

RECHTSPRAAK

werknemer/D&B Cleaning B.V.

Artikel 38 lid 2 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf, waarin is bepaald dat bij contractswisseling geen aanbiedingsplicht geldt voor werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt, is in strijd met WGBL vanwege ontbreken objectieve rechtvaardigingsgrond. Geen overgang van onderneming.

Werknemer is sinds 1999 voor (opvolgende) schoonmaakbedrijven, laatstelijk EW Facility Services B.V. (hierna: EW) werkzaam als schoonmaakmedewerker op de locatie World Trade Centre (WTC) Amsterdam. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (hierna: cao) van toepassing. Bij brief van 31 oktober 2014 heeft EW werknemer bericht dat het schoonmaakonderhoud op de locatie WTC met ingang van 1 januari 2015 zal worden overgenomen door D&B. D&B heeft onder verwijzing naar artikel 38 lid 2 cao (waarin is bepaald dat een werknemer die ten tijde van de contractswisseling werkzaam was op het object dat wordt overgenomen en de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt geen contract hoeft te worden aangeboden) geweigerd werknemer in dienst te nemen en hem erop gewezen dat hij in dienst blijft van EW. Werknemer vordert wedertewerkstelling bij D&B. Hij stelt hiertoe primair dat sprake is van een overgang van onderneming. Subsidiair stelt hij dat D&B geen beroep op het bepaalde in artikel 38 lid 2 cao toekomt. Werknemer had immers bij de indiensttreding reeds de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt hetgeen bij de contractovername van EW in 2004 geen reden is geweest om hem niet over te nemen. Hiervan kan nu niet ten nadele van hem worden afgeweken. Dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het verboden onderscheid als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) is gesteld noch gebleken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er is geen sprake van een overgang van onderneming. Ter zitting is toegelicht dat per 1 januari 2015 met veertig schoonmaakmedewerkers op de locatie WTC zal worden gestart waarvan 25 (van de voorheen 51) overgenomen medewerkers van EW zijn. Dit kan niet als een wezenlijk deel van het personeelsbestand worden aangemerkt. Voorts heeft werknemer niet betwist dat de objectleiding van de locatie WTC niet zal overgaan en dat D&B met haar eigen team van leidinggevendenden de opdracht zal gaan uitvoeren. In dit verband is van belang dat D&B de schoonmaak van het totale object (kantoren en publieke ruimte) middels aanbesteding heeft binnengehaald terwijl dit voorheen twee separate contracten betrof. Voldoende aannemelijk is geworden dat D&B deze opdracht, mede gelet op de in het contract opgenomen resultaatverplichting op haar eigen wijze met andere dan voorheen door EW gehanteerde werkinstructies, materiële activa en know-how zal gaan invullen zodat

geoordeeld wordt dat van behoud van identiteit geen sprake is.

Volgens artikel 1 van de WGBL is sprake van direct onderscheid indien een persoon op grond van leeftijd op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Dat is in de onderhavige zaak het geval. Immers, artikel 38 lid 2 cao maakt onderscheid naar leeftijd en niet in geschil is dat D&B deze bepaling heeft toegepast en dat werknemer vanwege zijn leeftijd (ruim boven de AOW-gerechtigde leeftijd) geen contract heeft aangeboden gekregen. Of dit onderscheid, gelet op de uitspraak van het HvJ EU (*Küçükdeveci/Swedex*, 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 en de daarin genoemde algemene beginselen van Unierecht), alsmede de WGBL al of niet verboden is hangt af van de aanwezigheid van objectieve rechtvaardigingsgronden. Daartoe dient met het onderscheid een redelijk doel te zijn gediend en moet het middel proportioneel en noodzakelijk zijn. Waarom dit onderscheid in de cao is opgenomen is daarin niet omschreven noch is toegelicht welk doel de cao-partijen met bedoelde uitzonderingsbepaling hebben willen dienen. Een legitiem doel (zoals werkgelegenheidsbeleid of een opleidingsdoel) dient zich niet direct aan gezien de functie van werknemer. In het kader van deze kortgedingprocedure voert het te ver dat de rechter ambtshalve een onderzoek naar rechtvaardigingsgronden gaat entameren, te minder nu daarvoor geen enkele aanleiding lijkt te bestaan. Het betoog dat D&B niet kan worden opgezaald met beslissingen van haar rechtsvoorgangers om werknemer na zijn 65e jaar in dienst te nemen respectievelijk te houden, levert geen objectieve rechtvaardigingsgrond op. Juist het na de AOW-gerechtigde leeftijd in dienst nemen en bij eerdere contractwisseling in dienst houden rechtvaardigt thans (zonder deugdelijke gronden) geen afwijking in het nadeel van werknemer. Nu geen objectieve rechtvaardigingsgrond is aangedragen, wordt aan de proportionaliteits- en noodzakelijkheidstoets niet toegekomen. Volgt toewijzing van de vordering tot wedertewerkstelling bij D&B.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 05-01-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:40

Zaaknummer: 3682532 \ KK EXPL 14-1958

Rechters: C. von Meyenfeldt

Advocaten: F.J. Schoute en J. van Hoeckel

Wetsartikelen: 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf, 7:662 BW, 1 WGBL en 7 WGBL