

ANNOTATIE

De WMCO en de grenzen aan richtlijnconforme interpretatie

mr. dr. J.H. Even

Feiten

Ploeg Ede B.V. zag zich geconfronteerd met slechte financiële resultaten. Ingrijpen was noodzakelijk. Ploeg Ede B.V. wilde dat op twee manieren doen. Een groep van negen werknemers zou worden ontslagen. Daarnaast zou samengewerkt moeten worden met een derde bedrijf om zodoende een betere toekomst voor Ploeg Ede B.V. te verzekeren. Op 9 januari 2010 heeft Ploeg Ede aan het UWV WERKbedrijf (UWV) toestemming gevraagd de negen arbeidsovereenkomsten te mogen opzeggen. Eind januari zijn deze verzoeken echter ingetrokken, omdat met de betrokken werknemers een vaststellingsovereenkomst was gesloten ter beëindiging van hun arbeidsovereenkomst. Deze vaststellingsovereenkomsten voorzagen in een vergoeding ter hoogte van de neutrale kantonrechtersformule en in een andere vergoeding. Op 2 februari 2009 werden de onderhandelingen met de derde partij over een samenwerkingsovereenkomst gestaakt. Hierdoor was Ploeg Ede B.V. niet meer levensvatbaar en moest zij sluiten. Op 25 februari 2009 heeft zij het UWV toestemming gevraagd de arbeidsovereenkomst met de resterende vijftien werknemers op te zeggen. Die toestemming werd verleend. Ploeg Ede B.V. betoogde inmiddels geen enkele financiële ruimte meer te hebben aan deze vijftien werknemers uit deze tweede ontslaggolf een ontslagvergoeding te betalen. Opzegging van de arbeidsovereenkomsten zonder vergoeding volgde. In deze procedure betoogde een werknemer die in de tweede ontslaggolf werd ontslagen, dat de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk was, onder meer omdat Ploeg Ede B.V. ten onrechte niet de regels uit de Wet melding collectief ontslag (WMCO) zou hebben nageleefd. Is dat laatste standpunt juist?

Het begrip ontslag in de WMCO

Artikel 3 lid 1 WMCO bepaalt dat sprake is van een collectief ontslag als een werkgever het voornemen heeft (1) binnen een tijdvak van drie maanden de dienstbetrekkingen van (2) ten minste twintig werknemers (3) werkzaam binnen één werkgebied (4) te doen eindigen. In deze procedure spitste de discussie zich uiteindelijk toe op dit laatste criterium, het 'doen eindigen'.

Met doen eindigen wordt bedoeld op het opzeggen van de arbeidsovereenkomst, waarvoor

toestemming van het UWV nodig is. De WMCO is daardoor gekoppeld aan het BBA. De uitzondering op deze regel is dat opzeggingen als gevolg van faillissement of schuldsanering wel meetellen voor de WMCO (ondanks het feit dat hiervoor geen ontslagvergunningen nodig zijn). De reden van beëindiging is ook van belang: opzeggingen om redenen die de persoon van de werknemer betreffen, zijn voor de WMCO niet relevant. De hier geschetste reikwijdte van de WMCO volgt, buiten de wetsgeschiedenis, ook uit artikel 2: 'deze wet is niet van toepassing op het doen eindigen van een dienstbetrekking: a. waarvoor geen toestemming van het bevoegd gezag [het UWV] vereist is; b. uitsluitend om redenen die de persoon van de werknemer betreffen.' Deze invulling van de wet wordt dan ook gevolgd door het UWV, zoals ook uit de Beleidsregels Ontslagtaak UWV volgt (p. 23-3).

Zijn andere vormen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst dan in het geheel niet van belang voor de WMCO? Dat is niet het geval. Voor het berekenen van het getalscriterium van twintig tellen gezien artikel 3 lid 2 WMCO de ontbindingen van arbeidsovereenkomsten op grond van bedrijfseconomische redenen mee, voor zover het er ten minste vijf zijn. Een andere voor de praktijk belangrijke manier van beëindiging van arbeidsovereenkomsten – de beëindiging met wederzijds goedvinden – valt echter niet onder het begrip 'doen eindigen'. Als een ontslagaanvraag wordt ingediend en vervolgens wordt ingetrokken omdat de betrokken werknemer een vaststellingsovereenkomst aanvaardt, dan telt deze beëindiging niet mee als ontslag voor de WMCO. Ingetrokken ontslagaanvragen worden volgens het UWV geacht nimmer te zijn ingediend en zijn dus niet relevant voor het getalscriterium (UWV Werkbedrijf, 5 maart 2009, *JAR* 2009/131). De vraag is of dat juist is. Hierop kom ik in paragraaf 5 terug.

Het begrip ontslag in de richtlijn

Als bekend, is de WMCO gebaseerd op Richtlijn 98/59/EEG betreffende de aanpassingen van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (hierna: de richtlijn). De richtlijn geeft een definitie van collectief ontslag. Een collectief ontslag is volgens artikel 1 lid 1 sub a, toegespitst op de Nederlandse situatie, 'het ontslag door een werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, wanneer (...) het aantal ontslagen (...) gedurende een periode van 90 dagen ten minste 20 werknemers treft, ongeacht het aantal werknemers dat gewoonlijk in de desbetreffende plaatselijke eenheden werkzaam is'. Hieraan wordt in sub b van hetzelfde lid toegevoegd dat, voor de berekening van het aantal bedoelde ontslagen met ontslagen wordt 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'.

Het begrip ontslag is door het Hof van Justitie van de EU (HvJ) nader uitgewerkt. In het arrest Commissie/Portugal (HvJ EG 12 oktober 2004, nr. C-55/02), oordeelde het HvJ 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'. De latere nuance die het HvJ maakte voor het geval de werkgever,

natuurlijk persoon komt te overlijden is voor deze zaak niet relevant (HvJ EU 10 december 2009, nr. C-323/08, Rodríguez Mayor). Met betrekking tot het begrip gelijkgesteld ontslag had A-G Tizzano al in zijn conclusie bij het arrest Commissie/Portugal betoogd dat het bij een gelijkgesteld ontslag gaat om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, maar met de instemming van de werknemer. Die instemming ontbreekt bij 'gewoon' ontslag als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub a van de richtlijn. Dit standpunt lijkt de instemming van het HvJ te hebben.

Overigens, het is van belang om het 'gewone ontslag' en het 'gelijkgestelde ontslag' van elkaar te onderscheiden. De rechtsgevolgen zijn namelijk anders. Een gelijkgesteld ontslag hoeft niet te worden behandeld als ware het een gewoon ontslag. Dat volgt uit de bewoordingen van de richtlijn: voor de berekening van het aantal gewone ontslagen tellen gelijkgestelde ontslagen mee. Gelijkgestelde ontslagen zijn dus van belang voor het antwoord op de vraag of het getalscriterium nodig voor een collectief ontslag is bereikt. Er volgt niet uit de tekst van de richtlijn dat de verplichtingen uit de richtlijn – zoals de wachttijd – ook ten aanzien van gelijkgestelde ontslagen gelden. Zie in die zin ook A-G Tizzano in zijn conclusie bij het arrest Commissie/Portugal.

De tekortkomingen van de WMCO en het wetsvoorstel

Dit probleem is gesignaleerd en bekritiseerd en gaf aanleiding tot Kamervragen. Op de brief met vragen van Vermeij (PvdA) van 20 november 2009 (vraagnummer 2009Z22177) liet Minister Donner eerst nog weten dat werkgevers door met vaststellingsovereenkomsten te werken de regels van de WMCO niet overtraden. Hij zag gezien zijn antwoorden van 9 december 2009 op deze vragen geen aanleiding de WMCO aan te scherpen (Aanhangsel Handelingen II 2009/10, nr. 944). Een brief met vragen van Bosma (PVV) volgde op 29 januari 2010 (vraagnummer 2010Z01676). In reactie hierop wijzigde Donner koers. Bij schriftelijke reactie van 15 februari 2010 antwoordde hij dat, hoewel er geen sprake was van wetsontduiking (de WMCO liet deze praktijk toe), hij het in de rede vond liggen de WMCO zodanig aan te passen dat het antwoord op de vraag of een melding moet plaatsvinden los zal komen te staan van de door de werkgever gekozen ontslagroute (UWV, kantonrechter of beëindiging met wederzijds goedvinden). Hij liet weten opdracht te hebben gegeven een technische wijziging van de wet voor te bereiden (Antwoorden op de Kamervragen van het lid Vermeij (PvdA) en de antwoorden op de Kamervragen van het lid Bosma (PVV), 15 februari 2010, *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 1614). Dit heeft geresulteerd in het voorstel van wet 'Wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet' (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 718, nr. 2).

De kern van dit voorstel is het uitbreiden van de definitie van ontslag: elke beëindigingswijze van de arbeidsovereenkomst – opzegging na verkregen toestemming UWV, ontbinding en beëindigingen met wederzijds goedvinden – zal onder de definitie van 'collectief ontslag' worden gebracht. Door deze wijziging moeten de vakbonden altijd worden geraadpleegd bij een voorgenomen collectief ontslag, ongeacht de route die de werkgever wil gaan volgen voor

het beëindigen van de arbeidsovereenkomsten (memorie van toelichting bij Wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet, *Kamerstukken II 2010/11, 32 718, nr. 3, p. 2*).

Op zichzelf genomen gaat dit wetsvoorstel verder dan de richtlijn vereist. Het is juist dat de ontbinding onder het begrip ‘ontslag’ wordt geschaard, maar ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden had ervoor gekozen kunnen worden deze beëindigingsmethode als gelijkgesteld ontslag te behandelen. Dat is niet gebeurd, hetgeen overigens is toegestaan door de richtlijn. Lidstaten zijn op grond van artikel 5 van de richtlijn immers bevoegd voor de werknemers gunstigere regels vast te stellen.

Anticipatie op dit wetsvoorstel door richtlijnconforme interpretatie WMCO?

Mocht het wetsvoorstel in de toekomst wet worden, dan zou de ‘dubbele ontslaggolf’ bij Ploeg Ede B.V. als collectief ontslag kwalificeren (ik laat een andere discussie over de toepasselijkheid van de WMCO die ook in deze zaak speelde rusten). In een periode van drie maanden zijn immers 24 arbeidsovereenkomsten beëindigd door middel van een combinatie van opzegging en beëindiging met wederzijds goedvinden. De werknemer poneerde dan ook de stelling dat de ontslagen in strijd met de (strekking en het doel van de) WMCO niet zijn gemeld aan de betrokken vakorganisaties en geen overleg met die vakorganisaties is gevoerd. Deze stelling werd verder onderbouwd met een beroep op richtlijnconforme uitleg van de WMCO.

Dit standpunt is zo gek nog niet. De WMCO vormt geen juiste implementatie van de richtlijn en rechters zullen er veel aan moeten doen om de WMCO richtlijnconform te interpreteren. De vraag is dan ook of rechters op de wetswijziging moeten wachten om de beëindigingsovereenkomst te kunnen meetellen als ontslag, of dat dit al positief recht is. Verburg meent dat laatste. Hij beargumenteert, samengevat, dat een richtlijnconforme uitleg van de WMCO ertoe noopt dat een beëindigingsovereenkomst nu al meetelt als ontslag. Het afsluiten van een dergelijke overeenkomst kan volgens hem namelijk onder het ‘doen eindigen’ van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in de WMCO worden gebracht. En omdat dit kan, dwingt richtlijnconforme interpretatie de rechter dit daadwerkelijk te doen. De wetswijziging is in zijn visie eigenlijk alleen maar nodig om te bereiken dat elk ontbindingsverzoek als ontslag wordt beschouwd en niet pas bij het aantal van vijf (L. Verburg, ‘Het moment van de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers op grond van de richtlijn collectief ontslag’, *ArA 2010/1*, p. 65 e.v. en L. Verburg, ‘Naschrift van Verburg bij de reactie van Heinsius op de annotatie van het Akavan-arrest in *ArA 2010/1*’, *ArA 2010/2*, p. 98 e.v.). Heinsius daarentegen gelooft niet dat de WMCO op voornoemde wijze richtlijnconform kan en mag worden geïnterpreteerd. Hij wijst erop dat de beëindigingsovereenkomst naar Europees recht geen gewoon, maar een gelijkgesteld ontslag is. Hij acht het oprekken van artikel 3 lid 2 WMCO op zo’n wijze dat tevens een beëindigingsovereenkomst hieronder komt te vallen contra legem (J. Heinsius, ‘De complexiteit van het collectief ontslagrecht herbevestigd door Akavan/Fujitsu Siemens’, *ArA 2010/2*, p. 88 e.v.). Samen met B. Filippo heb ik mij bij deze visie aangesloten (J.H. Even & B. Filippo, ‘Collectief ontslag niet meer omzeild’,

ArA 2011/2, p. 27 en 28). Het lijkt ons niet mogelijk dat, zonder wetswijziging, een beëindigingsovereenkomst kan worden gebracht onder het 'doen eindigen' van een arbeidsovereenkomst. Artikel 2 lid 1 WMCO bepaalt namelijk dat de wet niet van toepassing is op het doen eindigen van een dienstbetrekking waarvoor geen toestemming van het UWV is vereist. Die toestemming is nu eenmaal niet vereist bij het afsluiten van een beëindigingsovereenkomst, zodat deze beëindigingsmethode buiten het bereik van de WMCO valt. Bovendien voert Heinsius met juistheid aan dat de beëindigingsovereenkomst op basis van de richtlijn ook helemaal niet onder het ontslagbegrip 'doen eindigen' dient te worden gebracht, omdat het geen gewoon, maar een gelijkgesteld ontslag is. Artikel 3 lid 2 WMCO, dat ziet op het gelijkgestelde ontslag, biedt door expliciet van ontbinding van de arbeidsovereenkomst te spreken en te verwijzen naar artikel 7:685 BW geen ruimte om daaronder de beëindigingsovereenkomst te scharen. Hiertegenover staat dat het HvJ soms ver gaat om richtlijnconforme interpretatie te bereiken (zie hierover bijvoorbeeld S.S.M. Peters, *Verdund Sociaal Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 573 en 574). Niettemin lijkt richtlijnconforme uitleg ons in dit geval een brug te ver. Zo dacht het Hof Arnhem er in deze zaak ook over:

'(...) is duidelijk dat de Nederlandse wetgever het destijds niet nodig heeft gevonden dat melding als bedoeld in de WMCO plaats vond in het geval van beëindiging van arbeidsovereenkomsten met wederzijds goedvinden, en dat de Nederlandse wetgever aanpassing van de WMCO nodig acht om te bewerkstelligen dat overeenkomsten tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten meetellen voor het antwoord op de vraag, of een melding als bedoeld in de WMCO dient te worden gedaan. (...) het beroep van [werknemer] op interpretatie van de WMCO conform richtlijn 98/59/EG – waarbij in artikel 1, laatste volzin wordt bepaald dat voor de berekening van het aantal ontslagen als bedoeld in dat artikel in de eerste alinea, onder a) met ontslagen wordt gelijk gesteld 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 – [gaat] niet op. Het is weliswaar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG dat de nationale rechter, teneinde het met een richtlijn beoogde resultaat te bereiken, het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn moet uitleggen (na het verstrijken van de omzettingstermijn), maar die verplichting wordt begrensd door algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan niet dienen als grondslag voor een uitlegging 'contra legem' van het nationale recht. Het hof is van oordeel, dat sprake zou zijn van een uitlegging 'contra legem' indien in dit geval zou worden geoordeeld dat de negen arbeidsovereenkomsten, waarvan beëindiging met wederzijds goedvinden in januari/februari 2009 heeft plaatsgevonden, hadden moeten worden meegeteld voor de beantwoording van de vraag of een melding als bedoeld in de WMCO had moeten worden gedaan.'

Hoewel de beslissing naar mijn mening juist is, acht ik de gevolgen daarvan minder gelukkig. Nederland moet nu eenmaal de richtlijn juist opvolgen en dat gebeurt nu niet. Boventallige werknemers krijgen hierdoor niet de bescherming die hen toekomt. Die lacune in de WMCO

wordt als het goed is snel gedicht. Het zou mooi zijn als de wetgever hier de nodige vaart achter zet.