

ANNOTATIE

HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (AMS), Franse zaak over medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria werpt nieuw licht op het Küçükdeveci-correctief

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 15-01-2014,
ECLI:EU:C:2014:2 (AR-2014-0051)*

Inleiding

De Europese Unie koestert het midden- en kleinbedrijf. Dat heeft alles te maken met de belangrijke rol die het MKB speelt voor de Europese economie: meer dan 99% van alle ondernemingen in de EU behoren tot het MKB en deze ondernemingen zijn samen goed voor twee derde van de (private) werkgelegenheid (hierbij zij opgemerkt dat de EU een ruime definitie van het MKB hanteert, namelijk ondernemingen met minder dan 250 werknemers). In het EU-Werkingsverdrag is daarom expliciet bepaald dat Europese richtlijnen op arbeidsrechtelijk gebied de concurrentiepositie van kleinere ondernemingen niet (te veel) mogen aantasten. Art. 153 lid 2 sub b VWEU bepaalt namelijk dat in bedoelde richtlijnen “wordt vermeden zodanige administratieve, financiële en juridische verplichtingen op te leggen dat de oprichting en ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen daardoor zou kunnen worden belemmerd”. Met het oog daarop bevatten o.a. de richtlijnen op het gebied van medezeggenschap (zie bijv. 2009/38/EG en 2002/14/EG) en collectief ontslag (98/59/EG) getalscriteria. De verplichtingen uit de richtlijn gelden dan, kort gezegd, slechts voor ondernemingen met een bepaald minimumaantal werknemers in dienst. Hieruit volgt al direct het belang van de vraag wie voor het getalscriterium worden meegeteld. Over die vraag gaat deze Franse zaak.

De zaak betreft het getalscriterium in de medezeggenschapsrichtlijn (richtlijn 2002/14/EG tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap). De verplichtingen die deze richtlijn oplegt gelden slechts voor ondernemingen die in een lidstaat ten minste 50 werknemers in dienst hebben, of

voor vestigingen die in een lidstaat ten minste 20 werknemers in dienst hebben (dit is ter keuze van de lidstaten). De vraag was of de Franse regeling, waarin verschillende groepen werknemers niet worden meegeteld bij de berekening van het getalscriterium, in strijd met het EU-recht is. In het verlengde daarvan rees de vraag of, indien die strijd er is, werknemers zich daarop jegens hun civiele werkgever kunnen beroepen. Hoewel het in het bijzonder ging om de doorwerking van het grondrecht van medezeggenschap, neergelegd in art. 27 van het EU-Grondrechtenhandvest, biedt het arrest ook aanknopingspunten voor de beoordeling van de horizontale inroepbaarheid van andere grondrechten uit het Handvest.

De Zaak

Volgens het Franse arbeidswetboek, de Code du Travail (CdT), moeten in bedrijfsvestigingen met ten minste 11 werknemers personeelsvertegenwoordigers worden verkozen. In ondernemingen of vestigingen met minimaal 50 werknemers stellen de vakbonden een ondernemingsraad samen en wijzen zij (als er geen personeelsvertegenwoordiger is) een vakbondsvertegenwoordiger aan. Art. L. 1111-2 en 1111-3 CdT bepalen hoe het werknemersaantal moet worden berekend – en daarom draait het in deze zaak. Werknemers die fulltime werken en in vaste dienst zijn, worden bijv. volledig meegeteld, terwijl deeltijdwerkers slechts naar rato van hun arbeidsduur worden meegeteld. Bepaalde groepen werknemers worden helemaal niet in aanmerking genomen bij de berekening van de getalscriteria. Dat betreft o.a. personen die werken op basis van een werkbegeleidingsovereenkomst of een overeenkomst ter ondersteuning van hun terugkeer op de arbeidsmarkt (art. L. 1111-3), hierna aangeduid als ‘gesubsidieerde werknemers’.

De Association de Médiation Sociale (hierna: AMS) is een particuliere vereniging zonder winstoogmerk die zich vooral bezig houdt met de voorkoming van criminaliteit in Marseille. Arbeidsbemiddeling behoort tot de belangrijkste activiteiten van de vereniging: zij sluit werkbegeleidingsovereenkomsten met jongeren en werklozen teneinde hun (re-)integratie op de arbeidsmarkt te bevorderen. Er ontstaat een conflict tussen de vakbond CGT en AMS, als CGT een vakbondsvertegenwoordiger aanwijst in de vereniging. AMS betoogt dat de hierboven beschreven medezeggenschapsverplichtingen niet voor haar gelden, omdat zij niet voldoet aan het getalscriterium van 11 werknemers (laat staan aan het getalscriterium van 50 werknemers). Zij heeft weliswaar zo’n 150 werknemers in dienst, maar dit betreft slechts 8 vaste werknemers. Alle overige werknemers hebben een werkbegeleidingsovereenkomst en die categorie werknemers telt niet mee voor de getalscriteria. Het verzoek van AMS tot nietigverklaring van de aanwijzing door CGT van de vakbondsvertegenwoordiger in haar onderneming, wordt afgewezen door de tribunal d’instance (kantonrechter) te Marseille. Dit tribunal heeft art. L. 1111|3 CdT buiten toepassing gelaten wegens strijd met het Unierecht en in het bijzonder met richtlijn 2002/14. De aanwijzing van de vakbondsvertegenwoordiger werd bekrachtigd, aangezien AMS – zonder toepassing van de uitzonderingen van art. L. 1111|3 CdT – ruimschoots aan het getalscriterium van 50 werknemers voldoet. De AMS stelt tegen deze beslissing beroep in bij het Cour de cassation, dat vervolgens het Hof van Justitie van de EU (hierna HvJ EU of Hof) om een prejudiciële beslissing verzoekt.

Oordeel HvJ EU

Het Franse Cour de cassation wil twee dingen weten van het HvJ EU. In de eerste plaats vraagt het of het grondrecht van art. 27 Handvest, zoals gepreciseerd in richtlijn 2002/14, in een geding tussen particulieren kan worden aangevoerd om nationale implementatiewetgeving te toetsen aan het Unierecht. Daarnaast wil het cassatiehof weten of de Franse regeling volgens welke gesubsidieerde werknemers niet worden meegeteld voor de medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria, in strijd is met deze Europese bepalingen.

Het Hof start met de tweede vraag en acht de Franse regeling in strijd met de medezeggenschapsrichtlijn. Lidstaten mogen niet een bepaalde categorie van werknemers, zoals gedefinieerd in art. 2 sub d Richtlijn 2002/14, van die berekening uitsluiten. Een nationale regeling die dat doet, heeft immers tot gevolg dat bepaalde werkgevers worden ontheven van de hun door de richtlijn opgelegde verplichtingen en dat hun werknemers de daarmee corresponderende rechten worden ontnomen. Frankrijk wees erop dat zij met de uitzonderingsregeling een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid nastreeft, namelijk de bevordering van de werkgelegenheid, en dat haar daarbij volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU een ruime beoordelingsmarge toekomt. Dat is weliswaar correct, zo erkent het Hof, maar het wijst erop dat volgens diezelfde rechtspraak deze beoordelingsmarge niet ertoe mag leiden dat een fundamenteel Unierechtelijk beginsel of voorschrift van zijn inhoud wordt beroofd. Door gesubsidieerde werknemers van de berekening van het werknemersaantal uit te sluiten, heeft Frankrijk zijn implementatieverplichting geschonden.

Vervolgens beantwoordt het Hof de eerste vraag. Het wijst erop dat art. 3 lid 1 van de medezeggenschapsrichtlijn, waarin de getalscriteria van 50 en 20 werknemers zijn opgenomen, voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking. Die richtlijn bepaling zou dus tegenover de staat kunnen worden ingeroepen (directe verticale werking), maar daar schieten de verweerders (o.a. vakbond CGT) niets mee op. In casu gaat het immers om een private werkgever, en richtlijn bepalingen hebben geen directe horizontale werking. Richtlijnconforme interpretatie zou uitkomst kunnen bieden, maar de Cour de cassation had het HvJ EU al laten weten dat een dergelijke uitleg van de Franse bepaling niet mogelijk is. Dat geconstateerd hebbende, overweegt het Hof:

41. In deze omstandigheden moet in de derde plaats worden nagegaan of de situatie in het hoofdgeding vergelijkbaar is met die in de zaak die tot het (...) arrest Küçükdeveci heeft geleid, zodat artikel 27 van het Handvest, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van richtlijn 2002/14, kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren om in voorkomend geval de niet met deze richtlijn overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing te laten."

Het tot de lidstaten gerichte verbod in art. 3 lid 1 van de richtlijn om een bepaalde categorie werknemers bij de berekening van het personeelsbestand van de onderneming uit te sluiten, kan echter, als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift, noch uit art. 27 Handvest noch uit de toelichtingen daarop worden afgeleid, aldus het Hof (r.o. 46). Daarop volgen de volgende overwegingen:

47. In dit verband moet worden opgemerkt dat de omstandigheden in het hoofdgeding verschillen van die welke aanleiding hebben gegeven tot het arrest *Kücükdeveci*, aangezien het in laatstgenoemd arrest aan de orde zijnde beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, neergelegd in artikel 21, lid 1, van het Handvest, op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.

48. Bijgevolg kan in een geding als het onderhavige artikel 27 van het Handvest niet als zodanig worden ingeroepen om tot de slotsom te komen dat de niet met richtlijn 2002/14 overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten.

49. Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan indien artikel 27 van het Handvest wordt gelezen in samenhang met de bepalingen van richtlijn 2002/14. Aangezien dit artikel op zich immers niet volstaat om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen inroepen, geldt dit tevens voor een dergelijke lezing in samenhang.

Art. 27 Handvest kan dus niet, ook niet in samenhang met de bepalingen van de medezeggenschapsrichtlijn, worden ingeroepen in een geding tussen particulieren teneinde die nationale bepaling buiten toepassing te laten. Voor de benadeelde partij, hier de betrokken vakbonden en werknemers, resteert slechts een schadevergoedingsactie jegens de Staat ('*Francovich*-vordering').

Commentaar

Inroepbaarheid art. 27 Handvest van de Grondrechten

Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat richtlijnen in horizontale verhoudingen geen directe werking hebben. Werknemers kunnen daarom niet rechtstreeks rechten aan richtlijnen ontlelen en deze inroepen tegenover hun private werkgever. Die EU-rechten komen aan hen slechts indirect toe via de nationale implementatiewetgeving. Dat helpt een werknemer niet veel verder indien die implementatie onjuist is geschied, zoals in casu het geval is. Teneinde in zulke gevallen toch een effectieve rechtsbescherming te waarborgen, heeft het Hof de doctrine van de richtlijnconforme interpretatie ontwikkeld (ook wel het 'eerste correctief' genoemd). De nationale rechter is verplicht de nationale regeling zo veel mogelijk conform de bovenliggende richtlijn uit te leggen. Aan die verplichting zitten echter grenzen; de rechter is met name niet gehouden zijn nationale recht contra legem uit te leggen. Wanneer een richtlijnconforme uitleg niet mogelijk is, resteert meestal slechts een *Francovich*-vordering, d.w.z. een schadevergoedingsactie jegens de staat wegens het niet nakomen van zijn implementatieverplichting (het zogenoemde 'tweede correctief'). Een recent Nederlands voorbeeld van succesvol 'Francovichen' zijn de vorderingen ingesteld door langdurig zieke werknemers die vakantiedagen waren misgelopen als gevolg van het met art. 7 Richtlijn 2003/88/EG strijdige (oude) art. 7:635 lid 4 BW; zie bijv. Gerechtshof Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3792.

Er is echter nog een derde correctief, dat in tegenstelling tot het tweede, wel in een procedure tegenover een private werkgever kan worden ingeroepen. Dit is, wat ik noem, het *Kücükdeveci*

-correctief (naar HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci/Swedex*). In dat arrest stond de Duitse regeling van de opzegtermijnen centraal, waarin een met richtlijn 2000/78/EG strijdig onderscheid naar leeftijd werd gemaakt, waardoor werkneemster een deel van de opzegtermijn werd onthouden. Ook daar ging het om een private werkgever en ook daar bood richtlijnconforme interpretatie geen uitweg. Het Hof schoot werkneemster echter te hulp door te overwegen dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is en dat de nationale rechter aan dit algemene beginsel, “zoals nader uitgewerkt in richtlijn 2000/78”, moet toetsen en daarmee strijdige nationale wetgeving buiten beschouwing moet laten. Door het discriminatoire artikellid uit de Duitse wet te ecarteren, kon werkneemster alsnog aanspraak maken op vier maanden in plaats van één maand opzegtermijn. Overigens kwam het Hof reeds in 2005 met een vergelijkbare, maar minder scherp geformuleerde, redenering met betrekking tot het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*). Hoewel ook na het *Kücükdeveci*-arrest nog veel vragen resteerden (zie A.Ph.C.M. Jaspers & S.S.M. Peters, ‘Sociale grondrechten’, in: S.S.M. Peters & R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 74-83), was duidelijk dat voor toepasselijkheid van dit correctief in ieder geval vereist is dat de nationale regeling in strijd is met 1. een (sociaal) grondrecht dat is erkend als algemeen beginsel van Unierecht en 2. dat is uitgewerkt in een richtlijnbevestiging.

Sindsdien is de hamvraag (of op zijn Frans *la question à cent balles*) welke sociale grondrechten zich – naast dat van non-discriminatie op grond van leeftijd – nog meer lenen voor dit correctief. Uit *Maribel Dominguez* (HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10) kan worden afgeleid, hoewel het Hof het niet uitdrukkelijk zegt, dat het grondrecht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, neergelegd in art. 31 lid 2 Handvest, geen algemeen beginsel van Unierecht is dat zich leent voor dit correctief. In het onderhavige arrest bepaalt het HvJ EU klip en klaar dat het grondrecht op informatie en raadpleging van werknemers binnen de onderneming daarvoor evenmin kwalificeert. Het Hof gunt ons nu wel een inkijkje in zijn overwegingen dienaangaande (r.o. 44-49). Het benadrukt in de eerste plaats dat het grondrecht van medezeggenschap blijkt uit art. 27 Handvest “pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften”. Het artikel bepaalt namelijk dat de werknemers en hun vertegenwoordigers, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid moeten hebben dat zij op passende niveaus worden geïnformeerd en geraadpleegd. Het Hof wijst in dit verband op de verschillen tussen het grondrecht (of beginsel) van medezeggenschap en het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Het laatstgenoemde beginsel (neergelegd in art. 21 lid 1 Handvest), dat in *Kücükdeveci* centraal stond, volstaat op zich om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan. Dat geldt niet voor art. 27 Handvest: het tot de lidstaten gerichte verbod in art. 3 lid 1 richtlijn 2002/14 om gesubsidieerde werknemers van de berekening van het personeelsbestand uit te sluiten, laat zich als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift noch uit de bewoordingen van art. 27 Handvest, noch uit de toelichtingen bij dit artikel afleiden.

Wat kan uit deze overwegingen worden afgeleid? In de eerste plaats is het grondrecht van medezeggenschap kennelijk een algemeen beginsel van Unierecht; ware dat anders, dan zou het *Kücükdeveci*-correctief überhaupt niet in beeld komen, zo lijkt althans te volgen uit de arresten *Kücükdeveci* en *Mangold*. Niettemin valt op dat het Hof nergens zegt dat het grondrecht van medezeggenschap een 'beginsel' is (hetgeen wel aannemelijk is, zie de conclusie van de A-G, punt 55 e.v.), laat staan een algemeen beginsel van Unierecht. Het spreekt consequent van "art. 27 van het Handvest", terwijl het Hof in het kader van art. 21 Handvest wél weer rept over het "beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd".

In de tweede plaats en bovenal geven deze overwegingen nieuw inzicht in de voorwaarden waaraan zo'n beginsel moet voldoen, wil het zich lenen voor dit correctief. Een vereiste is, zo stelt het Hof nu expliciet, dat *het beginsel zelf een subjectief recht verleent* waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan (r.o. 47 en 49; zie uitvoerig over het onderscheid tussen rechten en beginselen de conclusie bij het arrest, punt 42 e.v.). Het is dus onvoldoende, zoals in het geval van art. 27 Handvest, dat het grondrecht slechts abstract of programmatisch van aard is. Met andere woorden: wanneer het grondrecht onvoldoende concreet is, dan kunnen wél concrete, rechten verlenende richtlijnbevestigingen niet via de band van dat grondrecht de horizontale verhouding in getrokken worden. Het algemene beginsel moet zelf al voldoende houvast bieden en moet op zichzelf volstaan om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.

Ik wijs erop dat ook dergelijke, subjectieve rechten verlenende, beginselen meestal onvoldoende bepaald zijn om rechtstreeks tegenover een particulier zoals een private werkgever in te roepen (hetgeen overigens niet uitgesloten is, zie daarover Peters & Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 77-78). De nadere bepaling van de inhoud van een beginsel vergt vrijwel steeds een nadere uitwerking van de EU-wetgever, bijv. in de vorm van een richtlijn – maar op die concrete richtlijnbevestiging kan in horizontale verhoudingen geen beroep worden gedaan. Juist daarin zit het innovatieve van het *Kücükdeveci*-correctief: het probleem van de vaak onvoldoende bepaaldheid van het beginsel wordt omzeild door horizontale werking toe te kennen niet aan het grondrechtelijk beginsel 'sec', maar aan het beginsel zoals geconcretiseerd in een (sociaalrechtelijke) richtlijn. Het algemene beginsel kan, via de nadere uitwerking in de richtlijn, wél de vereiste inhoudelijke bepaaldheid verkrijgen. Zo werd het toetsingskader in de zaak *Kücükdeveci* de facto gevormd door de artikelen 2 en 6 van richtlijn 2000/78/EG. Met het onderhavige AMS-arrest is duidelijk dat het *Kücükdeveci*-correctief slechts opgaat als een grondrechtelijk beginsel wordt ingeroepen dat zelf al een subjectief recht inhoudt, en welk recht nader is uitgewerkt in (bijv.) een richtlijn. Aan die voorwaarden lijken alle in art. 21 Handvest genoemde specifieke discriminatieverboden, die zijn uitgewerkt in richtlijnen (2000/78/EG, 2000/43/EG en 2006/54/EG), te voldoen. Het grondrecht van medezeggenschap in combinatie met de medezeggenschapsrichtlijn voldoet niet aan die voorwaarden, nu art. 27 Handvest zelf geen subjectief recht toekent. De inhoud van dat grondrecht is geheel afhankelijk gesteld van concretisering door de wetgever (vergelijk Conclusie A-G Trstenjak bij *Maribel Dominguez*, punt 162). Hetzelfde zal mijns inziens gelden voor bijv. het grondrecht op sociale zekerheid en

sociale bijstand en het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap, neergelegd in art. 34 respectievelijk art. 16 Handvest.

Naar mijn mening verbindt het Hof terecht deze voorwaarden aan zijn ‘derde correctief’. Het correctief komt er immers op neer dat de facto richtlijnbepalingen, als concretisering van een grondrechtelijk beginsel, direct doorwerken in horizontale verhoudingen. Dit betekent dat werkgevers, ondanks de andersluidende bepalingen van hun nationale recht (die zij keurig hebben nageleefd), met die richtlijnverplichtingen worden geconfronteerd. Dat druist in tegen de rechtszekerheid (net zo als een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht contra legem dat doet). Door als eis voor het correctief te stellen dat het grondrechtelijk beginsel *zelf* al een kenbaar subjectief recht moet verlenen, wordt aan dat bezwaar enigszins tegemoet gekomen. Alleen indien zonder meer duidelijk is welk subjectief recht het grondrechtelijk beginsel toekent, en indien de kern daarvan en de uitwerking in de richtlijn min of meer samenvallen, acht ik toepassing van dit correctief mogelijk. A-G Trstenjak heeft in haar reeds genoemde conclusie bij het *Maribel Dominguez*-arrest eenzelfde betoog gehouden en erop gewezen dat die samenval zich bij uitstek voordoet bij de specifieke discriminatieverboden. Wat discriminatie is, kan al grotendeels op grond van het primaire Unierecht worden vastgesteld, het secundaire niveau (de richtlijnen) zijn ‘slechts’ gedetailleerde uitwerkingen van de beginselen. Die vlieger gaat niet op voor grondrechtelijke beginselen, zoals dat van art. 27 Handvest, waarvan pas na uitwerking door de EU-wetgever duidelijk is welke concrete rechten eruit voortvloeien.

Berekening van het getalscriterium

Ik onderschrijf het oordeel van het HvJ EU dat het niet meetellen van een bepaalde categorie werknemers voor het getalscriterium in strijd is met de medezeggenschapsrichtlijn. Art. 3 lid 1 laatste alinea van de richtlijn lijkt op het eerste gezicht een opening te bieden voor het betoog van de Franse regering. Daarin staat namelijk dat *de lidstaten bepalen op welke wijze deze minimumaantallen – van 50 respectievelijk 20 werknemers – worden berekend*. Deze bepaling moet evenwel in samenhang met art. 2 sub d worden gelezen, dat het werknemersbegrip als volgt definieert: “een persoon die in de betrokken lidstaat op grond van het nationale arbeidsrecht en volgens de nationale praktijk bescherming geniet als werknemer”. Niettegenstaande de laatste alinea van art. 3 lid 1, moet iedereen die ‘werknemer’ in de zin van art. 2 is, voor het getalscriterium worden meegerekend. In casu stond vast dat de uitgesloten groep personen kwalificeert als ‘werknemer’ in de zin van de richtlijn: deze personen vallen namelijk onder de werknemersbescherming van het Franse arbeidsrecht. Ergo: de uitsluiting van een categorie werknemers van de berekening van de getalscriteria, gaat verder dan het bepalen volgens welke methode de minimumaantallen werknemers worden berekend. Het Hof verwoordde dit eerder als volgt:

“Hoewel deze richtlijn de lidstaten niet voorschrijft op welke wijze zij de werknemers die binnen de werkingssfeer ervan vallen, moeten meetellen bij de berekening van de minimumaantallen werknemers, schrijft zij wel voor dat zij deze werknemers moeten meetellen.” (HvJ EG 18 januari 2007, C-385/05 (CGT), r.o. 34, markering toegevoegd).

In de zojuist aangehaalde zaak was niet alleen dezelfde vakfederatie partij als in AMS, maar stond ook dezelfde Franse regeling centraal, in het bijzonder een daaraan in 2005 toegevoegde (en later weer geschrapte) uitzondering. De medezeggenschapsregeling in de Code du Travail bepaalde destijds, kort gezegd, dat werknemers, zolang zij jonger zijn dan 26 jaar, niet worden meegeteld voor het getalscriterium. Het Hof oordeelde toen dat de uitgesloten groep personen ‘werknemer’ in de zin van de richtlijn is, en dat het Frankrijk niet is toegestaan “bepaalde categorieën van personen die oorspronkelijk in aanmerking kwamen, bij deze berekening uit te sluiten”.

Alle personen die als werknemer in de zin van het nationale arbeidsrecht beschermd worden en bij de onderneming in dienst zijn, moeten derhalve meetellen bij de berekening van de werknemersaantallen. Lidstaten mogen niet naar believen bepaalde categorieën werknemers uitsluiten, zoals bijv. deeltijdwerknemers, werknemers met een tijdelijk contract of gehandicapte werknemers. Wél mogen zij regels stellen voor de wijze waarop bepaalde categorieën werknemers worden meegeteld. Zo kan een lidstaat ervoor kiezen deeltijdwerknemers slechts naar rato van hun arbeidsduur mee te tellen, of tijdelijke werknemers slechts naar rato van de tijd die zij gedurende een bepaalde referentieperiode in de onderneming aanwezig waren (dergelijke berekeningsmodaliteiten komen ook in de Franse regeling voor).

Hoe zit het met de Nederlandse Wet op de ondernemingsraden? De berekening van de getalscriteria in de WOR, die als implementatiewet van de medezeggenschapsrichtlijn kan worden aangemerkt, is mijns inziens *Europe proof*. De categorie personen die krachtens art. 1 lid 2 en 3 WOR voor de getalscriteria (voor instelling van een ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of het houden van een personeelsvergadering) worden meegeteld, is zelfs ruimer dan de richtlijn voorschrijft. Krachtens art. 1 lid 3 sub a WOR worden bij de inlener namelijk ook personen die níet bij hem in dienst zijn meegeteld (te weten uitzendkrachten die ten minste 2 jaar bij hem werkzaam zijn); daarnaast is er nog de uitbreidingsmogelijkheid van art. 6 lid 4 WOR. Terzijde merk ik op dat een oude wetsversie, namelijk de WOR 1981 (Wet van 22 mei 1981, Stb. 1981, 416), niet verenigbaar met de medezeggenschapsrichtlijn zou zijn. Volgens die wet moesten ondernemingen die 35 tot 100 werknemers in dienst hadden een OR instellen (welke OR minder rechten had dan een OR in een 100-plus onderneming). Voor het getalscriterium van 35 werknemers werden alleen werknemers die meer dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam waren, meegeteld. De uitsluiting van de zogenoemde ‘kleine deeltijders’ verdraagt zich niet met art. 3 van de richtlijn.