

JAR 2017/276, HvJ EU, 21-09-2017, C-149/16, (annotatie)

Gegevens

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>Instantie</b>       | Hof van Justitie EU   |
| <b>Datum uitspraak</b> | 21-09-2017  |
| <b>Publicatie</b>      | JAR 2017/276 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 15, 2017   |
| <b>Annotator</b>       | mr. M. van Eck en mr. M. Ruijssenaars   |
| <b>Zaaknummer</b>      | C-149/16  |
| <b>Rechtsgebied</b>    | Arbeidsrecht  |
| <b>Rechters</b>        | mr. Berger<br>mr. Borg Barthet<br>mr. Biltgen   |
| <b>Partijen</b>        | Halina Socha,<br>Dorota Olejnik,<br>Anna Skomra,<br>tegen<br>Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu. |
| <b>Regelgeving</b>     | Richtlijn 98/59/EG - 1 lid 1<br>Richtlijn 98/59/EG - 2  |

Inhoudsindicatie

Verplichting tot raadpleging vakbonden over collectief ontslag, Eenzijdige wijziging middels opzegging onder voorbehoud

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

Drie werknemers zijn in dienst bij een gespecialiseerd ziekenhuis in Polen. In augustus 2015 heeft het ziekenhuis aan hen en aan andere werknemers een wijziging bij opzegging onder voorbehoud betekend, die inhield dat de anciënniteitspremie die bij twintig of meer dienstjaren wordt uitgekeerd, voortaan alleen nog de tijdvakken van arbeid in dienst van het ziekenhuis zou omvatten. Zouden de werknemers deze wijziging niet accepteren, dan zou dat beëindiging van hun arbeidsovereenkomst tot gevolg kunnen hebben. De Poolse rechter vraagt zich af of het ziekenhuis niet in wezen beoogt om tot ontslag te komen zonder Richtlijn 98/59/EG te hoeven naleven. Hij stelt hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Het Hof stelt eerst vast dat volgens de verwijzende rechter werknemers in dienst bij het ziekenhuis geen ambtenaren zijn of daarmee vergelijkbare personen. Richtlijn 98/59/EG is daarom van toepassing. De richtlijn maakt onderscheid tussen "ontslagen" en gevallen van "beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemers". Van "ontslag" in de zin van de richtlijn is in deze zaak geen sprake omdat de door het ziekenhuis voorgestelde wijziging niet substantieel is. Wel is

sprake van een “beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever” en geen betrekking heeft op de persoon van de werknemer. In een dergelijk geval moet de werkgever de in de richtlijn genoemde raadplegingen houden alvorens hij besluit tot beëindiging over te gaan. Deze verplichting ontstaat zodra de werkgever een strategische of commerciële beslissing heeft genomen die hem ertoe noopt collectief ontslag te overwegen of te plannen. In onderhavige zaak is dit het geval, nu de beslissing tot beperking van de anciënniteitspremie om bedrijfseconomische redenen is genomen en ermee beoogd werd geen besluiten tot ontslag te hoeven nemen, zodat het ziekenhuis er rekening mee heeft gehouden dat sommige werknemers de wijziging niet zouden aanvaarden en hun arbeidsovereenkomst daardoor beëindigd zou worden. In die zin heeft het ziekenhuis dus overwogen om tot collectief ontslag over te gaan. De raadpleging moet juist op een dergelijk moment worden gehouden, om ontslagen waar mogelijk te voorkomen of de gevolgen ervan te verzachten.

NB. Zie in dezelfde zin [«JAR» 2017/276](#) (Ciupa). Zie ook [«JAR» 2015/317](#) (Pujante Rivera) waarin het Hof overwoog dat een eenzijdige substantiële wijziging van essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer als “ontslag” moet worden aangemerkt. Het aantal ontslagen is van belang voor het ontstaan van de verplichting om de vakbonden te raadplegen. De beëindigingen die uitgaan van de werkgever om niet-persoonsgebonden redenen (de tweede categorie) tellen daarbij ook mee, maar alleen als er sprake is van “echt ontslag” van minimaal vijf werknemers.

#### Uitspraak

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (PB 1998, L 225, blz. 16).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Halina Socha, Dorota Olejnik en Anna Skomra enerzijds en hun werkgever – Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu (gespecialiseerd ziekenhuis A. Falkiewicz te Wrocław; hierna: “gespecialiseerd ziekenhuis A. Falkiewicz”) – anderzijds over de vraag of de door het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz aan eerstgenoemden betekende wijzigingen van de arbeidsovereenkomst bij gelijktijdige opzegging voor het geval dat deze wijzigingen niet worden aanvaard (hierna: “wijziging bij opzegging onder voorbehoud”), kunnen worden aangemerkt als “ontslag” of als een met ontslag gelijkgestelde “beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemers”.

#### *Toepasselijke bepalingen*

##### *Richtlijn 98/59*

3. Artikel 1 van richtlijn 98/59, met als opschrift “Definities en toepassingsgebied”, bepaalt:

“1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) collectief ontslag: het ontslag door een werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, wanneer, ter keuze van de lidstaten, het aantal ontslagen

i) ofwel gedurende een periode van 30 dagen:

– ten minste 10 werknemers treft in plaatselijke eenheden met gewoonlijk meer dan 20, maar minder dan 100 werknemers;

– ten minste 10% van het aantal werknemers treft in plaatselijke eenheden met gewoonlijk ten minste 100, maar minder dan 300 werknemers;

– ten minste 30 werknemers treft in plaatselijke eenheden met gewoonlijk ten minste 300 werknemers;

ii) ofwel gedurende een periode van 90 dagen ten minste 20 werknemers treft, ongeacht het aantal werknemers dat gewoonlijk in de desbetreffende plaatselijke eenheden werkzaam is;

b) vertegenwoordigers van de werknemers: de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wetgeving of het gebruik in de lidstaten.

Voor de berekening van het aantal in de eerste alinea, onder a), bedoelde ontslagen wordt met ontslagen gelijkgesteld elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemers, op voorwaarde dat het ontslag ten minste vijf werknemers treft.

2. Deze richtlijn is niet van toepassing op:

[...]

b) werknemers bij de overheid of bij plaatselijke eenheden van publiekrechtelijke aard (of, in lidstaten die dit begrip niet kennen, bij gelijkwaardige lichamen)."

4. In artikel 2 van dezelfde richtlijn is bepaald:

"1. Wanneer een werkgever overweegt tot collectief ontslag over te gaan, is hij verplicht de vertegenwoordigers van de werknemers tijdig te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen.

2. De raadpleging moet ten minste betrekking hebben op de mogelijkheden om collectief ontslag te voorkomen of om de omvang ervan te verminderen alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer bepaald om bij te dragen tot herplaatsing of omscholing van de ontslagen werknemers.

[...]"

5. Artikel 5 van richtlijn 98/59 luidt:

"Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers of om de toepassing van voor de werknemers gunstiger contractuele bepalingen te bevorderen of toe te staan."

### *Pools recht*

6. Artikel 42 van de bij de wet van 26 juni 1974 (Dz. U. van 1974, nr. 24, volgnr. 141) vastgestelde Kodeks pracy (arbeidswetboek), zoals gewijzigd (hierna: "arbeidswetboek"), bepaalt in par. 1 dat de bepalingen inzake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing zijn op de wijziging van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende arbeids- en beloningsvoorwaarden door middel van een wijziging bij opzegging onder voorbehoud. Volgens par. 2 van hetzelfde artikel worden de arbeids- of beloningsvoorwaarden geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemers schriftelijk nieuwe voorwaarden zijn aangeboden. Artikel 42, par. 3, van het arbeidswetboek bepaalt dat indien de werknemer weigert de aangeboden arbeids- of beloningsvoorwaarden te aanvaarden, de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd bij het verstrijken van de termijn waarin de wijziging bij opzegging onder voorbehoud voorziet. Indien de werknemer bij het verstrijken van de helft van deze termijn geen verzet heeft aangetekend tegen de aangeboden voorwaarden, wordt hij geacht ermee te hebben ingestemd.

7. Artikel 1 van de ustawa o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (wet betreffende bijzondere voorschriften voor de beëindiging van de arbeidsverhouding om niet aan de werknemers toe te rekenen redenen) van 13 maart 2003 (Dz. U. van 2003, nr. 90, volgnr. 844), zoals gewijzigd (hierna: "wet van 2003"), luidt:

"1. De bepalingen van deze wet zijn van toepassing wanneer een werkgever die ten minste 20 werknemers in dienst heeft, genoodzaakt is over te gaan tot ontslagen om niet aan de werknemers toe te rekenen redenen, door een

opzegging van zijnentwege of krachtens een overeenkomst tussen de partijen, voor zover de ontslagprocedure gedurende een periode van ten hoogste 30 dagen ten minste betrekking heeft op:

- 1) 10 werknemers, indien de werkgever minder dan 100 werknemers in dienst heeft;
- 2) 10% van de werknemers, indien de werkgever ten minste 100, maar minder dan 300 werknemers in dienst heeft;
- 3) 30 werknemers, indien de werkgever ten minste 300 werknemers in dienst heeft [...].

8. In artikel 2 van de wet van 2003 is bepaald:

“1. De werkgever is verplicht om in het kader van het collectieve ontslag de in zijn onderneming vertegenwoordigde werknemersorganisaties te raadplegen.

2. De in lid 1 bedoelde raadpleging heeft met name betrekking op de vraag of het collectieve ontslag kan worden voorkomen dan wel de omvang ervan kan worden verminderd, alsook op de problemen van de betrokken werknemers die met name verband houden met de mogelijkheden voor de ontslagen werknemers om zich om te scholen of een beroepsopleiding te volgen en om een andere betrekking te vinden.

3. De werkgever is gehouden de in zijn onderneming vertegenwoordigde werknemersorganisaties schriftelijk de volgende gegevens te verstrekken: de redenen voor het voorgenomen collectieve ontslag, het aantal werknemers in dienst en de beroepscategorieën waartoe zij behoren, de beroepscategorieën waartoe de door het collectieve ontslag getroffen werknemers behoren, de periode waarin dit ontslag zal plaatsvinden, de voorgestelde criteria voor de selectie van de werknemers die voor collectief ontslag in aanmerking komen, de volgorde waarin de werknemers zullen worden ontslagen, en voorstellen om de problemen van de door het voorgenomen collectieve ontslag getroffen werknemers op te lossen. Indien wordt voorzien in geldelijke uitkeringen, moet de werkgever tevens meedelen op welke wijze het bedrag daarvan zal worden berekend.

[...].”

9. Krachtens artikel 3, lid 1, van de wet van 2003 moeten de werkgever en de werknemersorganisaties een overeenkomst sluiten binnen een termijn van 20 dagen vanaf de dag waarop de in artikel 2, lid 3, van die wet bedoelde mededeling is gedaan. Volgens lid 2 van hetzelfde artikel worden in die overeenkomst voorschriften vastgesteld die ten aanzien van de door het voorgenomen collectieve ontslag getroffen werknemers in acht moeten worden genomen, alsook de verplichtingen van de werkgever in de mate waarin dit noodzakelijk is om de andere problemen van die werknemers op te lossen.

10. Artikel 5 van de wet van 2003, zoals dat ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van kracht was, bepaalde:

“1. Indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt beëindigd in het kader van een procedure voor collectief

ontslag, zijn – onverminderd de leden 2 tot en met 4 – de artikelen 38 en 41 van het arbeidswetboek alsook – onverminderd lid 5 – de specifieke voorschriften die werknemers een bijzondere bescherming bieden tegen ontslag of tegen de beëindiging van de arbeidsverhouding, niet van toepassing.

2. Indien geen overeenkomst als bedoeld in artikel 3 wordt gesloten, is artikel 38 van het arbeidswetboek van toepassing op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever, alsmede op de wijziging bij opzegging onder voorbehoud.

[...].

5. In een periode waarin een bijzondere bescherming tegen ontslag of tegen de beëindiging van de arbeidsverhouding geldt, mag de werkgever de bestaande arbeids- en beloningsvoorwaarden enkel wijzigen ten aanzien van een werknemer

1) die minder dan vier jaar verwijderd is van het tijdstip waarop hij de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, die zwanger is of die een werknemer is met moederschapsverlof, adoptieverlof of ouderschapsverlof;

2) die lid van de personeelsvertegenwoordiging van een overheidsbedrijf is;

3) die bestuurslid van een in het bedrijf vertegenwoordigde werknemersorganisatie is;

[...]

6. Indien de wijziging van de arbeids- en beloningsvoorwaarden door middel van een wijziging bij opzegging onder voorbehoud leidt tot een loonsverlaging, ontvangen de in lid 5 bedoelde werknemers tot aan het einde van de periode waarin zij bijzondere bescherming tegen ontslag of tegen de beëindiging van de arbeidsverhouding genieten, een compensatie die wordt berekend volgens de in het arbeidswetboek vastgestelde voorschriften.

7. Wanneer de arbeidsverhouding wordt beëindigd via een procedure voor collectief ontslag, kunnen arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten voor bepaalde tijd of voor de tijd die nodig is om een bepaalde opdracht uit te voeren, door iedere partij worden beëindigd met inachtneming van een opzeggingstermijn van twee weken.”

#### *Hoofdgeding en prejudiciële vraag*

11. Verzoeksters in het hoofdgeding zijn in dienst bij het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz op grond van overeenkomsten voor onbepaalde tijd.

12. In augustus 2015 heeft het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz aan verzoeksters in het hoofdgeding en andere werknemers een wijziging bij opzegging onder voorbehoud betekend die betrekking had op bepaalde arbeids- en beloningsvoorwaarden, meer bepaald op de termijn die moet worden volgemaakt om recht te krijgen op de anciënniteitspremie. Deze premie wordt om de vijf jaar aan de werknemers uitgekeerd ten belope van een – naargelang van hun anciënniteit variërend – bedrag dat als volgt wordt vastgesteld:

– bij een anciënniteit van 20 dienstjaren: 75% van een maandloon;

– bij een anciënniteit van 25 dienstjaren: 100% van een maandloon;

– bij een anciënniteit van 30 dienstjaren: 150% van een maandloon;

– bij een anciënniteit van 35 dienstjaren: 200% van een maandloon;

– bij een anciënniteit van 40 dienstjaren: 300% van een maandloon.

13. Uit de gegevens in het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt dat de voorgestelde wijziging betrekking had op de wijze waarop de anciënniteit wordt berekend. Beoogd werd dat deze voortaan enkel de tijdvakken van arbeid in dienst van het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz zou omvatten.

14. Vast staat dat de weigering om de in het geding zijnde wijziging van de contractuele voorwaarden te aanvaarden, voor de betrokken werknemers tot gevolg kon hebben dat hun arbeidsovereenkomst definitief zou worden beëindigd.

15. Voor de verwijzende rechter heeft het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz betoogd dat de reden voor de wijziging van de contractuele voorwaarden organisatorische veranderingen waren die verband hielden met een inkrimping van het personeelsbestand en een reductie van de loonkosten. De exploitatie van het ziekenhuis was sinds meerdere jaren verlieslatend en de rationalisatie van de arbeids- en beloningsvoorwaarden door middel van de wijzigingen bij opzegging onder voorbehoud strekte ertoe de liquidatie van het ziekenhuis te voorkomen.

16. Voorts staat vast dat het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz bij de wijziging van de op de arbeidsovereenkomsten toepasselijke voorwaarden niet de procedure heeft gevolgd waarin de wet van 2003 voorziet.

17. De verwijzende rechter vraagt zich af of het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz enkel beoogde de arbeidsovereenkomsten van verzoeksters in het hoofdgeding in een aantal opzichten te wijzigen, dan wel of het in werkelijkheid de bedoeling had die overeenkomsten te beëindigen zonder onderworpen te zijn aan de bepalingen van richtlijn 98/59. Hij vraagt zich tevens af of de eenzijdige wijziging van de contractuele voorwaarden in kwestie, die door verzoeksters in het hoofdgeding niet wordt aanvaard en dus de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met zich meebrengt, een “ontslag” vormt in de zin van artikel 1 van die richtlijn.

18. In deze omstandigheden heeft de Sad Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia we Wrocławiu (rechter in eerste aanleg Wrocław-Centrum te Wrocław, Polen) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Dienen artikel 1, lid 1, en artikel 2 van richtlijn [98/59], gelezen in samenhang met het beginsel van het nuttige effect van het [Unie]recht, aldus te worden uitgelegd dat een werkgever die wegens een moeilijke financiële situatie de op de arbeidsovereenkomsten toepasselijke arbeids- en beloningsvoorwaarden wijzigt (wijziging bij opzegging onder voorbehoud), zij het enkel wat de beloningsvoorwaarden betreft, verplicht is de procedure te volgen waarin die richtlijn voorziet, alsook de in zijn onderneming vertegenwoordigde werknemersorganisaties te raadplegen over die wijzigingen bij opzegging onder voorbehoud, hoewel het nationale recht, te weten de artikelen 1 tot en met 6 van de [wet van 2003], geen enkele bepaling bevat die van toepassing is op dergelijke wijzigingen van de voorwaarden van de arbeidsovereenkomst?”

#### *Beantwoording van de prejudiciële vraag*

19. Vooraf zij opgemerkt dat richtlijn 98/59 volgens artikel 1, lid 2, onder b), ervan niet van toepassing is op “werknemers bij de overheid of bij plaatselijke eenheden van publiekrechtelijke aard (of, in lidstaten die dit begrip niet kennen, bij gelijkwaardige lichamen)”.

20. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet expliciet dat de Poolse wetgever de toepassing van de bij richtlijn 98/59 toegekende rechten heeft willen uitbreiden tot werknemers die in dienst zijn bij een openbare instelling zoals het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz. Daarom heeft het Hof de verwijzende rechter informeel verzocht om uiteen te zetten waarom hij heeft geoordeeld dat de uitlegging van die richtlijn noodzakelijk is voor de beslechting van het voor hem aanhangige geding.

21. Blijkens het antwoord van de verwijzende rechter is de wet van 2003 – die tot doel heeft richtlijn 98/59 om te zetten in Pools recht – van toepassing op alle personen met de hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 2 van het arbeidswetboek. Enkel het “vastbenoemde” personeel en tijdelijke werknemers vallen niet onder de wet van 2003, zodat de kring van de aan die wet onderworpen entiteiten ruimer is dan die waarop richtlijn 98/59 van toepassing is. Volgens de verwijzende rechter hebben de werknemers die in dienst zijn bij het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz, dezelfde rechtspositie als werknemers die in dienst zijn bij particuliere instellingen, en vallen zij niet onder het ambtenarenstatuut. Bovendien zijn ziekenhuizen autonome entiteiten die niet onder overheidstoezicht staan en die worden gefinancierd met de inkomsten uit hun werkzaamheden. Er bestaat dus geen grondslag in het nationale recht om het in het hoofdgeding aan de orde zijnde ziekenhuispersoneel uit te sluiten van de werkingssfeer van de wet van 2003.

22. Onder deze omstandigheden en gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte informatie dient de prejudiciële vraag te worden beantwoord.

23. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, en artikel 2 van richtlijn 98/59 aldus moeten worden uitgelegd dat een werkgever gehouden is de in dat artikel 2 bedoelde raadplegingen te houden wanneer hij voornemens is om ten nadele van de werknemers over te gaan tot een eenzijdige wijziging van de beloningsvoorwaarden die leidt tot de beëindiging van de arbeidsverhouding als die werknemers weigeren die wijziging te aanvaarden.

24. Met het oog op de beantwoording van deze vraag zij er om te beginnen aan herinnerd dat richtlijn 98/59 blijkens artikel 1, lid 1, tweede alinea, ervan – waaruit voortvloeit dat deze richtlijn slechts van toepassing is voor zover het “ontslag” ten minste vijf werknemers treft – een onderscheid maakt tussen “ontslagen” en gevallen van “beëindiging

van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemers” (zie in die zin arrest van 11 november 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743, punten 44 en 45).

25. Wat het begrip “ontslag” in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 betreft, heeft het Hof geoordeeld dat deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een werkgever eenzijdig en ten nadele van de werknemer overgaat tot een substantiële wijziging van wezenlijke elementen van diens arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van die werknemer, onder dat begrip valt (arrest van 11 november 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743, punt 55).

26. Bijgevolg kan het feit dat een werkgever eenzijdig en ten nadele van de werknemer overgaat tot een niet-substantiële wijziging van een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van die werknemer, of om dergelijke redenen overgaat tot een substantiële wijziging van een niet-wezenlijk element van die arbeidsovereenkomst, niet worden aangemerkt als een “ontslag” in de zin van richtlijn 98/59.

27. Bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wijziging bij opzegging onder voorbehoud wordt alleen bepaald dat voortaan slechts de bij de werkgever vervulde tijdvakken van arbeid in aanmerking zullen worden genomen om de datum vast te stellen waarop een werknemer aanspraak kan maken op de anciënniteitspremie, zodat die wijziging enkel het tijdstip betreft waarop die werknemer recht krijgt op die premie. Zonder dat onderzocht hoeft te worden of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde anciënniteitspremie een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemers is, kan dan ook worden volstaan met de vaststelling dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wijziging bij opzegging onder voorbehoud niet kan worden geacht een substantiële wijziging van die overeenkomst met zich mee te brengen, en niet valt onder het begrip “ontslag” in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59.

28. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst na de weigering van de werknemer om een wijziging te aanvaarden zoals die welke wordt aangeboden in de wijziging bij opzegging onder voorbehoud, moet daarentegen worden aangemerkt als een “beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemers” in de zin van artikel 1, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 98/59, zodat rekening ermee moet worden gehouden bij de berekening van het totale aantal ontslagen.

29. Wat de vraag betreft vanaf wanneer een werkgever verplicht is de in artikel 2 van richtlijn 98/59 bedoelde raadplegingen te houden, zij eraan herinnert dat het Hof heeft geoordeeld dat de verplichtingen tot raadpleging en kennisgeving ontstaan vóór een beslissing van de werkgever om de arbeidsovereenkomsten te beëindigen (arresten van 27 januari 2005, Junk, C-188/03, EU:C:2005:59, punt 37, en 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a., C-44/08, EU:C:2009:533, punt 38), en dat de verwezenlijking van de in artikel 2, lid 2, van die richtlijn geformuleerde doelstelling – het voorkomen of in aantal beperken van opzeggingen van arbeidsovereenkomsten – in gevaar zou worden gebracht als de vertegenwoordigers van de werknemers na de beslissing van de werkgever zouden worden geraadpleegd (arresten van 27 januari 2005, Junk, C-188/03, EU:C:2005:59, punt 38, en 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a., C-44/08, EU:C:2009:533, punt 46).

30. Hieraan dient te worden toegevoegd dat het hoofdgeding – net zoals de zaak die heeft geleid tot het arrest van 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a. (C-44/08, EU:C:2009:533, punt 37) – verband houdt met economische beslissingen die blijkens de verwijzingsbeslissing niet rechtstreeks tot doel hadden specifieke arbeidsverhoudingen te beëindigen, maar niettemin gevolgen konden hebben voor de betrekking van een aantal werknemers.

31. In punt 48 van zijn arrest van 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a. (C-44/08, EU:C:2009:533), heeft het Hof geoordeeld dat de werkgever de raadplegingsprocedure van artikel 2 van richtlijn 98/59 moet instellen zodra hij een strategische of commerciële beslissing heeft genomen die hem ertoe noopt collectief ontslag te overwegen of te plannen.

32. In casu was het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz van mening dat het – gelet op de economische moeilijkheden waarmee het ziekenhuis werd geconfronteerd – noodzakelijk was om over te gaan tot de voorgestelde wijzigingen teneinde geen beslissingen te moeten nemen die rechtstreeks tot doel hadden specifieke arbeidsverhoudingen te beëindigen, zodat dat ziekenhuis redelijkerwijs ermee rekening moest houden dat sommige werknemers de wijziging van hun arbeidsvoorwaarden niet zouden aanvaarden, en dat hun arbeidsovereenkomst dientengevolge zou worden beëindigd.

33. Derhalve was het gespecialiseerde ziekenhuis A. Falkiewicz – waarvoor de beslissing om over te gaan tot de betekening van de wijzigingen bij opzegging onder voorbehoud immers noodzakelijkerwijs impliceerde dat collectief ontslag werd overwogen – gehouden de raadplegingsprocedure van artikel 2 van richtlijn 98/59 in te stellen.

34. Deze vaststelling is des te meer geboden omdat de doelstelling die wordt nagestreefd met de in artikel 2 van die richtlijn neergelegde verplichting tot raadpleging – te weten het voorkomen of in aantal beperken van opzeggingen van arbeidsovereenkomsten alsook het verzachten van de consequenties daarvan (arrest van 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a., C-44/08, EU:C:2009:533, punt 46) – en de doelstelling die volgens de verwijzende rechter werd nagestreefd met de wijzigingen bij opzegging onder voorbehoud – te weten het voorkomen van de liquidatie van het ziekenhuis – elkaar in zeer aanzienlijke mate overlappen. Aangezien een beslissing die leidt tot een wijziging van de arbeidsvoorwaarden het mogelijk maakt collectief ontslag te voorkomen, moet de raadplegingsprocedure van artikel 2 van richtlijn 98/59 worden ingesteld op het ogenblik waarop de werkgever overweegt om tot dergelijke wijzigingen over te gaan (zie in die zin arrest van 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e.a., C-44/08, EU:C:2009:533, punt 47).

35. Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, en artikel 2 van richtlijn 98/59 aldus moeten worden uitgelegd dat een werkgever gehouden is de in voornoemd artikel 2 bedoelde raadplegingen te houden wanneer hij voornemens is om ten nadele van de werknemers over te gaan tot een eenzijdige wijziging van de beloningsvoorwaarden die leidt tot de beëindiging van de arbeidsverhouding als die werknemers weigeren die wijziging te aanvaarden, voor zover is voldaan aan de in artikel 1, lid 1, van die richtlijn gestelde voorwaarden, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan.

#### *Kosten*

36. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### *Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht*

Artikel 1, lid 1, en artikel 2 van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag moeten aldus worden uitgelegd dat een werkgever gehouden is de in voornoemd artikel 2 bedoelde raadplegingen te houden wanneer hij voornemens is om ten nadele van de werknemers over te gaan tot een eenzijdige wijziging van de beloningsvoorwaarden die leidt tot de beëindiging van de arbeidsverhouding als die werknemers weigeren die wijziging te aanvaarden, voor zover is voldaan aan de in artikel 1, lid 1, van die richtlijn gestelde voorwaarden, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan.

#### *Noot*

Met een aantal belangrijke arresten van het HvJ EU zijn de beëindigingswijzen die worden meegeteld om te kunnen spreken van ‘collectief ontslag’ in de zin van Richtlijn 98/59 EG aanzienlijk uitgebreid. Ook het moment waarop de raadplegingsprocedure moet worden gestart, is in de Europese rechtspraak verduidelijkt. In de onderhavige arresten (*Ciupa* nr. C-429/16, ECLI:EU:C:2017:708 en *Socha* nr. C-149/16, ECLI:EU:C:2017:711) boog het HvJ EU zich opnieuw over deze kwesties.

De kernvraag in deze HvJ EU-uitspraken is of de werkgevers verplicht waren de werknemersvertegenwoordigers te raadplegen op het moment dat zij tot *opzegging onder voorbehoud* overgingen. In deze twee Poolse zaken hadden de werkgevers aan de werknemers een opzegging onder voorbehoud gegeven, inhoudende dat, als de werknemers



niet zouden instemmen met een eenzijdige wijziging van hun arbeidsvoorwaarden, de arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd. In het *Ciupa*-arrest voorzag de opzegging onder voorbehoud op een tijdelijke loonsverlaging van 15%. In het *Socha*-arrest betrof het een wijziging van het recht op een anciënniteitspremie (jubileumuitkering). Aan het HvJ EU werd in beide zaken de vraag voorgelegd of dergelijke opzeggingen meegeteld moesten worden bij de berekening van het aantal ontslagen in het kader van collectief ontslag (artikel 1 lid 1 Richtlijn).

Vooropgesteld moet worden dat het begrip 'ontslag' in de richtlijn niet is gedefinieerd. Uit eerdere arresten, te weten *Commissie/Portugal* (nr. C-55/02, EU:C:2004: 605) en *Agorastoudis* (nrs. C-187/05-C-190/05), volgt dat het begrip 'ontslag' elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst omvat die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij dus niet heeft ingestemd. Na het *Pujante Rivera*-arrest (HvJ EU, nr. C-422/14, EU:C:2015:743, «JAR» 2015/317) weten we ook dat een eenzijdige en ten nadele van de werknemer doorgevoerde substantiële wijziging van wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, onder het begrip 'ontslag' valt. Onder verwijzing naar het *Pujante Rivera*-arrest overwoog het HvJ EU in de onderhavige arresten dat de wijziging van het recht op jubileumuitkering niet onder dit begrip 'ontslag' viel. Ten aanzien van de wijziging die voorzag in een loonsverlaging van 15%, liet het HvJ EU het in het midden of deze wijziging hieronder viel.

Beide opzeggingen onder voorbehoud konden volgens het HvJ EU wel worden aangemerkt als zogenoemde 'gelijkgestelde ontslagen', zodat hiermee rekening gehouden moest worden bij de berekening van het totale aantal ontslagen dat raadpleging noodzakelijk maakt. Vanuit werknemersbescherming bezien kwalificeert het HvJ EU onzes inziens dergelijke opzeggingen onder voorbehoud terecht als 'gelijkgestelde ontslagen'. De opzeggingen zijn immers een feit, tenzij de werknemers zouden instemmen met de door werkgever voorgestelde wijzigingen. Een alternatieve uitkomst zou tot misbruik kunnen leiden en opzeggingen onder allerlei door werkgever te stellen voorbehouden buiten de telling kunnen houden. In de Nederlandse WMCO spelen deze 'gelijkgestelde ontslagen' geen aparte rol en zal iedere opzegging door de werkgever, ook één onder voorbehoud (tenzij opgezegd wordt wegens persoonlijke redenen) onzes inziens meetellen voor de berekening of sprake is van collectief ontslag. Voor zover daarover onzekerheid bestond, is iedere onzekerheid met deze arresten weggenomen.

Vervolgens liet het HvJ zich in beide arresten uit over de vraag *op welk moment* werkgevers in dergelijke gevallen verplicht zijn de werknemersvertegenwoordigers te raadplegen (artikel 2 lid 1 Richtlijn). Onder verwijzing naar het *Akavan*-arrest (nr. C-44/08, ECLI:EU:C:2009:533, «JAR» 2009/252) herhaalde het HvJ EU dat de werkgever de raadplegingsprocedure moet starten zodra hij een strategische of commerciële beslissing heeft genomen die hem ertoe noopt collectief ontslag te overwegen of te plannen. In de onderhavige zaken waren de doelstellingen die werden nagestreefd met de wijzigingen bij opzegging onder voorbehoud het voorkomen van liquidaties van de ondernemingen. Het HvJ EU stelde in dat verband dat de raadplegingsprocedure moet worden opgestart op het moment dat de werkgever overweegt tot wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden over te gaan, aangezien die beslissing het mogelijk maakt collectief ontslag te voorkomen (zie in die zin het *Akavan*-arrest, punt 47). Kortom: de raadplegingsprocedure moest worden gestart op het moment dat de werkgevers voornemens waren over te gaan tot de wijzigingen via opzegging onder voorbehoud. Deze beslissing bracht immers mee dat collectief ontslag werd overwogen, nu het niet instemmen met de eenzijdige wijziging alsnog tot ontslag zou leiden.

Voor Nederland lijkt met name de laatste overweging interessant, nu deze overweging een toevoeging bevat op het *Pujante Rivera*-arrest. Nederland kent geen systeem van 'wijziging bij opzegging onder voorbehoud'. Werkgevers kunnen in Nederland de arbeidsvoorwaarden van hun werknemers niet lichtvaardig eenzijdig wijzigen. Uit wet en rechtspraak volgen daarvoor strenge eisen (zie artikel 7:613 BW en o.a. *Stoof/Mammoet*, «JAR» 2008/204). Naar aanleiding van deze HvJ EU-arresten rijst de vraag of werkgevers in Nederland de raadplegingsprocedure ook (direct) moeten starten zodra zij voornemens zijn de arbeidsvoorwaarden van werknemers te wijzigen wegens bedrijfseconomische redenen en ter voorkoming van collectief ontslag. Als vaststaat dat het enige doel van die (collectieve) wijziging het voorkomen van (collectief) ontslag is, dan bestaat onzes inziens een serieus risico dat de werkgever gehouden is aan (vroeg)tijdige(r) raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers, in het verlengde van deze arresten. Wacht de werkgever totdat blijkt dat de wijzigingen niet haalbaar blijken en/of onvoldoende opleveren en gaat men alsnog over tot collectief ontslag, dan is raadpleging in dat stadium mogelijk te laat. Niet (tijdige) nakoming van de raadplegingsverplichtingen kan volgens de Nederlandse WMCO leiden tot toekenning van een billijke vergoeding aan werknemers; reden temeer het tijdstip waarop geraadpleegd wordt en waarop de melding collectief ontslag wordt gedaan, beter te vroeg dan te laat te doen.

