

2.23. Het *derde onderdeel* bevat alleen de voortbouwende klacht dat het voorgaande ook rov. 5.1 t/m 5.8, 5.10 t/m 5.12, 5.14, 5.15, 5.17 t/m 5.22, 6 en het dictum raakt. Die klacht mist zelfstandige betekenis en deelt het lot van de hiervoor besproken klachten.

2.24. Dit betekent dat alle klachten volgens mij tevergeefs zijn voorgesteld.

3. Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak 4894994/MC EXPL 16-3037 van de kantonrechter te Almere van 5 april 2017;

b. het arrest in de zaak 200.221.858/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 juli 2019. (...)

2. Beoordeling van het middel

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

3. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ROCvA begroot op € 2.763,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

14

Referteperiode bij collectief ontslag mag niet beperkt worden tot periode voor of na het individuele ontslag

Hof van Justitie EU
11 november 2020, nr. C-300/19,
ECLI:EU:C:2020:898
(mr. Bonichot, mr. Bay Larsen, mr. Toader,
mr. Safjan, mr. Jääskinen)
Noot mr. H.H.M.A. Foesenek

Vaststelling of individueel ontslag deel uitmaakt van collectief ontslag. Berekening referentieperiode.

[Richtlijn 98/59/EG art. 1 lid 1 eerste alinea onder a]

De werkneemster is sinds 31 oktober 2016 werkzaam bij een Spaanse onderneming. Op 28 mei 2018 is zij tijdelijk arbeidsongeschikt verklaard. Op 31 mei 2018 is haar ontslag aangezegd zonder dat daarbij de opzegtermijn in acht is genomen. De werkgever heeft daarvoor een vergoeding betaald. De werkneemster heeft beroep aangetekend tegen dit ontslag. Zij stelt dat haar individuele ontslag deel uitmaakt van een collectief ontslag. In de periode tussen 31 mei en 14 augustus 2018 zijn namelijk zeven personen gestopt met werken bij de werkgever en op 15 augustus 2018 29 werknemers. Per diezelfde dag heeft de werkgever zijn activiteiten stopgezet. Op de dag erna zijn de 29 werknemers bij een ander bedrijf in dienst getreden. De Spaanse rechter vraagt het HvJ EU hoe de referentieperiode van 30 of 90 dagen, die op grond van Richtlijn 98/59/EG in acht moet worden genomen bij de beoordeling of sprake is van collectief ontslag, moet worden vastgesteld. Moet deze worden berekend door uitsluitend de periode die aan het individuele ontslag voorafgaat in aanmerking te nemen, ofwel door ook een periode na dit ontslag mee te tellen, ofwel door elke periode van 30 of 90 dagen waarin het individuele ontslag heeft plaatsgevonden, in aanmerking te nemen?

Het HvJ EU overweegt dat de derde methode de juiste is. Richtlijn 98/85/EG bevat geen beperking

in de tijd die inhoud dat alleen ontslagen voor of na het individuele ontslag mogen meetellen. Een dergelijke temporele beperking zou ook afbreuk doen aan de bescherming van werknemers. Er kan dan geen rekening worden gehouden met ontslagen die hebben plaatsgevonden in een periode van 30 of 90 dagen, maar buiten de periode voor of na het betwiste individuele ontslag, zelfs niet als het totale aantal ontslagen hoger is dan het in de richtlijn genoemde aantal. Alleen een methode volgens welke de referentieperiode wordt gevormd door elke periode van 30 of 90 dagen waarin het betwiste individuele ontslag heeft plaatsgevonden, is in overeenstemming met de doelstelling van Richtlijn 98/85/EG en met de eerbiediging van het nuttig effect ervan.

NB. In het Nederlandse recht bepaalt par. 75.3 van de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen dat voor het toerekenen van een ontslag aan het tijdvak van drie maanden bepalend is de (voorgenomen) datum van een ontslagaanvraag, ontbindingsverzoek, opzegging of beëindigingsovereenkomst. Deze periode is dus niet beperkt tot de periode voor of na het individuele ontslag. Daarmee lijkt het Nederlandse recht in lijn te zijn met het Unierecht.

UQ

tegen

Marclean Technologies SLU.

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), 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 UQ en Marclean Technologies SLU over de rechtmatigheid van het individuele ontslag van UQ.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. In de overwegingen 2 tot en met 4, 7 en 8 van richtlijn 98/59 is vermeld:

“(2) Overwegende dat het dienstig is de werknemers bij collectief ontslag meer bescherming te bieden waarbij rekening wordt gehouden met de

noodzaak van een evenwichtige sociaal-economische ontwikkeling in de Gemeenschap;

(3) Overwegende dat niettegenstaande een convergente ontwikkeling er nog verschillen zijn blijven bestaan tussen de in de lidstaten geldende voorschriften wat de modaliteiten en de procedure voor collectief ontslag, alsmede wat de maatregelen die de gevolgen van dit ontslag voor de werknemers kunnen verzachten, betreft;

(4) Overwegende dat deze verschillen rechtstreeks van invloed kunnen zijn op de werking van de interne markt;

[...]

(7) Overwegende dat bijgevolg deze onderlinge aanpassing op de weg van de vooruitgang, in de zin van artikel 117 van het [EG-]Verdrag, dient te worden bevorderd;

(8) Overwegende dat voor de berekening van het aantal ontslagen als bedoeld in de definitie van ‘collectief ontslag’ in de zin van deze richtlijn, andere vormen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaan van de werkgever, dienen te worden gelijkgesteld met ontslag, op voorwaarde dat het ontslag ten minste vijf werknemers betreft;”

4. Afdeling I van deze richtlijn, met als opschrift “Definities en toepassingsgebied”, bestaat uit artikel 1 van de richtlijn, waarvan lid 1 bepaalt:

“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) [...]

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.”

Spaans recht

5. Het Estatuto de los Trabajadores (werknemersstatuut) vloeit voort uit Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (konninklijk wetsbesluit nr. 2/2015 tot goedkeuring van de herschikte tekst van de wet op het werknemersstatuut) van 23 oktober 2015 (BOE nr. 255 van 24 oktober 2015, blz. 100224). Artikel 51 van dat statuut, met als opschrift “Collectief ontslag”, bepaalt in lid 1:

“Voor de toepassing van deze wet wordt onder collectief ontslag verstaan de beëindiging van arbeidsovereenkomsten wegens economische, technische, organisatorische of met de productie verband houdende redenen, wanneer deze beëindiging binnen een periode van 90 dagen ten minste:

- a) 10 werknemers treft in ondernemingen met minder dan 100 werknemers;
- b) 10 % van het aantal werknemers treft in ondernemingen van 100 tot en met 300 werknemers;
- c) 30 werknemers treft in ondernemingen met meer dan 300 werknemers.

[...]

Voor de berekening van het aantal beëindigingen van arbeidsovereenkomsten als bedoeld in de eerste alinea van dit lid worden mede in aanmerking genomen alle andere beëindigingen van arbeidsovereenkomsten die in de referentieperiode op initiatief van de werkgever hebben plaatsgevonden om andere redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer en verschillen van die welke zijn genoemd in artikel 49, lid 1, onder c), van deze wet, mits ten minste 5 werknemers worden getroffen.

Wanneer een onderneming, in opeenvolgende perioden van 90 dagen en met het oogmerk om de vereisten van dit artikel te omzeilen, overeenkomsten beëindigt op grond van artikel 52, onder c), van deze wet – waarbij het aantal beëindigingen lager is dan de aangegeven drempels – en wanneer er geen nieuwe gronden zijn die een dergelijke handelwijze rechtvaardigen, worden

deze nieuwe beëindigingen geacht in strijd met de wet te zijn en worden zij ongeldig verklaard.”

6. Artikel 122 van Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social (wet 36/2011 betreffende de rechtspleging in arbeids- en socialezekerheidszaken) van 10 oktober 2011 (BOE nr. 245 van 11 oktober 2011, blz. 106584), met als opschrift “Beoordeling van de beëindiging van de overeenkomst”, bepaalt:

“1. De beëindigingsbeslissing wordt rechtmatig verklaard wanneer de werkgever, na aan de ter zake gestelde vormvereisten te hebben voldaan, bewijs levert van het bestaan van de in de schriftelijke mededeling opgegeven wettelijke reden. Wanneer hij dit bewijs niet kan leveren, wordt de beslissing onrechtmatig verklaard.

2. De beëindigingsbeslissing is nietig:

[...]

b) indien daarbij de bepalingen inzake collectief ontslag zijn omzeild die gelden in de in artikel 51, lid 1, laatste alinea, [van het werknemersstatuut] bedoelde gevallen.

[...]”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

7. Op 31 oktober 2016 is UQ als kwaliteitscontroleur beginnen te werken voor Marclean Technologies. Zoals alle andere werknemers die bij Marclean Technologies in dienst waren, werkte zij in de vestigingen van Sandhar Group, waar zij de kwaliteit van de door deze onderneming vervaardigde onderdelen controleerde.

8. Op 28 mei 2018 werd UQ tijdelijk arbeidsongeschikt verklaard.

9. Op 31 mei 2018 heeft Marclean Technologies UQ kennisgegeven van een ontslagbesluit. Op de datum van dat ontslag heeft Marclean Technologies erkend dat het ontslag onrechtmatig was en heeft zij vervolgens aan UQ de schadevergoeding betaald die volgens deze onderneming verschuldigd is in gevallen waarin een ontslag door de rechter onrechtmatig is verklaard.

10. Op 11 juni 2018 heeft UQ bij de Juzgado de lo Social nr. 3 de Barcelona (arbeidsrechter, rechtbank nr. 3, Barcelona, Spanje), de verwijzende rechter, beroep ingesteld tegen haar ontslag, waarbij zij vorderde dat dit nietig of, subsidiair, onrechtmatig zou worden verklaard.

11. Tussen 31 mei en 14 augustus 2018 hielden zeven personen op met werken voor Marclean Technologies. Vier van hen deden dit om redenen die niet aan hun persoon zijn toe te schrijven,

twee hielden vrijwillig op te werken en bij de laatste was de tijdelijke arbeidsovereenkomst afgelopen.

12. Op 15 augustus 2018 hielden 29 andere werknemers van Marclean Technologies op met werken voor deze onderneming. Op diezelfde datum heeft Marclean Technologies haar activiteiten volledig stopgezet. Op 16 augustus 2018 zijn deze 29 personen beginnen te werken voor Risk Steward SL.

13. Marclean Technologies heeft aan de verwijzende rechter documenten de dato 26 juli 2018 overgelegd volgens welke deze 29 personen met ingang van 15 augustus 2018 vrijwillig ontslag hadden genomen.

14. UQ heeft aangevoerd dat het in werkelijkheid om een verborgen collectief ontslag ging, aangezien deze ontslagen gelijktijdig plaatsvonden en de betrokken werknemers op die manier geen recht hadden op werkloosheidsuitkeringen. Bijgevolg moet haar ontslag op grond van artikel 122, lid 2, van wet 36/2011 betreffende de rechtspleging in arbeids- en socialezekerheidszaken als nietig worden beschouwd.

15. Marclean Technologies heeft daartegen ingebracht dat het ontslag van UQ niet alleen was ingegeven door de afnemende bedrijvigheid van de onderneming, maar ook door de niet-nakoming van de arbeidsovereenkomst door deze werknemster en andere personeelsleden, die eveneens zijn ontslagen.

16. Bij beschikking van 6 februari 2019 heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat tussen 30 en 35 werknemers waren ontslagen, hetgeen volgens hem kon worden aangemerkt als een “collectief ontslag” in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59. Deze rechter merkt op dat de bepaling tot omzetting van deze richtlijn in Spaans recht verwijst naar een periode van 90 dagen. Dienaangaande preciseert hij dat zijn vraagstelling geen betrekking heeft op de vraag of de Spaanse regeling in dit opzicht gunstiger is dan de richtlijn.

17. De verwijzende rechter heeft twijfels over de vaststelling van de referentieperiode van 30 of 90 dagen die in aanmerking moet worden genomen om tot de conclusie te komen dat beëindigingen van arbeidsovereenkomsten een “collectief ontslag” in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 vormen. Hij wijst erop dat in de loop van de 90 dagen vanaf de datum van het ontslag van UQ, 35 beëindigingen

van arbeidsovereenkomsten bij Marclean Technologies in aanmerking kunnen worden genomen voor de berekening van het aantal ontslagen in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), ii), van deze richtlijn.

18. De verwijzende rechter benadrukt echter dat de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) in het kader van de uitlegging van artikel 51, lid 1, van het werknemersstatuut heeft geoordeeld dat de in die bepaling bedoelde periode van 90 dagen uitsluitend moest worden berekend op basis van de periode voorafgaand aan de datum van het betwiste ontslag.

19. Bovendien kan op grond van artikel 51, lid 1, laatste alinea, van het werknemersstatuut rekening worden gehouden met beëindigingen van arbeidsovereenkomsten na het betwiste ontslag, doch enkel wanneer de werkgever frauduleus heeft gehandeld. Deze bepaling beoogt aldus de frauduleuze handelwijze te bestrijden waarbij de ontslagen “druppelsgewijs” plaatsvinden om de raadpleging en inspraak van de werknemersvertegenwoordigers te vermijden.

20. Volgens de verwijzende rechter kan dit oogmerk van raadpleging en inspraak beter worden bereikt door de referentieperiode zowel voor als na de datum van het ontslag van de betrokken werknemer toe te passen, zodat deze zich kan beroepen op andere individuele ontslagen waarvan hij op het moment van zijn ontslag mogelijk geen weet heeft, maar waardoor later – wanneer deze ontslagen bij het zijne worden opgeteld – het vereiste aantal ontslagen wordt bereikt om te kunnen spreken van een collectief ontslag in de zin van richtlijn 98/59.

21. In dit verband moet artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van deze richtlijn autonoom worden uitgelegd. Niets verzet zich ertegen dat de in die bepaling bedoelde referentieperiode zo ruim mogelijk in aanmerking wordt genomen, dit wil zeggen voor de beëindigingen van arbeidsovereenkomsten vóór of na het individuele ontslag dat in het geding aan de orde is, waarbij deze periode zelfs aldus kan worden berekend dat zij deels voor en deels na het ontslag valt.

22. Daarom heeft de Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1) Moet artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), i) en ii), van richtlijn [98/59] aldus worden uitgelegd dat de referentieperiode van 30 of 90 dagen

die is vastgesteld om te bepalen of er sprake is van collectief ontslag, altijd dient te worden berekend met de datum van het individuele ontslag dat in het geding aan de orde is als einddatum?

2) Kan artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), i) en ii), van richtlijn 98/59 aldus worden uitgelegd dat de referentieperiode van 30 of 90 dagen die is vastgesteld om te bepalen of er sprake is van collectief ontslag, kan worden berekend vanaf de datum van het individuele ontslag dat in het geding aan de orde is, zonder dat de beëindigingen van arbeidsovereenkomsten die na die datum hebben plaatsgevonden noodzakelijkerwijs in strijd met de wet worden verklaard?

3) Laten de referentieperiodes van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), i) en ii), van richtlijn 98/59 de uitlegging toe dat ontslagen en beëindigingen van arbeidsovereenkomsten die hebben plaatsgevonden binnen een periode van 30 of 90 dagen waarbinnen het in het geding aan de orde zijnde ontslag valt, worden meegeteld?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

23. Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wenz te vernemen of artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 aldus moet worden uitgelegd dat, teneinde te beoordelen of een betwist individueel ontslag deel uitmaakt van een collectief ontslag, de in deze bepaling bedoelde referentieperiode van 30 of 90 dagen moet worden berekend door ofwel uitsluitend een periode die aan dit individuele ontslag voorafgaat in aanmerking te nemen, ofwel ook een periode na het ontslag mee te tellen en dit niet enkel in geval van fraude, maar zelfs als er geen sprake is van fraude, ofwel elke periode van 30 of 90 dagen waarin dat individueel ontslag heeft plaatsgevonden, in aanmerking te nemen.

24. In artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 wordt bepaald dat het begrip "collectief ontslag" ziet op het ontslag door een werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, voor zover aan bepaalde kwantitatieve en temporele voorwaarden is voldaan (arresten van 10 december 2009, Rodríguez Mayor e.a., C-323/08, EU:C:2009:770, punt 35, en 22 februari 2018, Porrás Guisado, C-103/16, EU:C:2018:99, punt 42).

25. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de Spaanse wetgever heeft gekozen voor een refe-

rentieperiode van 90 dagen. Volgens artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), ii), van richtlijn 98/59 moet, om tot de slotsom te komen dat er sprake is van collectief ontslag in de zin van die richtlijn, het aantal ontslagen voor een dergelijke referentieperiode ten minste 20 werknemers treffen, ongeacht het aantal werknemers dat gewoonlijk in de desbetreffende plaatselijke eenheden werkzaam is.

26. Onderzocht moet worden op welke wijze de in de nationale regeling bedoelde referentieperiode vanuit temporeel oogpunt in aanmerking moet worden genomen.

27. In dit verband zij er met het oog op de berekening van de in artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), i) en ii), van richtlijn 98/59 vastgestelde drempels aan herinnerd dat die richtlijn niet aldus kan worden uitgelegd dat de wijze waarop deze drempels worden berekend, en dus deze drempels zelf, aan het eigen inzicht van de lidstaten worden overgelaten, aangezien deze uitlegging de lidstaten toestaat, de werkingssfeer van deze richtlijn te wijzigen en deze aldus haar volle werking te ontnemen (arresten van 18 januari 2007, Confédération générale du travail e.a., C-383/05, EU:C:2007:37, punt 47, en 11 november 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743, punt 31).

28. De verwijzende rechter heeft in zijn vragen drie mogelijke methoden in beschouwing genomen om te bepalen of het in artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 vereiste aantal ontslagen is bereikt. Hij verwijst in de eerste plaats naar twee methoden die erin bestaan om, wanneer een individueel ontslag wordt betwist, bij de berekening van de referentieperiode hetzij alleen de periode vóór het ontslag in aanmerking te nemen, hetzij – in geval van fraude – ook de periode na het ontslag mee te tellen. In de tweede plaats wordt de referentieperiode, volgens de derde methode die deze rechter voorstelt, gevormd door elke periode van 30 of 90 dagen waarin het betwiste individuele ontslag heeft plaatsgevonden, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt naargelang deze periode voor, na, of gedeeltelijk voor en gedeeltelijk na dat individuele ontslag valt.

29. Vastgesteld moet worden dat noch de eerste noch de tweede door de verwijzende rechter voorgestelde methode in overeenstemming is met richtlijn 98/59.

30. Vooreerst bevat de tekst zelf van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van deze richtlijn immers geen enkele vermelding dat het aantal ontslagen dat zich voordeed moet worden berekend met een temporele beperking uitsluitend vóór of na het betwiste individuele ontslag.

31. Verder, en bovenal, zou de toepassing van de eerste twee door de verwijzende rechter voorgestelde methoden afbreuk kunnen doen aan de doelstelling van richtlijn 98/59, die, zoals blijkt uit overweging 2 ervan, met name beoogt de werknemers bij collectief ontslag meer bescherming te bieden.

32. Indien de referentieperiode ofwel wordt beperkt tot uitsluitend de periode vóór het betwiste individuele ontslag, ofwel ook tot de periode na het ontslag in geval van fraude, zou dit de rechten van de betrokken werknemers kunnen beperken, aangezien deze twee methoden eraan in de weg staan dat rekening wordt gehouden met ontslagen die hebben plaatsgevonden in een periode van 30 of 90 dagen, maar buiten die periode vóór of na het betwiste individuele ontslag, zelfs indien het totale aantal ontslagen hoger is dan het door artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 vereiste aantal werknemers.

33. Zoals de advocaat-generaal in punt 32 van zijn conclusie heeft opgemerkt, volgt daarentegen uit de opzet en de doelstelling van deze richtlijn dat een dergelijke periode ononderbroken moet zijn.

34. Aangaande de derde door de verwijzende rechter uiteengezette methode, volgens welke de referentieperiode wordt gevormd door elke periode van 30 of 90 dagen waarin het betwiste individuele ontslag heeft plaatsgevonden, moet worden vastgesteld dat deze methode de enige lijkt te zijn die in overeenstemming is met de in punt 31 van dit arrest in herinnering gebrachte doelstelling van deze richtlijn en met de eerbiediging van het nuttig effect ervan.

35. De volle werking van deze richtlijn zou, in strijd met de ermee nagestreefde doelstelling, worden beperkt indien zij aldus werd uitgelegd dat de nationale rechterlijke instanties geen rekening kunnen houden met ontslagen vóór of na de datum van het betwiste individuele ontslag om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een collectief ontslag in de zin van die richtlijn.

36. Bijgevolg is, zoals de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangegeven, de periode die moet worden onderzocht die waarin het betwiste individuele ontslag heeft plaatsge-

vonden en waarin zich het grootste aantal ontslagen door de werkgever heeft voorgedaan om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer in de zin van artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59.

37. Gelet op een en ander dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59 aldus moet worden uitgelegd dat, teneinde te beoordelen of een betwist individueel ontslag deel uitmaakt van een collectief ontslag, de in deze bepaling bedoelde referentieperiode om vast te stellen of er sprake is van een collectief ontslag moet worden berekend door elke periode van 30 of 90 opeenvolgende dagen waarin dit individuele ontslag heeft plaatsgevonden en waarin zich het grootste aantal ontslagen door de werkgever heeft voorgedaan om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer in de zin van deze bepaling, in aanmerking te nemen.

Kosten

38. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie 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 (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 1, lid 1, eerste alinea, onder a), van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag moet aldus worden uitgelegd dat, teneinde te beoordelen of een betwist individueel ontslag deel uitmaakt van een collectief ontslag, de in deze bepaling bedoelde referentieperiode om vast te stellen of er sprake is van een collectief ontslag moet worden berekend door elke periode van 30 of 90 opeenvolgende dagen waarin dit individuele ontslag heeft plaatsgevonden en waarin zich het grootste aantal ontslagen door de werkgever heeft voorgedaan om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer in de zin van deze bepaling, in aanmerking te nemen.

NOOT

Art. 1 Richtlijn 98/59/EG biedt lidstaten bij de implementatie een keuze ten aanzien van de kwalificatie 'collectief ontslag'. Zo kan een lidstaat ervoor kiezen het aantal ontslagen in een periode van 30 dagen af te zetten tegen het aantal werknemers in de betreffende plaatselijke eenheid (art. 1 lid 1 sub a onder i van de richtlijn) of een vast aantal van 20 werknemers in een periode van 90 dagen te hanteren, ongeacht het aantal werknemers in die plaatselijke eenheid (art. 1 lid 1 onderdeel a onder ii van de richtlijn). Spanje heeft bij de implementatie gekozen voor onderdeel i van de richtlijn, met een verruiming van de referentieperiode van 30 naar 90 dagen. Nederland heeft bij de implementatie gekozen voor onderdeel ii van de richtlijn en hanteert dus eveneens een referentieperiode van 90 dagen. De kernvraag in deze HvJ EU-uitspraak is hoe de referentieperiode gehanteerd moet worden. Het Hof van Justitie maakt duidelijk dat de referentieperiode wordt gevormd door *elke* periode van 30 of 90 dagen waarin het betwiste individuele ontslag heeft plaatsgevonden. De referentieperiode kan dus ook gedeeltelijk vóór en gedeeltelijk na het betwiste ontslag liggen. Nu de Spaanse rechter eerder ten onrechte had geoordeeld dat de periode van 90 dagen uitsluitend moest worden berekend op basis van de periode *voorafgaand* aan de datum van het betwiste ontslag, is het interessant te bezien of Nederland de referentieperiode wel juist toepast.

Richtlijn 98/59/EG is geïmplementeerd in de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO). Art. 3 WMCO spreekt van het voornemen de arbeidsovereenkomsten van ten minste 20 werknemers binnen één werkgebied te beëindigen 'op een of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen'. Dat impliceert dat er binnen elk tijdvak van drie maanden bekeken kan worden of er ten minste 20 ontslagen zijn, conform Richtlijn 98/59/EG en de HvJ EU-uitspraak. Het is als het ware een (verplaatsbaar) hek dat om elk cluster van 20 ontslagen in een periode van drie maanden gezet kan worden. Bij ontslag gaat het dan om elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij dus niet heeft ingestemd (arresten C-55/02, ECLI:EU:C:2004:605, punt 50 (*Commissie/Portugal*)).

(*Commissie/Portugal*) en C-422/14, ECLI:EU:C:2015:743, punt 48 (*Pujante Rivera*)).

Ook de memorie van toelichting bij de Wijziging van de WMCO geeft blijkt van een juiste interpretatie. In die MvT geeft de wetgever als voorbeeld de situatie dat een werkgever op enig moment verzoekt om toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met vijf werknemers en binnen drie maanden voor nog eens vijftien werknemers. Hierbij merkt de wetgever duidelijk op dat de werkgever in dat geval het collectief ontslag alsnog moet melden (*Kamerstukken II* 2010/11, 32718, nr. 3, p. 8).

Gelet op voorgaande zal h-et geen verrassing zijn dat ook de UWV Uitvoeringsregels bij ontslag om bedrijfseconomische redenen wijzen op een juiste toepassing. Paragraaf 75.3 spreekt over een 'tijdvak van drie maanden' waarbij voor de toerekening aan dit tijdvak bepalend is de datum van de ontslagaanvraag bij het UWV of cao-commissie, de indiening van het ontbindingsverzoek, de opzegging door de werkgever of het sluiten van de beëindigingsovereenkomst.

Uit de nadere toelichting blijkt niet van enige temporele beperking van de referentieperiode van drie maanden. Sterker nog, de expliciet genoemde voorbeelden wijzen erop dat een werkgever rekening moet houden met *elk* tijdvak van drie maanden. Zo wordt benadrukt dat de werkgever die *mogelijk* tot 20 ontslagen binnen drie maanden komt, er goed aan doet dat voornemen zekerheidshalve op voorhand te melden. De consequenties van het niet naleven van de meldingsplicht is immers dat de kantonrechter de opzegging of de beëindigingsovereenkomst kan vernietigen (art. 7 WMCO). Deze sanctie ziet ook op ontslagen die al hebben plaatsgevonden voordat duidelijk was dat zich later een collectief ontslag zou voordoen (*T&C Arbeidsrecht*, aant. 1 bij art. 7 WMCO).

Kortom, Nederland past de referentieperiode van drie maanden juist toe. De referentieperiode wordt in Nederland niet beperkt door uitsluitend naar een periode vóór of na een betwist ontslag te kijken. Daarmee wordt de doelstelling van Richtlijn 98/59/EG, om werknemers bij collectief ontslag meer bescherming te bieden, gewaarborgd. Er is immers geen mogelijkheid zo te 'spelen' met het tijdvak dat er weliswaar sprake is van 20 ontslagen binnen drie maanden, maar dat het toch niet als collectief ontslag kwalificeert

omdat een deel van de ontslagen juist vóór of na een betwist ontslag plaatsvond.

Bij 20 ontslagen binnen een tijdvak van drie maanden kan de WMCO dus niet omzeild worden. Niet-naleving van de WMCO is feitelijk wel mogelijk. Dat kan zowel bewust als onbewust. Het valt niet uit te sluiten dat binnen een (grote) werkgeversorganisatie een ontslagronde plaatsvindt die het aantal van 20 in eerste instantie niet haalt, maar door individuele ontslagen in de periode erna alsnog deze grens voor collectief ontslag bereikt. Dat zal dan meestal geen bewuste keuze zijn. Er bewust voor kiezen om binnen het tijdvak van drie maanden extra ontslagen te realiseren die maken dat alsnog sprake is van collectief ontslag, is immers zeer riskant vanwege de hiervoor genoemde sanctie dat een werknemer in dat geval de kantonrechter kan verzoeken de opzegging of de beëindigingsovereenkomst te vernietigen. Het gebrek aan rechtspraak hierover toont eigenlijk al aan dat de werkgever dat risico niet opzoekt. Al is het ook maar de vraag of het werknemers altijd ter ore komt als er (later) alsnog sprake is van een collectief ontslag en zo ja, of zij hun rechten daarin kennen en willen uitoefenen.

De werkgever die na een eerste ontslagronde het voornemen heeft tot een tweede ontslagronde, zal die tweede ronde dus niet zomaar binnen het tijdvak van drie maanden doorzetten als daardoor alsnog het aantal van 20 ontslagen wordt behaald. Hij zet daarmee immers alle gerealiseerde ontslagen uit de eerste ronde op losse schroeven. Waar mogelijk, zal deze werkgever ervoor zorgen dat de tweede ontslagronde (net) buiten het tijdvak van drie maanden valt. En na het realiseren van die tweede ontslagronde zal de werkgever in dat nieuwe tijdvak van drie maanden opnieuw alert blijven om niet (alsnog) de grens van 20 ontslagen te passeren. En zo wordt er uiteindelijk toch nog met het tijdvak gespeeld.

mr. H.H.M.A. Foesenek
advocaat bij Liber Dock Advocaten in Amsterdam

15

Opvoedingsverlof alleen voor vrouwelijke werknemers; ongelijke behandeling?

Hof van Justitie EU
18 november 2020, nr. C-463/19,
ECLI:EU:C:2020:932
(mr. Bonichot, mr. Bay Larsen, mr. Toader,
mr. Safjan, mr. Jääskinen)
Noot mr. dr. A. Eleveld

Aanvullend verlof na zwangerschapsverlof. Uitsluiting van vaders van verlof. Criteria voor beoordelen of sprake is van ongelijke behandeling.

[Richtlijn 2006/54/EG art. 2 lid 1 sub a, 14, 28]

De werknemer is in dienst als controleur uitkeringen. Hij is vader van een in april 2016 geboren kind. Op grond van de bij de werkgever geldende cao heeft een werkneemster die zelf haar kind opvoedt, na afloop van het zwangerschapsverlof recht op drie maanden verlof met behoud van een half salaris of anderhalve maand verlof met behoud van het volledige salaris en vervolgens een jaar onbetaald verlof. De werknemer heeft toekenning van dit verlof verzocht, maar zijn verzoek is afgewezen, omdat de betreffende bepaling alleen betrekking heeft op vrouwelijke werknemers. In de daaropvolgende rechterlijke procedure vraagt de Franse rechter aan het HvJ EU of hier sprake is van discriminatie.

Het Hof stelt voorop dat een maatregel die verlof aan vrouwen toekent in aanvulling op de wettelijke termijn van het zwangerschapsverlof, onder Richtlijn 2006/54/EG valt, aangezien een dergelijk verlof ertoe strekt de vrouw te beschermen met betrekking tot de gevolgen van zowel de zwangerschap als haar moederschap. Een dergelijk verlof moet dus bedoeld zijn om de bescherming te waarborgen van de biologische gesteldheid van de vrouw en van de bijzondere relatie die zij in de periode na de bevalling met haar kind onderhoudt. Indien het aanvullende verlof betrekking heeft op de positie van de moeder als ouder, dus los van haar biologische gesteldheid, dan is dit onvoldoende om vaders van dit verlof uit te slui-