

ANNOTATIE

Meervoudig ontslag na overlijden van de werkgever/natuurlijk persoon geeft geen collectief ontslag. Maar heeft de Nederlandse wetgever de Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag wel juist geïmplementeerd ten aanzien van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden op initiatief van de werkgever?

mr. dr. J.H. Even

1. Deze uitspraak geeft (iets) nader inzicht in de begrippen 'collectief ontslag' en 'gelijkgesteld ontslag' uit de richtlijn. Dat is ook voor de Nederlandse situatie van belang, niet in de laatste plaats omdat het twijfelachtig is of met de Nederlandse Wet melding collectief ontslag (wmco) de richtlijn wel juist is geïmplementeerd. 2. Een collectief ontslag in de zin van de richtlijn is gezien art. 1 lid 1, kort gezegd, (1) het ontslag door een werkgever om (2) redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, van (3) een voldoende aantal werknemers binnen een bepaalde periode (het gewone ontslag). Voor de berekening van het

aantal ontslagen wordt met ontslagen gelijkgesteld elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemers, op voorwaarde dat het ontslag ten minste vijf werknemers treft (het gelijkgestelde ontslag). Is de werkgever voornemens om tot collectief ontslag over te gaan, dan dient hij de werknemersvertegenwoordigers voor te lichten en te raadplegen en de bevoegde overheidsinstantie van dit plan in kennis te stellen. 3. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) heeft al eens moeten bepalen wat een ontslag om 'redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer' is (HvJ EG 12 oktober 2004, C-55/02, *Commissie/Portugal*). Volgens Portugese wetgeving was er sprake van een collectief ontslag indien de arbeidsovereenkomst van een bepaald aantal werknemers op initiatief van de werkgever werd beëindigd op grond van 'structurele, technologische of conjuncturele redenen'. De Commissie meende dat deze wetgeving niet voldeed, omdat de Portugese definitie van 'collectief ontslag' niet alle gevallen omvat waarbij een werkgever om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer ontslag aanzegt, bijvoorbeeld bij faillietverklaring, onteigening, brand of andere gevallen van overmacht, alsmede in geval van beëindiging van de werkzaamheid van een onderneming na de dood van de ondernemer. Portugal zag dat (behalve ten aanzien van faillissement) anders en voerde onder meer aan dat de richtlijn niet hoeft te worden toegepast op de gevallen waarin aan arbeidsovereenkomsten een einde komt ten gevolge van de definitieve beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming waarop de werkgever geen invloed heeft, en dat dit al zeker zo is als die beëindigingen naar Portugees recht beëindigingen van rechtswege zijn (er is in dat geval geen 'ontslag' aldus Portugal). 4. Het HvJ EG overwoog dat het begrip ontslag communautair, autonoom en eenvormig moet worden uitgelegd. Het omvat 'elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij dus niet heeft ingestemd'. Dit is inclusief de beëindiging van de arbeidsovereenkomst om redenen die de werkgever niet heeft gewild, zoals ontslag volgend op de door de Commissie genoemde gebeurtenissen. Dat nationaal recht zulke beëindigingen als 'van rechtswege' kwalificeert, deed volgens het Hof niet aan de toepasselijkheid van de richtlijn af. Met deze beslissing volgde het HvJ EG A-G A. Tizzano op de voet. Interessant is dat Tizzano in zijn conclusie ook inging op gelijkgesteld ontslag. Hij betoogde dat het bij gelijkgesteld ontslag gaat om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever met de instemming van de werknemer, welke instemming ontbreekt bij 'gewoon' ontslag (conclusie alinea's 46-47). Dit standpunt lijkt door het HvJ EG te zijn gevolgd, nu het Hof eenvoudig constateerde dat de A-G terecht opmerkte dat ontslag moet worden onderscheiden van gelijkgesteld ontslag wegens het ontbreken van instemming van de werknemer (ov. 56). 5. Tegen de achtergrond van deze uitspraak speelt de onderhavige zaak. Volgens de Spaanse wetgeving kunnen ontslagen werknemers bij een collectief ontslag aanspraak maken op een vergoeding. Ontslag

(van rechtswege) door het overlijden van de werkgever is naar Spaans recht echter geen collectief ontslag, zodat het recht op voornoemde vergoeding niet bestaat. Een zevental werknemers zag zich geconfronteerd met een einde van hun arbeidsovereenkomsten, nadat hun werkgever was overleden en de mogelijke erfgenamen de erfenis verwierpen, waardoor de onderneming voordien gedreven door de werkgever tot een einde kwam. Deze werknemers bepleiten dat hun ontslag wel degelijk een 'collectief ontslag' is als bedoeld in de richtlijn en menen daardoor recht te hebben op een vergoeding. 6. Het HvJ EG oordeelt dat het begrip 'collectief ontslag' vereist dat er een werkgever is die een handeling moet kunnen stellen. Dit volgt uit de in de richtlijn gebruikte uitdrukkingen, zoals 'overwegen tot ontslag over te gaan', 'raadplegen' en 'schriftelijk mededeling doen van elementen'. Bovendien veronderstelt de definitie van ontslag waarin de woorden 'door een werkgever' worden gebezigd, dat de werkgever in elk geval een voornemen moet hebben om tot collectief ontslag over te gaan. Als dat anders zou zijn, dan is het onmogelijk om aan de verplichtingen van de richtlijn (het voorlichten en raadplegen van de werknemersvertegenwoordigers en de kennisgeving aan het bevoegd gezag) te voldoen. Toch moet het ontslag 'door de werkgever' (het gewone ontslag) worden onderscheiden van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst 'die uitgaat van de werkgever' (het gelijkgetelde ontslag). Bij het gelijkgestelde ontslag moet er sprake zijn van een directe wilsuiting van de werkgever, het nemen van initiatief bij de beëindiging. Een dergelijke directe wilsuiting hoeft er volgens het HvJ EG niet te zijn bij een 'gewoon ontslag'. Hiermee volgt het HvJ A-G P. Mengozzi. Volgens Mengozzi is voor gewoon ontslag voldoende een verschijnsel dat in ruime zin kan worden herleid tot de sfeer van de werkgever (conclusie alinea 81 e.v.). Dat kan volgens hem zijn de beëindiging van arbeidsverhouding als gevolg van een rechterlijke uitspraak, hierbij doelend op art. 3 lid 1 van de richtlijn, waarin tot uitdrukking komt dat de richtlijn ook geldt bij faillissement. In het geval van het overlijden van de werkgever is er volgens zowel Mengozzi als het HvJ EG noch sprake van een voornemen door deze werkgever om tot collectief ontslag over te gaan, noch kan die werkgever adressaat zijn van de verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijn. Er is in de onderhavige zaak dan ook geen sprake van een collectief ontslag als bedoeld in de richtlijn. Het HvJ voegt hieraan nog toe dat deze beslissing niet op gespannen voet staat met de uitspraak inzake Commissie/Portugal. In die uitspraak was de Portugese wetgeving onderzocht op compatibiliteit met de in de richtlijn gebruikte uitdrukking 'redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer', zonder dat specifiek was ingegaan op een situatie zoals in deze zaak, waarin arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd omdat de werkgever is overleden en waarin er geen rechtssubject is dat de adressaat van de in deze richtlijn bepaalde verplichtingen is. 7. Welke lering kunnen wij trekken uit deze jurisprudentie? Een ontslag in de zin van de richtlijn is volgens het HvJ EG elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij dus niet heeft ingestemd, die is voorgenomen

door de werkgever (waarbij de werkgever er nog dient 'te zijn' om aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen). Deze laatste eis is mijns inziens zo specifiek voor de onderhavige zaak dat ik deze tussen haakjes zet. Een gelijkgesteld ontslag daarentegen is een beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van het initiatief van de werkgever (een directe wilsuiking) en die de instemming heeft van de werknemer. 8. Hoe past dit in het Nederlandse systeem? Art. 3 lid 1 wvco bepaalt dat er sprake van een collectief ontslag is, als een werkgever het voornemen heeft binnen een tijdvak van drie maanden de dienstbetrekkingen van ten minste twintig werknemers werkzaam binnen één werkgebied te doen eindigen. Met 'doen eindigen' wordt bedoeld op het opzeggen van de arbeidsovereenkomst waarvoor toestemming van het UWV WERKbedrijf nodig is om redenen die niet uitsluitend de persoon van de werknemer betreffen (art. 2 lid 1 Wvco). De uitzondering op deze regel is dat opzegging als gevolg van faillissement of schuldsanering wel meetelt, hoewel hiervoor geen toestemming nodig is (art. 2 lid 3 wvco). Voor het berekenen van het getalscriterium van twintig tellen gezien art. 3 lid 2 wvco de ontbindingen van arbeidsovereenkomsten op grond van bedrijfseconomische redenen mee, voor zover het er ten minste vijf zijn (het Nederlandse gelijkgestelde ontslag). Andersoortig gelijkgesteld ontslag is er niet. 9. Dit Nederlandse systeem loopt naar mijn mening op drie plaatsen uit de pas met de jurisprudentie van het HvJ EG. In de eerste plaats koppelt de wvco de term 'ontslag' ten onrechte aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst waarvoor toestemming van het UWV WERKbedrijf nodig is. Als een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd door de werkgever (om redenen die niet uitsluitend de persoon van de werknemer betreffen), zonder dat hiervoor genoemde toestemming nodig is, dan valt dat ontslag niet onder de wvco, terwijl het wel degelijk een ontslag in de zin van de richtlijn is (zie ook: J. Heinsius, *Collectief Ontslagrecht, Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 103). Op grond van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen is deze toestemming bijvoorbeeld niet nodig ten aanzien van werknemers werkzaam bij een publiekrechtelijk lichaam, onderwijzend personeel en personen die een geestelijk ambt bekleden. Genoemde toestemming is evenmin nodig tijdens de proeftijd en ten aanzien van een statutair directeur. In al deze gevallen dient de wvco op grond van zijn werkingssfeer buiten toepassing te worden gelaten en tellen de op deze wijze zonder toestemming van het UWV WERKbedrijf opgezegde arbeidsovereenkomsten niet mee voor het antwoord op de vraag of sprake is van een collectief ontslag als bedoeld in de wvco. Zo worden bepaalde categorieën werknemers van de bescherming van de richtlijn buitengesloten, hetgeen volgens het HvJ EG verboden is (HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-385/05, *CGT e.a./Premier Ministre e.a.*). Ten tweede is het maar zeer de vraag of ontbindingen van arbeidsovereenkomst 'slechts' moeten worden aangemerkt als gelijkgesteld ontslag, of dat deze gegeven de richtlijn eigenlijk als 'gewoon ontslag' moeten worden beschouwd. Gezien de brede definitie van het HvJ EG van het begrip ontslag, is goed

verdedigbaar dat ontbindingen onder dit communautaire begrip ontslag moeten worden gebracht (Anders: E. Franssen, J. Heinsius & J. Peeters, *Collectief en meervoudig ontslag*, Apeldoorn: Maklu 2009, p. 19, waarin wordt betoogd dat ontslag uitsluitend op *opzegging* van de arbeidsovereenkomst ziet). Het gaat immers om een beëindiging van de arbeidsovereenkomst die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij niet heeft ingestemd, welke beëindiging is voorgenomen door de werkgever (de ontbindingsprocedure is een verschijnsel dat kan worden herleid tot de sfeer van de werkgever). Ten derde zijn er beëindigingsmethoden die zouden moeten worden beschouwd als gelijkgesteld ontslag, maar dit op grond van de wvco ten onrechte niet zijn. Een belangrijke wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, die gezien de uitleg van het HvJ EG als gelijkgesteld ontslag dient te worden beschouwd, is de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever met wederzijds goedvinden (Zie ook C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 674). Dit is een veelgebruikte methode voor het eindigen van de arbeidsovereenkomsten in het geval van een 'massa-ontslag', waardoor ten onrechte de verplichtingen uit hoofde van de wvco kunnen worden omzeild. Dit probleem is recentelijk gesignaleerd door vakbonden, het UWV WERKbedrijf en arbeidsrechtjuristen ('Collectief ontslag vaak omzeild', Het Financieele Dagblad 18 november 2009). Uit dit *FD*-artikel blijkt dat het ministerie van Sociale Zaken hierover in gesprek is met het UWV en dat wordt uitgezocht of Nederland zich aan de richtlijn houdt. Het laatste woord is nog niet gezegd.