



de Rechtspraak

Rechtbank
Rotterdam

aan	Sprengers Advocaten t.a.v. mr. A. Joosten	Kanton – Team 1
faxnummer	(030) 254 32 80	
van	Afdeling Privaatrecht, Kanton team 1	bezoekadres Wilhelminaplein 100/125 3072 AK Rotterdam
contactpersoon	mr. Q. Chen	
faxnummer	(010) 2972559	
datum	15 april 2013	-----correspondentieadres----- Postbus 50950 3007 BL Rotterdam
aantal pagina's	14 (inclusief deze pagina)	
ons kenmerk	2020359 VV EXPL 13-179	
onderwerp	Kort geding procedure inzake Faveo, Abvakabo en CNV / Aafje c.s.	t 010 - 297 12 34 f 010 - 297 25 42

Faxbericht

Geachte heer Joosten,

Zoals afgelopen vrijdag reeds per e-mail aan u doorgegeven, zend ik u per fax het vonnis in bovengenoemde zaak. Het officiële vonnis zal u per post worden toegezonden.

Met vriendelijke groeten,

mr. Q. Chen
sr. juridisch medewerker

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

zaaknummer: 2020359 VV EXPL 13-179

uitspraak: 15 april 2013

vonnis in kort geding ex artikel 254 lid 4 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de kantonrechter, zitting houdende te Rotterdam,

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Faveo Huishoudelijke Verzorging B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

eiseres sub 1,

gemachtigden: mr. S. Palm en mr. A. van Stijn-Swets te Rotterdam,

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid

Abvakabo FNV,

gevestigd te Zoetermeer,

eiseres sub 2, tevens verweerster in reconventie,

gemachtigde: mr. A. Joosten te Utrecht,

3. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid

CNV Publieke Zaak,

gevestigd te 's-Gravenhage,

eiseres sub 3, tevens verweerster in reconventie,

gemachtigde: mr. A. Joosten te Utrecht,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Aafje Hulpthuis BARR B.V.

gevestigd te Rotterdam,

gedaagde sub 1, tevens eiseres in reconventie,

gemachtigden: mr. P. Kruit en mr. S.I. Witkamp te Rotterdam,

2. de stichting

Stichting Aafje Thuiszorg Huizen Zorghotels,

gevestigd te Rotterdam,

gedaagde sub 2, tevens eiseres in reconventie,

gemachtigden: mr. P. Kruit en mr. S.I. Witkamp te Rotterdam,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PIT 010 B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

gedaagde sub 3, tevens eiseres in reconventie,

gemachtigden: mr. P. Kruit en mr. S.I. Witkamp te Rotterdam,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Aafje Hulpthuis FLEX B.V.

gevestigd te Rotterdam,

gedaagde sub 4, tevens eiseres in reconventie,

gemachtigden: mr. P. Kruit en mr. S.I. Witkamp te Rotterdam,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Aafje Hulpthuis Rotterdam B.V.

gevestigd te Rotterdam,
gedaagde sub 5, tevens eiseres in reconventie,
gemachtigden: mr. P. Kruit en mr. S.I. Witkamp te Rotterdam.

Eiseressen worden hierna afzonderlijk aangeduid als “Faveo”, “Abvakabo” respectievelijk “CNV” dan wel gezamenlijk als “eiseressen”. Gedaagden worden hierna afzonderlijk aangeduid als gedaagden sub 1 respectievelijk sub 2, 3, 4 en 5 dan wel gezamenlijk als “Aafje c.s.”.

1. Het verloop van de procedure

1.1 De kantonrechter heeft kennis genomen van de inhoud van de volgende processtukken:

- de dagvaarding in kort geding zijdens Faveo, met producties;
- de dagvaarding in kort geding zijdens Abvakabo en CNV, met producties;
- de conclusie van antwoord, tevens houdende eis in reconventie, met producties;
- de bij gelegenheid van de mondelinge behandeling overgelegde pleitaantekeningen en aanvullende producties zijdens Faveo en Aafje c.s.

1.2 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 10 april 2013. Namens Faveo zijn verschenen de heer J.G. Princen (bewindvoerder) en mevrouw D.M. van der Burg (bestuurslid), bijgestaan door mr. S. Palm. Namens Abvakabo en CNV zijn verschenen de heer W. van der Hoorn (bestuurslid van Abvakabo) en mevrouw Palm, bijgestaan door mr. A. Joosten. Namens Aafje c.s. zijn verschenen mevrouw E. Lindeman (vice-voorzitter van het bestuur van gedaagde sub 2), de heer W.J. Stuursma (projectleider aanbesteding), de heer M. van Son (adjunct directeur van gedaagde sub 1) en mevrouw A. van Son-de Rooter (directeur van gedaagde sub 1), bijgestaan door mr. P. Kruit en mr. S.I. Witkamp. Ter zitting hebben partijen het eigen standpunt nader toegelicht. Van het verhandelde ter zitting heeft de griffier aantekening gehouden.

1.3 De uitspraak van het vonnis is bepaald op heden.

2. De vaststaande feiten

In het kader van de onderhavige procedure kan van de volgende vaststaande feiten worden uitgegaan.

2.1 Stichting Thuiszorg Rotterdam (hierna: “Thuiszorg Rotterdam”) heeft in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) ten aanzien van bepaalde gebieden een overeenkomst voor huishoudelijke verzorging gesloten met de gemeente Rotterdam, die loopt tot 20 april 2013. De uitvoering van de huishoudelijke verzorging heeft Thuiszorg Rotterdam volledig uitbesteed aan haar onderaannemer Faveo.

2.2 Medio 2012 heeft de gemeente Rotterdam een nieuwe aanbesteding uitgeschreven voor de huishoudelijke verzorging voor de periode van 22 april 2013 tot 1 april 2015. De gemeente Rotterdam heeft daarbij aan Thuiszorg Rotterdam, met Faveo als onderaannemer, uitsluitend het perceel Feijenoord gegund. De percelen Prins Alexander en Kralingen-Crooswijk zijn gegund aan gedaagde sub 2 met als onderaannemer gedaagde sub 1. De percelen Charlois Zuid en IJsselmonde zijn gegund aan gedaagde sub 3 met als onderaannemer gedaagde sub 1. In deze 4 percelen wordt de huishoudelijke verzorging thans nog uitgevoerd door Faveo als onderaannemer van Thuiszorg Rotterdam.

2.3 Op het leveren van huishoudelijke verzorging in het kader van de Wmo is de CAO voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheids-zorg (hierna: “de CAO VVT”) van toepassing.

In de CAO VVT is, voor zover van belang, het navolgende bepaald:

“(…)

Artikel 2.1 De arbeidsovereenkomst

1. De arbeidsovereenkomst met de werknemer, niet zijnde de leerling-werknemer, wordt conform de in de CAO opgenomen modelovereenkomst schriftelijk aangegaan (...)

(…)

Artikel 3.1.4 Toepassing salarisschalen

(…)

4. Indien een werknemer, direct voorafgaand aan zijn indiensttreding reeds in een andere onder de werkingssfeer van deze CAO vallende instelling in een zelfde, volgens dezelfde salarisschaal gehonoreerde functie werkzaam is geweest, wordt ten minste de in deze functie verworven salarisanciënniteit in de nieuwe functie gehandhaafd.

(…)

Artikel 12.3 Overname personeel Wmo

(…) In aanvulling op de overlegplicht van artikel 10a Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Stb. 2006, 351 en Stb. 2009, 346) gelden, in het kader van het aangaan respectievelijk in het kader van wijzigingen in de contractuele betrekkingen tussen de werkgever en de gemeente inzake de opdracht tot het leveren van WMO huishoudelijke verzorging in natura, voor de bij dit overleg betrokken werkgevers de navolgende leden:

(…)

2. Verplichtingen

a. De werkgever die inschrijft op een gemeentelijke opdracht tot het leveren van WMO huishoudelijke verzorging in natura, vermeldt de verplichtingen ingevolge deze regeling in de offerte.

b. De verliezende werkgever(s) en de verkrijgende werkgever(s) treden gezamenlijk in overleg over de overname door de verkrijgende werkgever(s) van de bij de verliezende werkgever in dienst zijnde werknemers, voor wie door het verlies van de opdracht geen arbeid meer beschikbaar is.

c. De in sub b genoemde werkgevers stellen de betrokken gemeente(n) op de hoogte van dit overleg met het verzoek hieraan deel te nemen met als doel te komen tot concrete afspraken over een inhoudelijke bijdrage van de gemeente op grond van de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor (behoud van) de lokale werkgelegenheid.

d. De verliezende werkgever(s) stelt (stellen) een (gezamenlijk) overzicht op met werknemers als bedoeld in lid 2 sub c. Daarbij worden de werknemers evenredig ingedeeld, waarbij tenminste rekening wordt gehouden met:

- functiegroep;
- de contractuele arbeidsduur.

e. In goed onderling overleg tussen de verkrijgende werkgevers vindt een redelijke en evenredig gespreide verdeling van het aantal werknemers plaats, te meten op FTE-basis en rekening houdend met de indeling als bedoeld in sub d.

f. De verkrijgende werkgever(s) is (zijn) verplicht aan de op grond van de sub e verdeelde werknemer(s) een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Deze arbeidsovereenkomst wordt aangegaan tegen dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden zoals die laatstelijk op de werknemer van toepassing waren bij de verliezende werkgever.

g. Als voor een of meer werkgevers uit dwingende wet- en regelgeving verplichtingen voortvloeien die van invloed zijn op de toepassing van dit artikel, zoals (her)plaats verplichtingen tegenover huidige werknemers die van invloed zijn op de mate waarin nieuw personeel kan worden overgenomen, kan van de verplichtingen van sub d, e en f worden afgeweken. Daarbij wordt zoveel mogelijk in de geest van deze regeling gehandeld.

(…)”

2.4 Bij dagvaarding van 4 maart 2013 hebben gedaagden sub 1 tot en met 3 – kort gezegd – gevorderd Faveo en haar bewindvoerder te veroordelen om de NAW-gegevens van de bij Faveo werkzame medewerkers te verstrekken. Vervolgens is in reconventie – kort gezegd – gevorderd gedaagden sub 1 tot en met 3 te veroordelen aan de werknemers van Faveo een arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als die onder de CAO VVT en bij Faveo.

2.5 Ter zitting van 12 maart 2013 hebben partijen, in aanwezigheid van de onderhavige kantonrechter een regeling getroffen en deze in een vaststellingsovereenkomst vervat. Deze vaststellingsovereenkomst luidt – voor zover van belang – als volgt:

(...)

1. Het gaat in deze om de positie van (uitsluitend) werknemers die thans bij Faveo in dienst zijn en per heden werken in de gebieden die bij de aanbesteding van juli 2012 zijn toegewezen aan Aafje c.s., welke werknemers (353) allen zijn opgenomen in de lijst overgelegd als productie 1 door Faveo, met dien verstande dat de werknemers die langer dan 6 weken arbeidsongeschikt zijn niet op deze lijst voorkomen.

2. Aafje c.s. gaat met ingang van 22 april 2013 voor 4.000 uren per week contracten aanbieden voor onbepaalde tijd aan voormelde werknemers tegen gelijkblijvende contractsomvang en tegen dezelfde CAO-arbeidsvoorwaarden met uitzondering van de inschaling, zoals zij thans bij Faveo hebben.

De niet-geselecteerde werknemers zullen gezamenlijk in een zogenoemde flexibele schil worden ondergebracht. Uitgangspunt hierbij is de omvang van het aantal uren als zij thans werkzaam zijn bij Faveo. Deze flexibele schil zal worden afgebouwd met 1/12 per maand.

3. De selectie van werknemers als hier bedoeld zal plaatsvinden op basis van het afspiegelingsbeginsel, hetgeen impliceert dat de medewerkers met het langste dienstverband als eerste in aanmerking komen om een vast dienstverband te krijgen. De afspiegeling zal plaatsvinden per perceel. Faveo zal daartoe de NAW-gegevens en de koppeling klant-medewerker verschaffen aan Aafje c.s. en zal de heer M. van Son ontvangen om samen met mevrouw E. van Gelder de planning in te zien.

4. Voor de weging van de functies wordt zowel van de zijde van de vakorganisatie als van de zijde van Aafje c.s. een functiewaarderingspecialist benoemd. Deze twee specialisten zullen zich inspannen om tot een eensluidend advies te komen. Mocht dit onverhoopt niet gelukt zijn op uiterlijk vrijdag 14 juni 2013, dan gaan beide partijen gezamenlijk binnen 5 werkdagen over tot benoeming van een onafhankelijk functiewaarderingsbureau die zal beslissen bij wege van bindend advies, uiterlijk op vrijdag 12 juli 2013.

5. De werknemers, met uitzondering van hen die thans zijn ingeschaald op FWG 10, worden met ingang van 22 april 2013 ingeschaald op FWG 15. De betaling op FWG 15 geschiedt gedurende de periode van 12 weken, van 22 april tot 15 juli 2013. Vanaf 15 juli 2013 zal de, overeenkomstig het onder punt 4 bepaalde, definitief vastgestelde schaal van toepassing zijn.

6. Mocht uit de functiewaardering blijken dat de functie wordt ingeschaald in FWG 10, dan zal uit de flexibele schil zoveel medewerkers als nodig voor de resterende 1.000 uren een contract voor onbepaalde tijd tegen gelijkblijvende contractsomvang een vast dienstverband worden aangeboden.

7. In het geval de thans arbeidsongeschikte werknemers (als bedoeld onder punt 1) willen en kunnen re-integreren, dan zullen zij meedraaien in de hiervoor onder punt 2. bedoelde flexibele schil.

(...)"

2.6 Op 19 maart 2013 heeft Aafje Beheer B.V. gedaagden sub 4 en 5 opgericht. Vervolgens hebben gedaagden sub 4 en 5 arbeidsovereenkomsten aangeboden aan de 353 werknemers van Faveo. In deze arbeidsovereenkomsten is met betrekking tot het salaris het navolgende bepaald:

"De werknemer wordt gedurende de periode 22 april 2013 tot 15 juli 2013 voorlopig ingeschaald in FWG 15, periodiek 4. Het salaris van werknemer bedraagt in deze periode EUR 11,09 bruto per uur volgens de salarisschaal FWG 15, periodiek 4. Met ingang van 15 juli 2013 wordt de werknemer definitief ingeschaald conform de uitkomst van het functiewaarderingsonderzoek en zal het salaris van de werknemer dienovereenkomstig worden bepaald. (...)"

3. De vordering in conventie

3.1 Ter zitting heeft Faveo haar eis gewijzigd in die zin dat de hierna vermelde vorderingen sub 1 en 2 die zich eerst richtten tegen alle gedaagden thans (i.v.m. 2.5) uitsluitend zijn gericht tegen gedaagden sub 1 tot en met 3. Abvakabo en CNV hebben zich aangesloten bij deze eiswijziging. De kantonrechter begrijpt daaruit dat Abvakabo en CNV hun vordering gelijk hebben gesteld aan die van Faveo.

3.2 Eiseressen vorderen thans kort gezegd, uitvoerbaar bij voorraad:

1. gedaagden sub 1 tot en met 3 hoofdelijk, althans afzonderlijk, te veroordelen tot directe, volledige en correcte nakoming van de op 12 maart 2013 tussen partijen gemaakte afspraken, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;
2. gedaagden sub 1 tot en met 3 hoofdelijk, althans afzonderlijk, te gebieden de 353 werknemers van Faveo per 22 april 2013 eenzelfde (flex)arbeidsovereenkomst aan te bieden met behoud van dezelfde arbeidsvoorwaarden die deze werknemers thans hebben bij Faveo en behorende bij de CAO VVT en deze werknemers in te schalen in FWG 15 met behoud van de periodiek die zij thans hebben bij Faveo, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;
3. gedaagden te veroordelen tot het verstrekken van een overzicht met daarop vermeld
 - a.) aan welke werknemers ze welke soort arbeidsovereenkomst hebben aangeboden,
 - b.) wie van de werknemers hiermee wel akkoord zijn gegaan en
 - c.) wie en om welke reden(en) heeft geweigerd de aangeboden arbeidsovereenkomst te ondertekenen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;
4. gedaagden onmiddellijk te verbieden werknemers te werven buiten de 353 werknemers van Faveo, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;
5. gedaagden te veroordelen in de kosten van dit geding.

3.3 Aan hun vordering hebben eiseressen – zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag gelegd.

Aafje c.s. heeft de 353 werknemers ten onrechte allemaal ingeschaald in FWG 15, periodiek 4. Op grond van de gemaakte afspraken en artikel 3.1.4 lid 4 en artikel 12.3 lid 2 sub f van de CAO VVT dienen alle 353 (met uitzondering van 2) werknemers ingeschaald te blijven in FWG 15, periodiek 8.

De door Aafje c.s. aangeboden arbeidsovereenkomsten bevatten arbeidsvoorwaarden die aanmerkelijk belastender zijn dan de arbeidsvoorwaarden als opgenomen in de arbeidsovereenkomsten bij Faveo, zoals bepalingen over nevenwerkzaamheden, geheimhouding, aansprakelijkheid, social media, boetebedingen en een eenzijdig wijzigingsbeding. Ook hiermee handelt Aafje c.s. in strijd met de gemaakte afspraken alsmede artikel 2.1 lid 1 en artikel 12.3 lid 2 sub f van de CAO VVT.

Om op korte termijn inzicht te verkrijgen in de precieze situatie wensen eiseressen een overzicht van Aafje c.s. waaruit blijkt aan welke werknemers welke soort arbeidsovereenkomst is aangeboden en welke werknemers al dan niet deze arbeidsovereenkomst hebben ondertekend.

Verder is gebleken dat Aafje c.s. andere sollicitanten werft en aanneemt in de gebieden waar thans de 353 werknemers namens Faveo werkzaam zijn, terwijl deze werkzaamheden aan de 353 werknemers dienen te worden aangeboden.

3.4 Per 22 april 2013 dienen de werknemers van Faveo bij Aafje c.s. aan de slag te gaan, waarmee het spoedeisend belang is gegeven. Daarnaast heeft Faveo als goed werkgever de plicht jegens de werknemers en het UWV om te bewerkstelligen dat haar werknemers op juiste wijze overgaan naar Aafje c.s. en om daarmee de omvang van haar loonverplichtingen na faillissementsdatum te minimaliseren.

4. Het verweer in conventie

4.1 In de eerste plaats heeft Aafje c.s. aangevoerd dat Faveo geen (spoedeisend) belang heeft bij het verkrijgen van de gevraagde voorziening, nu zij reeds op 12 maart 2013 heeft toegezegd dat alle werknemers van Faveo met ingang van 22 april 2013 hun werkzaamheden kunnen voortzetten bij Aafje c.s.

4.2 Aafje c.s. betwist dat zij in strijd handelt met de vaststellingsovereenkomst en de CAO VVT. Zij heeft daartoe – zakelijk weergegeven – het navolgende aangevoerd.

Uit de bewoordingen van de vaststellingsovereenkomst blijkt dat Aafje c.s. zich niet heeft gecommiteerd tot het inschalen van de medewerkers in dezelfde periodiek als zij thans bij Faveo hebben. Met betrekking tot de inschaling, dat wil zeggen functieschaal én periodiek, is juist overeengekomen dat niet dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden worden aangeboden. Voorts meent Aafje c.s. dat Abvakabo noch Faveo op enigerlei wijze uit deze overeenkomst en de totstandkoming ervan heeft mogen afleiden dat Aafje c.s. bereid zou zijn om gedurende de eerste drie perioden een inschaling op FWG 15 periodiek 8 aan te bieden. Immers, Aafje c.s. heeft op 12 maart 2013 uitvoerig toegelicht in het kader van de discussie over de arbeidsvoorwaarden dat zij voor deze inschaling simpelweg geen financiering van de gemeente Rotterdam krijgt en aldus een enorm verlies zal lijden.

De betreffende werkzaamheden gaan wezenlijk van aard, inhoud en omvang wijzigen. Ter onderbouwing van deze stelling heeft Aafje c.s. het oude (van 2009) en het nieuwe (van 2013) bestek van de gemeente Rotterdam overgelegd alsmede een verschillenanalyse van de bestekken. Verder heeft zij een functie-omschrijving in het geding gebracht van een medewerker huishoudelijke ondersteuning volgens het oude en het nieuwe bestek. De CAO VVT geeft geen kaders en richtlijnen voor een dergelijke situatie, zodat artikel 12.3 van de CAO VVT niet onverkort kan worden toegepast. In dit licht hebben partijen op 12 maart 2013 nadere afspraken gemaakt over de invulling van het bepaalde in artikel 12.3 lid 2 sub f van de CAO VVT. De functiewijziging brengt tevens met zich dat artikel 3.1.4 lid 4 van de CAO VVT geen toepassing kan vinden.

4.3 Aafje c.s. is van mening dat uitbreiding van de modelarbeidsovereenkomst mogelijk is, indien en voor zover de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Ze had er ook voor kunnen kiezen de extra bepalingen in haar personeelsreglement of handboek op te nemen.

4.4 Ten aanzien van het gevorderde sub 3 en 4 heeft Aafje c.s. aangevoerd dat een juridische grondslag en/of een spoedeisend belang daarvoor ontbreekt.

5. De vordering in reconventie

5.1 In reconventie heeft Aafje c.s. gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. Abvakabo te veroordelen om over te gaan tot het plaatsen van rectificatie van haar eerder gedane negatieve uitlatingen over Aafje c.s. op haar website, bij RTV Rijnmond en het Algemeen Dagblad, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;

-
2. Abvakabo en CNV te verbieden zich op welke wijze dan ook publiekelijk uit te laten over onderhavige zaak in de ruimste zin des woords, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;
 3. Abvakabo en CNV te verbieden zich op welke wijze dan ook publiekelijk negatief uit te laten over Aafje c.s., zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;
 4. met veroordeling van Abvakabo en CNV in de kosten van het geding.

5.2 Aan haar vordering heeft Aafje c.s. – kort samengevat – het volgende ten grondslag gelegd.

Abvakabo heeft zich herhaaldelijk negatief uitgelaten over Aafje c.s. Verwezen wordt naar de radio-interviews bij RTV Rijnmond van 12 en 28 maart 2013, alsmede een artikel in het Algemeen Dagblad van 28 maart 2013. De heer Van der Hoorn heeft Aafje c.s. daarbij ten onrechte verweten “wurgcontracten” aan te bieden, alsmede Aafje c.s. beschuldigd van bedreiging en intimidatie. Deze beschuldigingen worden met klem betwist.

6. Het verweer in reconventie

6.1 Ten eerste hebben Abvakabo en CNV aangevoerd dat Aafje c.s. niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vordering bij gebrek aan spoedeisend belang, aangezien enige tijd is verstreken sinds de uitingen van Abvakabo.

6.2 Daarnaast stellen Abvakabo en CNV zich op het standpunt dat, nog daargelaten dat het recht van vrije meningsuiting hier van toepassing is, Abvakabo tijdens de interviews niets verkeerd heeft gezegd of onrechtmatig heeft gehandeld jegens Aafje c.s., zodat niet duidelijk is wat gerectificeerd zou moeten worden en een grondslag om zich in de toekomst te onthouden van publieke uitlatingen ontbreekt.

7. De beoordeling

in conventie

7.1 Het spoedeisend belang dat Abvakabo en CNV hebben bij hun vordering is door hen voldoende onderbouwd en door Aafje c.s. niet betwist, zodat daarvan wordt uitgegaan. Daarnaast wordt geoordeeld dat ook Faveo een spoedeisend belang heeft bij haar vordering, omdat van Faveo als goed werkgever mag worden verwacht dat zij in deze opkomt voor de belangen van haar werknemers nu het onderhavige geschil betrekking heeft op een vaststellingsovereenkomst waarbij Faveo als één van de partijen betrokken is. Eiseressen zijn dan ook ontvankelijk in hun vordering.

7.2 In het kader van de onderhavige procedure dient beoordeeld te worden of de vordering van eiseressen in een bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft dat vooruitlopend daarop toewijzing van de door hen gevorderde voorlopige voorziening geïndiceerd is. Daarbij dient de kantonrechter uit te gaan van de feiten met de beperkte toetsing daarvan, aangezien nadere bewijsvoering in een kort geding-procedure niet goed mogelijk is.

7.3 De kern van het geschil is de vraag of Aafje c.s. met de door haar aangeboden arbeidsovereenkomsten aan de 353 werknemers van Faveo, in het bijzonder met de daarin gehanteerde periodiek en de extra arbeidsvoorwaarden, in strijd heeft gehandeld met de vaststellingsovereenkomst van 12 maart 2013 en/of de CAO VVT. Aldus spitst het geschil zich enerzijds toe op hoe partijen hun rechtsverhouding hebben geregeld in de vaststellingsovereenkomst en anderzijds op de uitleg van bepalingen uit de CAO VVT.

7.4 Daar waar volgens de Hoge Raad (zie o.a. HR 20 februari 2004, DSM/Fox, NJ 2005/493) voor de uitleg van cao-bepalingen de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis is (de cao-norm), komt het bij de uitleg van bepalingen uit een schriftelijk contract niet zozeer aan op een taalkundige uitleg maar op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (het Haviltex-criterium). Tussen de beide normen bestaat echter geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang. Bij toepassing van het Haviltex-criterium kan ook de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het contract van belang zijn, terwijl de bedoeling van partijen bij de cao ook een rol kan spelen bij toepassing van de cao-norm. Van beslissende betekenis zijn telkens de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.

7.5 Ten aanzien van de vaststellingsovereenkomst verschillen partijen van mening over de uitleg van de eerste alinea van punt 2 van de vaststellingsovereenkomst, met name de zinsnede *'tegen dezelfde CAO-arbeidsvoorwaarden met uitzondering van de inschaling'*. In de omstandigheid dat alle partijen bij de vaststellingsovereenkomst zijn aan te merken als professionele contractspartijen die bij het opstellen van de regeling zijn bijgestaan door advocaten en de omstandigheid dat het hier betreft een nadere afspraak in het kader van de CAO-verplichtingen, ziet de kantonrechter aanleiding om vooraleerst te kijken naar de taalkundige betekenis van de bewoordingen gelezen in de context van deze overeenkomst als geheel.

Niet in geschil is dat onder 2 van de regeling de hoofdregel is uiteengezet, namelijk dat -kort gezegd- aan de werknemers contracten worden aangeboden tegen gelijkblijvende contractsomvang en tegen dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden met uitzondering van de inschaling, zoals zij thans bij Faveo hebben en dat vervolgens deze uitzondering van de inschaling verder is uitgewerkt en begrensd in tijd (onder 4 en 5). Op grond daarvan worden de betreffende werknemers eerst tijdelijk tot 15 juli 2013 ingeschaald op FWG 15 (m.u.v. hen die thans zijn ingeschaald op FWG 10) en zullen partijen overgaan tot het starten van een functiewaarderingsprocedure om de juiste schaal definitief vast te stellen. Nergens in de vaststellingsovereenkomst wordt expliciet melding gemaakt van periodieken. Daarover is ook niet gesproken. Ter zitting is de discussie tussen partijen met name gericht geweest op de vraag in welke functiewaarderingschaal de werknemers zouden worden ingedeeld (FWG 10 of FWG 15). Met het oog op de financiële consequenties van de door de gemeente aangekondigde bezuinigingen wenste Aafje c.s alle werknemers in te delen in FWG 10, terwijl eiseressen juist aan FWG 15, waarop het merendeel der werknemers thans is ingeschaald (met een enkele uitzondering naar beneden én naar boven), wensten vast te houden zodat de werknemers er financieel grosso modo niet op achteruit zouden gaan. Het compromis is toen gevonden in de hiervoor beschreven regeling. Indien Aafje c.s. ook op de thans toepasselijke periodiek binnen deze FWG een uitzondering had willen maken om op deze wijze de gewenste bezuinigen door te voeren, dan had zij dat aan de orde moeten stellen, zodat dat expliciet had kunnen worden opgenomen in de tekst dan wel in een uitgeschreven toelichting daarop. Dat is niet gebeurd. De kantonrechter is daarom van oordeel dat de stelling van Aafje c.s., er op neer komende dat de onder 2 opgenomen uitzondering ruim moet worden uitgelegd in die zin dat onder de uitzondering van inschaling ook het maken van de niet benoemde uitzondering op de huidige periodiek waarop men is geschaald moet worden begrepen, niet kan worden gevolgd.

De kantonrechter merkt daarbij nog op dat, alhoewel duidelijk is dat Aafje c.s. in een lastige positie verkeert doordat de gemeente kennelijk wenst te bezuinigen op het ter beschikking te stellen budget waardoor het moeilijk is de verplichtingen na te komen, dit probleem dient te worden opgelost op een ander niveau dan het geschil dat thans speelt tussen eiseressen en Aafje c.s.

7.6 Voor de vraag in welke periodiek een werknemer moet worden geplaatst, dient te worden gekeken naar hetgeen de CAO VVT daarover bepaalt.

Op grond van artikel 12.3 lid 2 sub f van de CAO VVT is Aafje c.s. in beginsel verplicht de betreffende werknemers van Faveo een arbeidsovereenkomst aan te bieden tegen dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden zoals die laatstelijk van toepassing waren bij Faveo.

De kantonrechter deelt de opvatting van zowel Aafje c.s als Abvakabo en CNV dat voor de uitleg daarvan tevens moet worden gekeken naar artikel 3.1.4 lid 4 van de CAO VVT, waarin is bepaald dat indien een werknemer, die direct voorafgaand aan zijn indiensttreding reeds in een andere onder de werkingssfeer van de CAO VVT vallende instelling in een zelfde, volgens dezelfde salarisschaal gehonoreerde functie werkzaam is geweest, ten minste de in deze functie verworven salarisanciënniteit in de nieuwe functie wordt gehandhaafd.

7.7 Aafje c.s. heeft de (onverkorte) toepasselijkheid van voormelde artikelen in het onderhavige geval weersproken en daartoe aangevoerd dat de werkzaamheden van de over te nemen werknemers qua aard, inhoud en omvang wezenlijk zullen wijzigen. Naast schriftelijke onderbouwing heeft Aafje c.s. ter zitting erop gewezen dat de huidige signaleringsfunctie van de medewerker in de nieuwe situatie wordt overgenomen door de casemanager en dat de nadruk wordt gelegd op het stimuleren van de zelfredzaamheid van de klant. Ter zitting hebben eiseressen de door Aafje c.s. gestelde functiewijziging gemotiveerd betwist.

Geoordeeld wordt dat uit de overgelegde schriftelijke stukken voorshands onvoldoende aannemelijk is geworden dat de functie-inhoud en/of de functie-eisen wezenlijk zullen wijzigen. De verschillenanalyse van de bestekken omvat een beschrijving van de wijziging in beleid en doelstelling van de gemeente Rotterdam, maar is niet voldoende concreet om daaruit de conclusie te trekken dat de feitelijke werkzaamheden gaan veranderen. Ten aanzien van de oude en nieuwe functie-omschrijving wordt opgemerkt dat het functiedoel, de taken en de verantwoordelijkheid nagenoeg hetzelfde zijn gebleven. Daarbij komt dat ook bij de oude functie-omschrijving de medewerker tot taak had om de zelfredzaamheid van de klant te stimuleren. Verder blijkt uit pagina 43 van het nieuwe bestek dat het signaleren van veranderingen in de zorgbehoefte van de klant ook tot de eenvoudige huishoudelijke verzorging behoort. Aldus kan het verweer van Aafje op dit punt niet slagen.

7.8 Het een en ander leidt ertoe dat de kantonrechter het niet onaannemelijk acht dat in een bodemprocedure wordt geoordeeld dat Aafje c.s. op grond van de vaststellingsovereenkomst en artikel 12.3 lid 2 sub f jo. 3.1.4 lid 4 van de CAO VVT aan de betreffende werknemers een (flex)arbeidsovereenkomst dient aan te bieden met behoud van dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden die de werknemers thans hebben bij Faveo, waarbij de werknemers (met uitzondering van twee van hen die thans zijn ingeschaald op FWG 10) in ieder geval in de periode van 22 april tot 15 juli 2013 in FWG 15 zullen worden geplaatst. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de werknemers die thans in FWG 15 werkzaam zijn dezelfde periodiek behouden bij Aafje c.s. en dat de werknemers die thans in een hogere functiegroep werkzaam zijn dadelijk in FWG 15 periodiek 8 terecht komen.

Voor de periode vanaf 15 juli 2013 kan over de inschaling niet worden geoordeeld, nu dat afhankelijk is gesteld van de uitkomst van de functiewaarderingsprocedure, zoals

omschreven onder 4 van de vaststellingsovereenkomst en waarvoor de te hanteren uitgangspunten nader zijn omschreven in hoofdstuk 11 van de CAO VVT.

7.9 Ten aanzien van de door eiseressen gestelde belastende arbeidsvoorwaarden als opgenomen in de door Aafje c.s. aan de betreffende werknemers aangeboden arbeidsovereenkomst wordt als volgt overwogen.

Zowel op grond van de vaststellingsovereenkomst als de CAO VVT dienen de arbeidsovereenkomsten te worden aangegaan tegen dezelfde "cao-arbeidsvoorwaarden" zoals thans van toepassing bij Faveo. De volgens eiseressen bedoelde arbeidsvoorwaarden, zoals het geheimhoudingsbeding, boetebeding en concurrentiebeding, vallen evenwel niet onder de cao-arbeidsvoorwaarden, terwijl in de cao-modelovereenkomst onder artikel 15 ruimte is gelaten voor het opnemen van aangelegenheden waarvoor de CAO geen regeling geeft en die de werkgever en werknemer toch wensen te regelen, reden waarom het toevoegen van deze arbeidsvoorwaarden niet in strijd is met de vaststellingsovereenkomst of de CAO VVT. De vraag of het opnemen van deze extra arbeidsvoorwaarden al dan niet wenselijk geacht moet worden, valt derhalve buiten het bestek van dit geschil. Daarover zullen partijen nader in overleg dienen te treden. Overigens heeft Aafje c.s. – naar Faveo stelt – en kennelijk naar aanleiding van de kritiek van Abvakabo en CNV, reeds aangegeven dat de boetebedingen zullen worden aangepast.

7.10 Uit het voorgaande volgt dat het gevorderde onder 2 in beginsel voor toewijzing gereed ligt, zij het dat de verplichting tot het aanbieden van dezelfde arbeidsvoorwaarden zal dienen te worden beperkt tot de 'cao-arbeidsvoorwaarden'.

Voorts wordt daarbij nog het volgende overwogen. Eiseressen hebben ter toelichting op hun eiswijziging gesteld dat gedaagden sub 1 en 2 in strijd handelen met het bestek, de gunning van de aanbesteding en de vaststellingsovereenkomst door gedaagden sub 4 en 5 op te laten treden als een onderaannemer die feitelijk fungeert als werkgever en als zodanig ook de arbeidsovereenkomsten met de werknemers sluit, dit terwijl gedaagden sub 4 en 5 eerst zijn opgericht na gunning van de aanbesteding, zodat vooraf niet kan zijn voldaan aan de daaraan door de gemeente gestelde eisen in het bestek (p. 45). Aafje c.s heeft daar ter zitting tegenover gesteld dat de oprichting van gedaagden sub 4 en 5 uitsluitend verband houdt met een herstructurering van de organisatie, dat Aafje holding garant staat voor het nakomen van de verplichtingen voortvloeiend uit het bestek, de gunning van de aanbesteding en de vaststellingsovereenkomst, alsmede dat de gemeente zich met deze constructie akkoord heeft verklaard. Eiseressen hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat aan de verklaringen van Aafje c.s. moet worden getwijfeld, zodat voorshands van de juistheid daarvan wordt uitgegaan. Dit betekent dat aan de toe te wijzen vordering ook geacht moet worden te zijn voldaan indien gedaagden sub 1 en 2 het aanbieden van de arbeidsovereenkomst feitelijk doen aanbieden door gedaagden sub 4 en 5.

De vordering zal daarom worden toegewezen als hierna bepaald. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd tot € 10.000,00 per dag met een maximum van € 100.000,00.

7.11 Nu voor het overige gesteld noch gebleken is dat Aafje c.s. tekortschiet in het nakomen van de vaststellingsovereenkomst, ziet de kantonrechter aanleiding het gevorderde sub 1 bij gebrek aan een (spoedeisend) belang af te wijzen.

7.12 In het licht van de inspanningen van eiseressen om ervoor te zorgen dat de werknemers van Faveo een arbeidsovereenkomst conform de afspraken en de CAO VVT krijgen aangeboden van Aafje c.s., ziet de kantonrechter het belang van eiseressen om te beschikken over een overzicht met daarop vermeld aan welke werknemers welke soort arbeidsovereen-

komst is aangeboden. In zoverre wordt het gevorderde sub 3 toegewezen, waarbij de dwangsom wordt gematigd tot € 5.000,00 per dag met een maximum van € 50.000,00. De noodzaak en het belang om te weten of en welke werknemers vervolgens de arbeidsovereenkomst al dan niet accepteren, ontbreken echter. Het staat werknemers immers vrij dit om hen moverende redenen niet te doen, zodat de vordering voor zover hierop betrekking hebbende wordt afgewezen.

7.13 Aafje c.s. heeft voldoende gemotiveerd dat de hoeveelheid werk die zij in de eerste maanden na 22 april 2013 te verwerken krijgt, zodanig groot is dat niet kan worden volstaan met enkel de medewerkers van Faveo en dat zij daarom extern werft. Nu Aafje c.s. aan alle medewerkers van Faveo een arbeidsovereenkomst aanbiedt en voorts garandeert dat afbouw van de flexpool eerst plaatsvindt nadat alle arbeidsovereenkomsten met extern geworven medewerkers zijn beëindigd, wordt het gevorderde sub 4 bij gebrek aan belang afgewezen.

7.14 Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij wordt Aafje c.s. veroordeeld in de kosten van de procedure in conventie, te vermeerderen met rente. De door eiseressen (voorwaardelijk) gevorderde nakosten worden afgewezen, nu voldoende gegevens ontbreken om die kosten reeds thans te kunnen begroten. Mocht tussen partijen een geschil ontstaan omtrent de omvang van die kosten, staat het eiseressen vrij de kantonrechter te verzoeken deze te begroten op de voet van artikel 237 lid 4 Rv.

in reconventie

7.15 Het spoedeisend belang van de zaak vloeit voort uit de aard van de vordering.

7.16 Aafje c.s. heeft in reconventie gevorderd Abvakabo te veroordelen tot het plaatsen van een rectificatie van eerder gedane negatieve uitlatingen over Aafje c.s. alsmede gevorderd Abvakabo en CNV te verbieden zich publiekelijk, waaronder in de media, op welke wijze dan ook over de onderhavige zaak dan wel in negatieve zin over Aafje c.s. uit te laten. De samenhang tussen deze vorderingen en die in conventie verzetten zich tegen afzonderlijke behandeling, zodat de kantonrechter uit hoofde van artikel 94 lid 2 Rv bevoegd is ook hierover een oordeel uit te spreken.

7.17 Voorop staat dat een ieder het recht heeft op vrijheid van meningsuiting. Dit recht is verankerd in artikel 10 lid 1 van het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Beperkingen daarop zijn slechts toegestaan, voor zover die bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van bijvoorbeeld het recht op de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen. Van een beperking die bij wet is voorzien, is sprake wanneer uitlatingen onrechtmatig zijn in de zin van artikel 6:162 BW. De eer en goede naam worden gerekend tot het door artikel 8 EVRM verzekerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Voor het antwoord op de vraag welk recht – het recht op vrijheid van meningsuiting of het recht ter bescherming van de eer of goede naam – zwaarder weegt, moeten de wederzijdse belangen worden afgewogen aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de uitingen en de mate waarin deze steun vinden in de feiten, het (algemene) belang van hetgeen men aan de kaak wil stellen en de ernst van de mogelijke gevolgen van de uitlatingen c.q. publicaties voor degene op wie deze betrekking hebben.

7.18 De kantonrechter is van oordeel dat in het onderhavige geval het recht op vrijheid van meningsuiting van Abvakabo en CNV zwaarder dient te wegen dan het recht ter

bescherming van de goede naam van Aafje c.s. en overweegt daartoe als volgt. Het gaat in deze zaak om de mogelijke gevolgen van het feit dat de thuiszorg door de aanbesteding per 22 april 2013, dus zeer binnenkort, in handen komt van Aafje c.s. Het gaat daarbij om een grote groep werknemers. De kwestie staat in de publieke belangstelling omdat deze werknemers zich zorgen maken over met name het behoud van hun arbeidsvoorwaarden en over het voortbestaan van hun baan. Daarbij speelt de discussie omtrent de door de gemeente Rotterdam aangekondigde bezuinigingen in de thuiszorg. Met het publiekelijk informeren is dan ook een breder maatschappelijk belang gediend. Deze omstandigheden maken dat het belang van Abvakabo en CNV, in dit geval met name gelegen in het verschaffen van informatie over de naar hun mening gemaakte afspraken en de uitvoering daarvan en/of over de nieuwe door Aafje c.s. gehanteerde arbeidsovereenkomsten, zwaar dient te wegen. Als belangenbehartiger dienen zij zich daarbij kritisch uit te kunnen laten. Het geven van een negatieve mening is nog niet onrechtmatig. Wel dient men zich te onthouden van lichtvaardige beschuldigingen die geen steun kunnen vinden in de feiten.

Dat deze grens is overschreden, is voornamelijk niet aannemelijk geworden. Zo is het informeren van de media door de heer Van der Hoorn van Abvakabo over de niet correcte uitvoering van de afspraken door Aafje c.s. niet meer dan een subjectieve mening. Hetzelfde geldt voor de betiteling in de media van de arbeidsovereenkomsten die Aafje c.s. de werknemers aanbiedt als "wurgcontracten", kennelijk in verband met het lagere salaris dan naar zijn mening was afgesproken en het in de aangeboden overeenkomst opgenomen boetebeding, terwijl de door Abvakabo en CNV in hun gezamenlijke brief van 28 maart 2013 aan het bestuur van Aafje de gebezigde bewoordingen 'bedreiging en intimidatie', gelezen in de context van het geheel, weergeven hoe de druk die kennelijk op werknemers is uitgeoefend toch vooral de arbeidsovereenkomsten te tekenen, omdat anders de UWV geen uitkering zal verstrekken, door werknemers is ervaren. Weliswaar hebben deze kwalificaties een negatieve lading en stellen zij Aafje c.s. niet in een goed daglicht, maar dat maakt in de gegeven omstandigheden nog niet dat hiermee de grens van het onbetamelijke is overschreden en de uitlating onrechtmatig is. De kantonrechter ziet dan ook geen reden tot rectificatie van de gestelde uitlatingen. Nu voor het overige geen concrete voorbeelden van ontoelaatbare uitingen zijn gegeven, zal de gevorderde rectificatie worden afgewezen.

7.19 Het door Aafje c.s. gevorderde algemene verbod zich in de media over deze zaak uit te laten en het algemene verbod tot het doen van negatieve uitlatingen over Aafje c.s. moeten - gelet op hetgeen hiervoor is overwogen - eveneens worden afgewezen, nu het toewijzen daarvan zou neerkomen op een algemeen spreekverbod voor de toekomst, hetgeen zich niet verdraagt met de vrijheid van meningsuiting.

7.20 Als de in het ongelijk gestelde partij wordt Aafje c.s. veroordeeld in de kosten van de procedure in reconventie.

8. De beslissing

De kantonrechter,

rechtdoende in kort geding:

in conventie:

- veroordeelt gedaagden sub 1 tot en met 3 hoofdelijk om uiterlijk binnen vijf werkdagen na dagtekening van dit vonnis aan de 353 werknemers die thans nog bij Faveo in dienst zijn en per 22 april 2013 zullen werken in de gebieden die bij de aanbesteding van juli 2012 zijn toegewezen aan gedaagden sub 1 tot en met 3, per 22 april 2013 eenzelfde (flex)arbeidsovereenkomst aan te (doen) bieden (zoals bedoeld in overweging 7.10) met behoud van dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden die deze werknemers thans hebben bij Faveo en behorend bij de CAO VVT en deze werknemers voor de periode van 22 april tot 15 juli 2013 in FWG 15 in te schalen met behoud van de periodiek die zij thans hebben bij Faveo (zoals bedoeld in overweging 7.8), een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag of dagdeel dat gedaagden sub 1 tot en met 3 in gebreke blijven om aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 100.000,00;
- veroordeelt Aafje c.s. tot het verstrekken aan eiseressen van een overzicht met daarop vermeld aan welke werknemers ze welke soort arbeidsovereenkomst heeft aangeboden, uiterlijk binnen vijf werkdagen na dit vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of dagdeel dat Aafje c.s. in gebreke blijft om aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 50.000,00;
- veroordeelt Aafje c.s. in de proceskosten, tot op deze uitspraak aan de zijde van eiseressen vastgesteld op € 112,00 aan griffierecht, € 400,00 aan salaris voor de gemachtigden van Faveo en € 400,00 aan salaris voor de gemachtigde van Abvakabo en CNV, genoemde bedragen te vermeerderen met de verschuldigde rente vanaf 14 dagen na de uitspraak van het vonnis tot aan de dag der voldoening;
- verklaart dit vonnis in conventie uitvoerbaar bij voorraad en wijst af het meer of anders gevorderde;

in reconventie:

- wijst de vordering af;
- veroordeelt Aafje c.s. in de proceskosten, tot op deze uitspraak aan de zijde van Abvakabo en CNV vastgesteld op € 200,00 aan salaris voor de gemachtigde;

Dit vonnis is gewezen door mr. G.J. Heevel en uitgesproken ter openbare terechtzitting door mr. W.J.J. Wetzels.

635/817

