

» Noot

Spanje heeft, anders dan Nederland, ervoor gekozen de definitie van collectief ontslag te koppelen aan ten minste tien of dertig ontslagen dan wel 10% gedurende een periode van dertig dagen, afhankelijk van het aantal werknemers dat gewoonlijk werkzaam is in de plaatselijke eenheid (artikel 1 lid 1 sub a-i van de Richtlijn 98/59 EG inzake collectief ontslag). Nederland heeft gekozen voor implementatie op basis van ten minste twintig ontslagen gedurende negentig dagen, *ongeacht het aantal werknemers dat in de desbetreffende plaatselijke eenheid werkzaam is* (artikel 1 lid 1 sub a-ii Richtlijn).

De kernvraag in deze HvJEU uitspraak is of voor het aantal werknemers dat gewoonlijk werkzaam is in een plaatselijke eenheid zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub a-i van de Richtlijn, werknemers met een bepaalde-tijdcontract meetellen. Als een tijdelijk arbeidscontract van rechtswege afloopt op de einddatum, telt die beëindiging immers niet mee voor het aantal ontslagen (artikel 1 lid 2 onder a Richtlijn). Dat is anders als zo'n tijdelijk contract voortijdig wordt beëindigd wegens redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer. Is het dan, zo vroeg de Spaanse rechter zich af, in overeenstemming met het doel van de Richtlijn dat die tijdelijke werknemers weer wél meegeteld worden bij de bepaling van het aantal werknemers dat gewoonlijk bij de plaatselijke eenheid werkzaam is? Het HvJEU overwoog dat ook tijdelijke werknemers vallen onder de definitie van werknemers in de zin van de Richtlijn. Daarnaast mag de berekening van de drempels voor collectief ontslag en de daarbij behorende bescherming volgens het HvJEU niet aan de eigen inzichten van de lidstaten overgelaten worden, aangezien de werkingssfeer van de Richtlijn daarmee gewijzigd zou kunnen worden. Kortom: tijdelijke werknemers tellen mee bij de berekening van het aantal werknemers dat gewoonlijk werkzaam is in een plaatselijke eenheid. Dat oordeel heeft geen relevantie voor Nederland omdat voor de vraag of sprake is van collectief ontslag het aantal werknemers dat gewoonlijk werkzaam is in de plaatselijke eenheid niet bepalend is, maar alleen of ten minste twintig ontslagen plaatsvinden binnen negentig dagen.

Vervolgens ging het HvJEU in op een specifieke bepaling in het Spaanse recht, namelijk dat de werkgever bij bepaalde economische, technische of organisatorische redenen de arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen en dat de werknemer bij een aanmerkelijke wijziging door de werkgever het recht krijgt de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Zegt de werknemer in zo'n geval op, dan moet de werkgever een schadeloosstelling aan de werknemer betalen gelijk aan twintig dagen salaris per gewerkt jaar met een maximum van negen maandsalarissen. Aan het HvJEU werd de vraag voorgelegd of die opzegging door de werknemer meegeteld moet worden bij de berekening van het aantal ontslagen in het kader van collectief ontslag. Het HvJEU overwoog dat het begrip ontslag niet uitdrukkelijk omschreven is in de Richtlijn. Desalniettemin geldt dat het hier gaat om een Unierechtelijk begrip dat niet aan de hand van de wettelijke regelingen van de lidstaten mag worden gedefinieerd. Onder verwijzing naar eerdere arresten (Commissie/Portugal, C-55/02, EU:C:2004:605 en Agorastoudis, C-187/05-C 190/05) herhaalde het HvJEU dat ontslag elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst omvat die de werknemer niet gewild heeft en waarmee hij dus niet heeft ingestemd. De onderhavige opzegging door de werknemer, indachtig de achtergrond daarvan, viel volgens het HvJEU onder ontslag in de zin van de Richtlijn.

De laatste vraag waar het HvJEU zich over uitliet ziet op gelijkgestelde ontslagen. Artikel 1 lid 1 laatste alinea van de Richtlijn bepaalt dat voor de berekening van het aantal ontslagen ook de zogenoemde gelijkgestelde ontslagen worden meegerekend, op voorwaarde dat het ontslag ten minste vijf werknemers treft. Ziet het minimum van vijf nu alleen op "echte" ontslagen of ook op gelijkgestelde ontslagen? Het HvJEU oordeelde dat uit de tekst van de Richtlijn ondubbelzinnig volgt dat het minimum alleen op ontslagen in strikte zin ziet.

Voor Nederland lijkt dat oordeel niet relevant. Uit de Wet Melding Collectief Ontslag volgt (vergelijk artikel 5a) dat zowel opzegging door de werkgever, ontbinding door de kantonrechter alsook beëindiging met wederzijds goedvinden op initiatief van de werkgever volledig meetellen voor het aantal ontslagen. Beëindiging met wederzijds goedvinden zou vanuit de Richtlijn beschouwd echter vallen onder gelijkgesteld ontslag. Nederland heeft de Richtlijn op dit punt voor werknemers dus gunstiger geïmplementeerd dan vereist, wat is toegestaan op grond van artikel 5 Richtlijn. Aangenomen mag worden dat ook de bij de WWZ geïntroduceerde figuur van opzegging door de werkgever met instemming door de werknemer valt onder de in de WMCO genoemde opzegging door de werkgever (en wellicht ook op dit punt gunstiger geïmplementeerd is). De uitsluiting van het proeftijdontslag wegens niet in de persoon gelegen redenen (zie artikel 2 lid 1 sub b WMCO) staat evenwel op gespannen voet met de Richtlijn en arresten van het HvJEU, ook hier, waarin steeds herhaald wordt dat onder ontslag iedere beëindiging valt die de werknemer niet gewild heeft en waarmee hij niet heeft ingestemd.

mr. M. van Eck,