelde het Committee dat de verplichting arbeidscontracten aan te bieden in de postsector door de overheid ook aan partijen bij andere cao's kon worden opgelegd en geen strijd opleverde met het recht op collectief onderhandelen. Geconcludeerd werd dat de overheid minimumarbeidsvoorwaarden mocht vaststellen.
28. Vastgesteld wordt dat VBe NL en De Unie gebruik hebben gemaakt van hun recht op collectief onderhandelen, hetgeen heeft geresulteerd in de cao B. Nadien hebben zij dispensatie gevraagd en gekregen van de avv-cao PB. Als gevolg van dit dispensatiebesluit waren de leden van de VBe NL tot en met 30 september 2019 niet aan de cao PB gebonden en mochten deze leden de cao B toepassen. Het recht van

collectief onderhandelen brengt echter evenzeer met zich mee dat de werkgevers en werknemers bij een avv-cao zich kunnen verzetten tegen een verzoek om dispensatie van die avv-cao en tegen een eenmaal verleende dispensatie bezwaar kunnen aantekenen.

29. Dat recht impliceert verder ook dat andere bonden ernaar mogen blijven streven de neerwaartse druk op de arbeidsvoorwaarden van de beveiligers op Schiphol een halt toe te roepen en dat recht waarborgt zelfs dat De Unie (werknemerspartij bij de cao B) zich daarbij kan aansluiten (hetgeen zij ook heeft gedaan door het Schipholakkoord te ondertekenen). Daarbij is van belang dat onweersproken is gebleven dat de cao B een minimum-cao is (en geen standaard cao), waarvan de aangesloten werkgevers te allen tijde ten gunste van hun werknemers mogen afwijken.
30. Uit de hiervoor genoemde uitspraak van de CFA uit 2008 (zie onder 26) volgt dat het opnemen van de vier voorwaarden evenmin in strijd is met het recht van collectieve onderhandelingen als, zoals in dit geval, gegarandeerd is dat de meest representatieve werknemersorganisaties binnen de beveiligingssector - FNV, CNV, maar ook De Unie (partij bij de cao B) - namens alle beveiligingsmedewerkers werkzaam op Schiphol over die voorwaarden hebben onderhandeld. Met het ondertekenen van het Schipholakkoord heeft ook De Unie ermee ingestemd dat alle werkgevers in de beveiliging op Schiphol tenminste die vier sociale voorwaarden moeten toepassen.
31. Tot slot wordt opgemerkt dat, voor zover er sprake is van een beperking op het recht van collectieve onderhandeling, waarvan al is vastgesteld dat dit niet ongeclausuleerd is, dit gerechtvaardigd is. Niet uit het oog moet worden verloren dat het hier gaat om een aanbesteding, met alle daaraan verbonden regels, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Dit kan het recht van collectieve onderhandeling inperken, maar dat is dan inherent aan de bij de aanbesteding geldende regels. Anders gezegd, er kan wel sprake zijn van een inperking van de onderhandelingsvrijheid, maar de contractsvrijheid is voor het overige volledig gewaarborgd. Immers kan een beveiligingsbedrijf besluiten om niet in te schrijven op de aanbesteding als het niet wil voldoen aan de vier in deze procedure aan de orde zijnde sociale voorwaarden, waarvan, als gezegd, er drie al gelden op grond van de algemeen verbindend verklaarde cao PB.
32. Conclusie van het voorgaande moet dan ook zijn dat het recht op collectief onderhandelen niet aan het stellen van de vier sociale voorwaarden in de weg staat.

Europees recht

33. Voorts geldt dat in het aanbestedingsrecht op (nationaal en) Europees niveau eveneens beperkingen gelden voor het stellen van bijzondere voorwaarden. Uit de Aanbestedingsrichtlijn en relevante jurisprudentie (onder meer Beentjes, 31/87, HvJ 20 september 1988) volgt dat een aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden mag verbinden aan de uitvoering van de opdracht, onder meer gerelateerd aan sociale of arbeidsrechtelijke overwegingen. Deze bevoegdheid is evenwel niet onbeperkt. De voorwaarden dienen verband te houden met het voorwerp van de

opdracht en in overeenstemming te zijn met het Unierecht. In de onderhavige kwestie is daarbij met name relevant dat het beperken van het vrij verrichten van diensten binnen de EU, ten aanzien van de onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan de lidstaat waarin degene is gevestigd voor wie de dienst wordt verricht, verboden is op grond van artikel 56 VWEU.

Aanbestedingsrichtlijn/Detacheringsrichtlijn

34. Partijen zijn verdeeld over de vraag of het Europese recht aan het stellen van de voorwaarden in de weg staat. De kantonrechters overwegen hierover het volgende:
35. Artikel 70 van de Aanbestedingsrichtlijn bepaalt dat aanbestedende diensten speciale voorwaarden kunnen verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits zij verband houden met het voorwerp van de opdracht en vermeld zijn in de oproep tot mededinging of in de aanbestedingsstukken. Deze voorwaarden kunnen onder andere verband houden met economische, innovatie- of milieugerelateerde dan wel sociale of arbeidsgerelateerde overwegingen. Dit artikel uit de Aanbestedingsrichtlijn is geïmplementeerd in artikel 2.80 van de Aw. De te stellen voorwaarden dienen wel in overeenstemming te zijn met de Detacheringsrichtlijn en mogen niet worden gekozen of toegepast op een wijze die discriminerend is ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten.
36. Ook de Aanbestedingsrichtlijn voorziet in artikel 18 (geïmplementeerd in artikel 2.81 Aw) erin dat de lidstaten passende maatregelen nemen om te waarborgen dat ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van de richtlijn vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.
37. Voor zover in deze zaak van belang, biedt de Detacheringsrichtlijn een “harde kern van sociale bescherming” die in de lidstaat van ontvangst op gedetacheerde werknemers *moet* worden toegepast. Deze is opgenomen in artikel 3 lid 1 van die richtlijn. Dit bepaalt, voor zover relevant, dat de lidstaten erop toezien dat werkgevers “- *ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband - voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers wat de hierna genoemde aangelegenheden betreft, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die, in de lidstaten waar het werk wordt uitgevoerd, zijn vastgelegd:*
- *in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen*
en/of
- *in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheiderechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van lid 8, voor zover deze betrekking hebben op de in de bijlage genoemde activiteiten:*
a) *maximale werk- en minimale rustperioden;*
b) *minimumaantal betaalde vakantiedagen;*
c) *minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;*

[...].”

38. Het HvJ heeft bij arrest van 3 april 2008 (ECLI:EU:C:2008:189, Rüffert) bepaald dat een door een lidstaat opgelegde minimumlooneis in de aanbesteding in strijd was met Europees recht, omdat het in een cao opgenomen loonpeil niet gold voor de gehele sector en de cao niet algemeen verbindend was verklaard, en daarmee niet voldeed aan artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn.
39. Dit arrest werd opgevolgd door (onder meer) het arrest van 17 november 2015 (Regiopost, C-115/14) waarin werd geoordeeld dat een wettelijke regeling die inschrijvers verplichtte aan de werknemers die de aanbestede opdracht gingen uitvoeren een minimumloon te betalen, viel onder artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn – het betrof immers een wettelijke bepaling – en deze geoorloofd was.
40. Op basis van voornoemde arresten heeft Schiphol heeft zich op het standpunt gesteld dat het haar niet is toegestaan de beoogde voorwaarden te stellen omdat dit in strijd is met de Detacheringsrichtlijn. Derhalve moet bekeken worden of het feit dat de Detacheringsrichtlijn een harde kern van sociale bescherming bevat betekent dat geen verderstrekkende of andere (arbeidsrechtelijke) voorwaarden mogen worden gesteld die niet zien op de in de Detacheringsrichtlijn genoemde onderwerpen. In dat geval zou, zoals Schiphol stelt, het minimum beschermingsniveau uit de Detacheringsrichtlijn tevens de maximum bescherming zijn. FNV en CNV betwisten dit en wijzen erop dat de Detacheringsrichtlijn zich richt tot de lidstaten en de jurisprudentie ziet op beperkingen die door lidstaten zijn opgeworpen.
41. Vast staat dat een aanbestedende dienst zich dient te houden aan de Aanbestedingsrichtlijn. Partijen twisten over de vraag of deze wordt beperkt door de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn. In de Detacheringsrichtlijn is een harde kern van sociale bescherming opgenomen. Deze richtlijn schrijft lidstaten voor erop toe te zien dat, voor op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers, deze harde kernvoorwaarden en omstandigheden worden gegarandeerd, mits voortvloeiend uit wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of collectieve arbeidsovereenkomsten die algemeen verbindend zijn verklaard.
42. Daaruit volgt echter naar het oordeel van de kantonrechters niet per definitie dat een aanbestedende dienst enkel de arbeidsrechtelijke voorwaarden zou mogen stellen als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn. De Detacheringsrichtlijn richt zich tot de lidstaten en de door Schiphol aangehaalde jurisprudentie ziet ook op door lidstaten bepaalde minima; een lidstaat mag een aanbestedende dienst niets verplichten buiten de harde kern zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn. Naar het oordeel van de kantonrechters vloeit uit de Detacheringsrichtlijn voor de aanbestedende dienst geen verdergaande belemmering voort dan uit de Aanbestedingsrichtlijn zelf. Dat de bevoegdheid om voorwaarden te stellen zich beperkt tot hetgeen in artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn staat is ook niet in overeenstemming met onder meer de zaak Beentjes, waaruit volgt dat de bevoegdheid van de aanbestedende dienst tot het stellen van sociale voorwaarden ruimer is. Een aanbestedende dienst mag andere of ruimere (hogere) voorwaarden

stellen zolang die voorwaarden niet in strijd zijn met de Aanbestedingsrichtlijn en het vrij verrichten van diensten als bedoeld in artikel 56 VWEU. Zodoende dekt de toets of aan de Aanbestedingsrichtlijn is voldaan ook de vraag of wordt voldaan aan de Detacheringsrichtlijn. Dat is een andere toets dan die Schiphol voorstaat, en deze zal in het navolgende aan de orde komen.

43. Dat een aanbestedende dienst sociale of arbeidsrechtelijke voorwaarden mag stellen bij een aanbesteding blijkt genoegzaam uit zowel artikel 70 van de Aanbestedingsrichtlijn, geïmplementeerd in artikel 2.80 Aw, als uit artikel 18 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn, geïmplementeerd in artikel 2.81 Aw. De bevoegdheid tot het stellen van voorwaarden wordt beperkt door het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. De voorwaarde moet ook voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Verband met de opdracht, proportionaliteit

44. Schiphol stelt zich op het standpunt dat de voorwaarden op zichzelf bezien maar (in ieder geval) ook gezamenlijk in strijd met het proportionaliteitsbeginsel zijn. Daartoe stelt zij dat de verplichtingen van werkgevers worden verzwaard ten opzichte van hun werknemers, dat de voorwaarden geen wezenlijk effect zullen hebben op de wijze waarop de inschrijvers de werkzaamheden zullen uitvoeren, dat een voldoende gerechtvaardigd doel ontbreekt om in te grijpen in de arbeidsrechtelijke verhouding en dat zij zich met het stellen van de voorwaarden zou mengen in het algemene ondernemingsbeleid van inschrijvers die niet aan de cao PB zijn gebonden.
45. Dat de voorwaarden verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht beperkt een aanbestedende dienst in die zin dat bijzondere voorwaarden die betrekking hebben op het algemene ondernemingsbeleid niet zijn toegestaan, nu die geen direct verband met het voorwerp van de opdracht houden. Dat verband is er in deze wel, nu het gaat om voorwaarden betreffende het uitvoeringsproces van de opdracht dan wel het maatregelen betreffen ter bescherming van de gezondheid c.q. welzijn van het personeel. Schiphol heeft in haar conclusie ook erkend dat het voorschrijven van voorwaarden met betrekking tot de werkdruk, waarvan het doel is om de arbeidsomstandigheden en het welzijn van werknemers op de werkvloer te reguleren, voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. De voorwaarde die ziet op de arbeidsduur dient ook als zodanig te worden gezien, een voorwaarde ter bevordering van het welzijn van werknemers op de werkvloer, zodat deze voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Ook de beoogde voorwaarde dat minimaal 80% van het personeel een contract voor onbepaalde tijd dient te hebben houdt voldoende verband met de opdracht. Deze voorwaarde is vergelijkbaar met de in de preambule van de aanbestedingsrichtlijn als voorbeeld genoemde voorwaarde (ontleend aan HvJ Beentjes) van het in dienst nemen van langdurig werklozen, waarvan werd geoordeeld dat een dergelijke voorwaarde gesteld mag worden mits deze niet direct of indirect discriminerende gevolgen heeft.

46. De voorwaarde met betrekking tot de loonsverhoging heeft eveneens voldoende verband met het voorwerp van de opdracht, mede gezien artikel 18 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn, dat verwijst naar verplichtingen uit hoofde van collectieve arbeidsovereenkomsten; daarin zijn ook primaire arbeidsvoorwaarden begrepen.
47. Nu de voorwaarden voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht is de volgende vraag of de voorwaarden proportioneel zijn. Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de evenredigheid van de voorwaarde ten opzichte van het daarmee te bereiken doel. Het doel van de voorwaarden is onder meer gelegen in het welzijn van de werknemers en het verbeteren van de voor hen geldende arbeidsvoorwaarden en zien op duurzame werkgelegenheid en ervaring en kwaliteit van de werknemers.
48. Net als de voorwaarde in de zaak Beentjes wordt geoordeeld dat de voorwaarde dat 80% van het personeel in vaste dienst moet zijn proportioneel is, zolang daarmee geen directe of indirecte discriminatie ontstaat. Ook de gevraagde loonsverhoging is proportioneel. Uitgaande van de thans bekende informatie over de uitwerking van de voorwaarden wordt geoordeeld dat de van de potentiële inschrijvers gevraagde (extra) last voor wat betreft de werkdruk en arbeidsduur eveneens proportioneel is. Sprake is van een voldoende gerechtvaardigd doel dat met de beoogde voorwaarden kan worden bereikt. De voorwaarden grijpen ook niet (in dusdanige mate) in het ondernemersbeleid in dat dit niet geveerd kan worden. Bovendien geldt dat ook de cumulatie van de bijzondere voorwaarden niet disproportioneel is.

Gelijkheid/non-discriminatie

49. Vaststaat dat de voorwaarden die partijen voorleggen zonder uitzondering gelijk voor iedereen zullen gelden. Vooralsnog zijn deze voorwaarden daarom niet discriminerend. De toets die uit de Aanbestedingsrichtlijn (juncto de Detacheringsrichtlijn) volgt houdt in dat moet worden nagegaan of een voorwaarde ongelijk is of ongelijk uitpakt. De aanbestedende dienst dient vooraf te beoordelen of een bepaalde voorwaarde direct of indirect discriminerend is of kan zijn. Dat hangt af van concrete feiten en omstandigheden, die hier niet voorliggen en dus niet kunnen worden getoetst of beoordeeld. Partijen hebben ook niets concreets aangevoerd waaruit volgt dat een of meer van de beoogde voorwaarden discriminerend zouden uitpakken. Verwezen wordt naar rechtsoverweging 17.

Transparantie

50. Schiphol stelt zich op het standpunt dat het vereiste omtrent de werkdruk/rooster-systematiek onvoldoende transparant is omdat dit nog niet is uitgewerkt. Dat geldt volgens Schiphol ook voor de 80-90-100 voorwaarde nu nog geen leeftijd is afgesproken waarop dit in werking zou moeten treden. Ook de voorwaarde omtrent het in vaste dienst hebben van 80% van het personeel voldoet daar volgens Schiphol niet aan; de uitzonderingsmogelijkheid is té vaag omschreven om toe te kunnen passen (*'er is begrip dat in de dynamiek van de populaties in geval van fluctuaties van de populatie hiervan kan worden afgeweken'*).

-
51. De achtergrond van het transparantiebeginsel is dat aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst; het heeft ten doel om elk risico van favoritisme en willekeur uit te sluiten. Het Hof van Justitie heeft bij arrest van 29 april 2004 (Succhi di Frutta, C-496/99 rov. 111) daarover het volgende overwogen: *“Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.”*
52. De ratio van het transparantiebeginsel is gezien al het voorgaande dat de voorwaarden niet onduidelijk zijn en dat de gemiddelde inschrijver een voorwaarde niet anders zal uitleggen dan een andere inschrijver. Die duidelijkheid moet er zijn op het punt van de openbaarmaking van het voornemen een opdracht te plaatsen of een overeenkomst te sluiten, alsmede op het punt van de motivering van de uiteindelijk gemaakte keuze (MvT, Kamerstukken 112009/10,32440, nr. 3, p. 51). Onderstaand zal worden beoordeeld of de vier voorwaarden aan het transparantiebeginsel voldoen.
53. De voorwaarde omtrent de loonsverhoging(en) voldoet evident aan het transparantiebeginsel. Duidelijk is welke loonsverhogingen wanneer worden gevraagd. Ook de voorwaarde dat tenminste 80% van het operationele personeelsbestand een contract voor onbepaalde tijd heeft voldoet daaraan, nu deze is geformuleerd als vereiste van 80% met een uitzonderingsmogelijkheid. Deze uitzonderingsmogelijkheid moet worden gezien als een hardheidsclausule.
54. Van inschrijvers kan evenwel, indachtig het voorgaande, niet verwacht worden dat zij inschrijven op een aanbesteding en zich aan de voorwaarden conformeren als de inhoud van die voorwaarden nog niet bekend is. In dit geval gaat het om nog te maken afspraken over de werkdruk in de werkgroep roostersystematiek en een nog te maken afspraak over de leeftijd waarop de 80-90-100 regeling dient in te gaan. Niet iedere inschrijver zal dezelfde inschatting maken van hoe die afspraken zullen gaan luiden. Dit levert strijd op met het belang van inschrijvers om vooraf en op een voor ieder gelijke wijze een inschatting en berekening kunnen maken van de gevolgen indien zij de opdracht gegund zouden krijgen. Dat heeft tot gevolg dat de werkdrukvoorwaarde thans nog onvoldoende transparant is. Voor wat betreft de voorwaarde omtrent de arbeidsduur geldt dat deze in beginsel duidelijk is, mits de leeftijd waarop de 80-90-100 regeling in dient te gaan bekend is.
55. De conclusie is dat de uitkomst van het overleg over de voorwaarden die zien op de werkdruk en de arbeidsduur tijdig bekend moeten zijn om dit als voorwaarde in de aanbesteding te kunnen opnemen. De voorwaarden betreffende de werkdruk en arbeidsduur behoeven nadere invulling. De kantonrechters begrijpen dat de uitkomst van dit overleg, waaruit die nadere invulling volgt, in oktober 2019 verwacht wordt.

Conclusie

56. Al het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vraag die partijen aan de kantonrechters hebben voorgelegd als volgt dient te worden beantwoord:

Het is Schiphol juridisch toegestaan om in de voorwaarden voor de huidige aanbesteding van de beveiligingsdiensten de vier voorwaarden op te nemen als verwoord in het verslag van het overleg tussen Schiphol en FNV van 31 augustus 2019, zoals weergegeven onder 1.18, met dien verstande dat de definitieve uitwerking van voorwaarden Werkdruk (roosters) en Arbeidsduur (leeftijd 80-90-100 regeling) wel tijdig bekend moet zijn.

57. Gelet op het gemeenschappelijke verzoek en de tussen partijen gemaakte procesafspraken bestaat er aanleiding om de proceskosten tussen partijen te compenseren in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

BESLISSING

De kantonrechters:

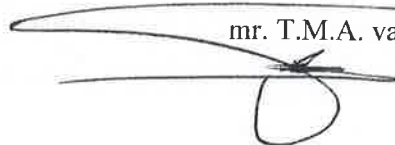
- I. oordelen dat het Schiphol juridisch is toegestaan om in de voorwaarden voor de huidige aanbesteding van de beveiligingsdiensten de vier voorwaarden op te nemen als verwoord in het verslag van het overleg tussen Schiphol en FNV van 31 augustus 2019, zoals weergegeven onder 1.18, met dien verstande dat de definitieve uitwerking van voorwaarden Werkdruk (roosters) en Arbeidsduur (leeftijd 80-90-100 regeling) wel tijdig bekend moet zijn;
- II. compenseren de proceskosten in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

Aldus gewezen door mr. T.M.A. van Löben Sels, voorzitter, mr. M.W. van der Veen, mr. C.H. Rombouts, kantonrechters, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 4 oktober 2019 in tegenwoordigheid van de griffier.

De griffier



mr. T.M.A. van Löben Sels



VOOR KOPIE CONFORM
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam
Verzonden op:

04 OKT. 2019