



Datum van inontvangstneming : 20/10/2014

Zaak C-422/14

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

12 september 2014

Verwijzende rechter:

Juzgado de lo Social de Barcelona (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 september 2014

Verzoekende partij:

Christian Pujante Rivera

Verwerende partijen:

Gestora Clubs Dir, S.L.

Fondo de Garantía Salarial

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen de beëindiging om objectieve redenen van de arbeidsovereenkomst van verzoeker. Hij verzoekt deze bestreden beëindiging nietig of, subsidiair, onrechtmatig te verklaren.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

De verwijzende rechter verzoekt om uitleg van verschillende begrippen van artikel 1, lid 1, sub a en b, van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag.

Prejudiciële vragen

- 1) Indien tijdelijke werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst is beëindigd wegens het reguliere verstrijken van de overeengekomen tijdsduur, op grond van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 98/59 inzake collectief ontslag worden geacht buiten het toepassings- en beschermingsgebied van die richtlijn te vallen (prejudicieel verzoek in zaak C-392/13, nog aanhangig), is het dan in overeenstemming met het doel van de richtlijn dat deze tijdelijke werknemers wél worden meegeteld bij de bepaling van het aantal werknemers dat „gewoonlijk” bij de plaatselijke eenheid (of in Spanje: de onderneming) in dienst is, op grond van welk aantal de numerieke drempel voor collectief ontslag wordt berekend (10 % of 30 werknemers), vastgesteld in artikel 1, [lid 1], sub a, i, van de richtlijn?
- 2) Moet het feit dat de „gelijkstelling” van de „beëindigingen” met „ontslagen”, bepaald in artikel 1, lid 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 98/59, afhankelijk is van de voorwaarde dat „het ontslag ten minste vijf werknemers treft”, in die zin worden uitgelegd dat die voorwaarde betrekking heeft op „ontslagen” die eerder door de werkgever of door zijn toedoen hebben plaatsgevonden in de zin van artikel 1, lid 1, sub a, van de richtlijn, en niet op het minimumaantal „gelijk te stellen beëindigingen” dat is vereist voor een dergelijke gelijkstelling?
- 3) Omvat het begrip „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” in artikel 1, lid 1, laatste alinea, van richtlijn 98/59, ook de beëindiging waartoe de werkgever en de werknemer gezamenlijk hebben besloten en die, ook al is de beëindiging op initiatief van de werknemer geschied, het gevolg is van een eerdere wijziging van de arbeidsvoorwaarden op initiatief van de werkgever in verband met een crisissituatie in de onderneming, en waarvoor ten slotte een schadeloosstelling wordt uitgekeerd die even hoog is als die bij onrechtmatig ontslag?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Punt acht van de considerans, artikel 1, leden 1 en 2, en artikel 5 van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag.

Door de verwijzende rechter aangevoerde rechtspraak van het Hof

Arrest Hof van 10 januari 2007 in zaak C-385/05, CGT e.a., punten 43 – 47

Arrest Hof van 7 september 2006 in zaak C-187/05, Agorastoudis e.a., punten 27 en 28

Arrest Hof van 12 oktober 2004 in zaak C-55/02, Commissie/Portugal, punten 49 en 50

Arrest Hof van 10 december 2009 in zaak C-323/08, Rodríguez Mayor, punt 40

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

1.- Werknemersstatuut, aangenomen bij Koninklijk Wetgevend Decreet 1/1995 van 24 maart 1995 (hierna: "Werknemersstatuut"),

Artikel 51. Collectief ontslag.

«1.Voor de toepassing van dit statuut wordt onder collectief ontslag verstaan de beëindiging van arbeidsovereenkomsten wegens economische, technische, organisatorische of met de productie verband houdende redenen, wanneer het aantal ontslagen binnen een periode van negentig dagen ten minste:

- a) tien werknemers treft in ondernemingen met minder dan honderd werknemers;
- b) 10 % van het aantal werknemers van een onderneming treft in ondernemingen met tussen honderd en driehonderd werknemers;
- c) dertig werknemers treft in ondernemingen met driehonderd of meer werknemers.

Van economische redenen is sprake indien de resultaten van de onderneming blijken van een slechte financiële positie, zoals bij huidige of verwachte verliezen of aanhoudende daling van haar normale inkomstenniveau of verkoopcijfers. In elk geval wordt aangenomen dat de daling aanhoudt, wanneer gedurende drie opvolgende kwartalen het niveau van de normale inkomsten of verkoopcijfers van elk kwartaal lager is dan in hetzelfde kwartaal van het vorige jaar.

Onder technische redenen wordt verstaan [...].

Onder collectief ontslag wordt eveneens de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten verstaan die het voltallige personeel van de onderneming treft, mits het aantal getroffen werknemers meer dan vijf bedraagt, wanneer dit ontslag het gevolg is van de volledige beëindiging van de bedrijfsactiviteit van de onderneming om dezelfde redenen als hierboven vermeld.

Voor de berekening van het aantal beëindigingen van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in de eerste alinea van dit lid moeten ook alle andere beëindigingen worden meegeteld die op initiatief van de werkgever in de referentieperiode

hebben plaatsgevonden wegens andere redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer en die verschillen van de redenen genoemd in artikel 49, lid 1, sub c, van deze wet, op voorwaarde dat het aantal beëindigingen ten minste vijf bedraagt.

Wanneer de onderneming in opeenvolgende perioden van negentig dagen en met het doel de voorschriften van dit artikel te ontgaan, met een beroep op het bepaalde in artikel 52, sub c, van deze wet overgaat tot de beëindiging van een beneden de vermelde drempels liggend aantal overeenkomsten zonder dat dit door nieuwe redenen wordt gerechtvaardigd, worden die nieuwe beëindigingen geacht in strijd te zijn met het doel en de strekking van de wet en worden zij nietig verklaard.

[...]

Artikel 41 Aanmerkelijke wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden

1. De directie bestuur van de onderneming kan tot aanmerkelijke wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden besluiten, wanneer er aantoonbaar sprake is van economische, technische, organisatorische of met de productie verband houdende redenen. Als zodanig worden redenen beschouwd die verband houden met mededinging, productiviteit of technische of werkorganisatie binnen de onderneming. Als aanmerkelijke wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden worden onder andere die wijzigingen beschouwd die betrekking hebben op de volgende onderwerpen:

- a) Arbeidsduur.
- b) Arbeidstijden en organisatie van de arbeidstijd.
- c) Ploegendienstregeling.
- d) Beloningssysteem en hoogte van het salaris.
- e) Werk- en prestatieregeling.
- f) Taken, wanneer deze verder gaan dan voorzien in artikel 39 van deze wet.

2. [...].

3. [...] In de gevallen genoemd in lid 1, sub a, b, c, d en f, van dit artikel heeft de werknemer die door een aanmerkelijke wijziging wordt geschaad, het recht zijn arbeidsovereenkomst op te zeggen en een schadeloosstelling te ontvangen van 20 dagen salaris per gewerkt jaar, waarbij periodes korter dan een jaar pro rata op maandbasis in aanmerking worden genomen tot maximaal 9 maanden in totaal.

Artikel 49 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst:

1. De arbeidsovereenkomst eindigt:

[...]

c) Door afloop van de overeengekomen duur of voltooiing van het werk dat of de dienst die het onderwerp van de overeenkomst was.

Artikel 50 Beëindiging op verzoek van de werknemer:

1. De geldige redenen op grond waarvan de werknemer zelf om beëindiging van de overeenkomst kan verzoeken, zijn:

a) aanmerkelijke wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden zonder dat het bepaalde in artikel 41 van deze wet in acht is genomen, en waardoor de waardigheid van de werknemer wordt aangetast,

b) niet-betaling of voortdurende achterstand in de betaling van het overeengekomen salaris,

c) iedere andere ernstige tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen, behalve in geval van overmacht, alsmede – in de situaties van artikel 40 en 41 van deze wet – de weigering van de werkgever om de werknemer weer onder de vorige arbeidsvoorwaarden te laten werken, wanneer de rechter de onrechtmatigheid daarvan heeft uitgesproken.

2. In die gevallen heeft de werknemer recht op de schadeloosstellingen waarin is voorzien bij onrechtmatig ontslag.

2.- Wet 36/2011 op de sociale rechtspraak (hierna: wet 36/2011)

Artikel 122, lid 2, sub b:

2. De beëindigingsbeslissing is nietig wanneer

[...]

b. er sprake is van frauduleuze handelingen ter omzeiling van de bepalingen voor collectieve ontslagen in de gevallen bedoeld in de laatste alinea.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Verzoeker is op 15 mei 2008 begonnen in de beroepscategorie „designer” diensten aan de verwerende onderneming GESTORA CLUBS DIR, S.L, te verlenen. De oorspronkelijke arbeidsovereenkomst van verzoeker – een tijdelijk contract voor 6 maanden – werd met 6 maanden verlengd en tot slot omgezet in een voltijd-arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

- 2 Op 17 september 2013 ontving hij bericht van de beëindiging, met ingang van diezelfde datum, van zijn arbeidsovereenkomst om objectieve redenen, op basis van artikel 52, sub c, van het Werknemersstatuut. In dat bericht worden verlies van klanten, daling van de inkomsten en de omzet (nog verergerd door de stijging van de BTW van 8 naar 21 %), een verliessituatie aan het einde van 2012, met een daling in de vergelijking op jaarbasis in de vier kwartalen van 2012 en in het eerste kwartaal van 2013, aangevoerd als economische en met de productie verband houdende redenen die gelden voor de bedrijfsgroep. Als maatregelen tot verbetering van die situatie worden genoemd: herfinanciering van de schuld, een salarisvermindering van 5 % voor het gehele personeelsbestand, heronderhandeling met de leveranciers om lagere prijzen te bedingen en vergroting van het cliëntenbestand, alsmede verlaging van de kosten van nieuw personeel. Als organisatorische reden werd hem medegedeeld dat de taken van zijn functie aan een andere functie waren toegevoegd.
- 3 Tussen 16 en 26 september 2013 vonden in totaal 10 individuele ontslagen om objectieve redenen plaats (waaronder dat van verzoeker). De ontslagen zijn meegedeeld bij individuele berichten die gelijk waren aan het bericht aan verzoeker. Op 3 september 2013, enkele dagen voordat die ontslagen plaatsvonden, had de onderneming een personeelsbestand van 126 werknemers, waarvan 114 voor onbepaalde tijd en 12 tijdelijke.
- 4 In de 90 dagen voorafgaand aan het laatste ontslag om objectieve redenen, dus voor 26 september 2013, hebben bovendien de volgende beëindigingen van arbeidsovereenkomsten plaatsgevonden:
 - Eind juli werd het contract beëindigd van 17 werknemers die waren aangenomen om diensten in het kader van het „Casal de Verano” te verrichten voor de duur van minder dan vier weken, in juli 2013. Deze werknemers worden elk jaar in dienst genomen in de categorie „werk of dienst”.
 - De overeenkomst met een administratieve medewerkster die in de categorie „werk of dienst” was aangenomen, werd op 30 augustus 2013 beëindigd wegens afloop van de overeengekomen duur. Zij werd op 16 september 2013 opnieuw door de verwerende partij in dienst genomen.
 - Twee vrijwillige opzeggingen.
 - Een disciplinair ontslag dat als „onrechtmatig” is erkend en waarvoor een schadeloosstelling „wegens onrechtmatig ontslag” is betaald.
 - Een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op verzoek van een werknemster op basis van artikel 50 van het Werknemersstatuut. Deze werknemster ontving op 15 september 2013 een bericht van wijziging van haar arbeidsvoorwaarden, namelijk een verlaging van 25 % van haar vaste salaris, op grond van artikel 41 van het Werknemersstatuut en gebaseerd op

dezelfde objectieve redenen als in de 10 individuele ontslagen wegens objectieve redenen. Vijf dagen daarna sloot zij met de verantwoordelijke van de Afdeling Personeelszaken een akkoord tot beëindiging van haar arbeidsovereenkomst wegens de door haar geleden schade, met betaling van de „wettelijk geregelde” schadeloosstelling. In een latere administratieve bemiddeling erkende de verwerende onderneming dat de wijzigingen van het arbeidscontract verder gingen dan artikel 41 van het Werknemersstatuut toestaat, en aanvaardde het verzoek om beëindiging van de arbeidsovereenkomst dat de werkneemster op basis van artikel 50 van het Werknemersstatuut had ingediend. De werkgever bood een schadeloosstelling van 9750 EUR aan, gelijk aan de schadeloosstelling bij onrechtmatig ontslag.

- 5 Op 18 september 2013 werd wegens „het niet voldoen tijdens de proeftijd” de overeenkomst met de jurist I.V. beëindigd, die heeft aangegeven niet akkoord te gaan met de beëindiging.
- 6 In de 90 dagen na het laatste ontslag om objectieve redenen, dus na 26 september 2013, vonden vijf beëindigingen plaats wegens het verstrijken van een tijdelijke overeenkomst (voor minder dan vier weken) en drie vrijwillige opzeggingen (respectievelijk op 30 september 2013, 4 december 2013 en 15 december 2013).

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 De belangrijkste vordering van verzoeker is vernietiging van het bestreden ontslag op grond dat, gegeven het aantal beëindigingen in de perioden van 90 dagen voor en na dat ontslag, deze volgens de collectiefontslagprocedure van artikel 51, lid 1, van het Werknemersstatuut had moeten worden gevolgd en niet in de vorm van een reeks individuele beëindigingen hadden moeten plaatsvinden. Hij baseert zijn vordering op de anti-fraudebepaling in de laatste alinea van die bepaling, volgens welke voor de berekening van de numerieke drempel die bepalend is in de procedure voor collectief ontslag, de beëindigingen die hebben plaatsgevonden „in opeenvolgende perioden van negentig dagen en met het doel de voorschriften van dit artikel te ontgaan” worden meegeteld.
- 8 In de perioden onmiddellijk voor en na het ontslag van verzoeker heeft volgens hem een zo groot aantal beëindigingen om redenen die „geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer” plaatsgevonden, dat die beëindigingen, opgeteld bij de 10 individuele ontslagen om objectieve redenen (waaronder zijn eigen ontslag), zouden leiden tot overschrijding van de numerieke drempel van 10 % van het aantal werknemers dat de onderneming gewoonlijk in dienst heeft. Als met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen noemt hij verschillende beëindigingen wegens tijdsverloop, zoals een disciplinair ontslag dat door de onderneming zelf als onrechtmatig werd erkend, een beëindiging van de overeenkomst op grond van een aanmerkelijke wijziging van de

arbeidsvoorwaarden (salarisverlaging) op basis van artikel 50 van het Werknemersstatuut, en een beëindiging gedurende de proeftijd.

- 9 De verwerende partij aanvaardt dat van het totaal van 41 beëindigingen in de perioden van 90 dagen voor en 90 dagen na de door verzoeker bestreden beëindiging op 17 september 2013, 11 beëindigingen konden worden meegeteld: de 10 individuele beëindigingen om objectieve redenen, die dezelfde waren als voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van verzoeker (en gelijktijdig daarmee), en het ontslag dat weliswaar formeel gezien disciplinair was maar tegelijkertijd als onrechtmatig werd erkend, met andere woorden zonder werkelijk disciplinaire redenen. Daarentegen meent verweerster dat de overige beëindigingen in beide perioden niet meegeteld moeten worden.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 10 De verwijzende rechter meent met betrekking tot de prejudiciële vragen dat het lot van de voornaamste vordering van verzoeker geheel afhankelijk is van de uitlegging van artikel 1 van richtlijn 98/59 en de nationale omzettingbepaling (artikel 51, lid 1, van het Werknemersstatuut).
- 11 Wat betreft de eerste prejudiciële vraag wijst de verwijzende rechter in de eerste plaats op het verband van de in deze zaak gestelde prejudiciële vragen met die welke een jaar geleden zijn gesteld in de zaak C- 392/13 (Rabal Cañas), waarin nog geen arrest is geweest. Hij ondersteunt de bij die gelegenheid voorgestelde uitlegging om de individuele beëindigingen wegens tijdsverloop mee te tellen als „met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen” (behalve wanneer deze zelf een „collectief ontslag” vormen), omdat hij van mening is dat die uitlegging volkomen coherent is met het doel van de richtlijn.
- 12 Evenals in die zaak wijst hij op het onevenredig hoge percentage tijdelijke arbeidsovereenkomsten op de Spaanse arbeidsmarkt, veel hoger dan in de overige lidstaten van de Europese Unie. Hij stelt dat er in de praktijk sprake is van frauduleus gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor verkapte reorganisatie van de onderneming, buiten de collectiefontslagregeling van artikel 51 van het Werknemersstatuut en richtlijn 98/59 om.
- 13 Toch stelt hij dat de beantwoording van de genoemde prejudiciële vraag (zaak C-392/13, Rabal Cañas), ondanks het evidente verband tussen beide zaken, niet onmisbaar is voor de beslissing van de zaak die hem is voorgelegd.
- 14 Het voorwerp van de eerste vraag is de „numerieke drempel” van artikel 1, lid 1, sub a, van de richtlijn en – concreter – de vraag of bij de bepaling van het aantal werknemers dat tot het personeelsbestand behoort (waarop het percentage van 10 % wordt toegepast om de „drempel” te berekenen) alleen die werknemers dienen te worden meegeteld waarop de richtlijn zelf van toepassing is, of, omgekeerd, die werknemers moeten worden uitgezonderd – tenzij die prejudiciële

vraag in andere zin wordt beantwoord – waaraan de richtlijn geen bescherming biedt.

- 15 In haar verweerschrift maakt de verwerende onderneming bezwaar tegen de uitsluiting van de tijdelijke werknemers bij de vaststelling van het aantal werknemers van het bedrijf, op grond van het arrest van het Hof van 18 januari 2007, CGT e.a., (C-385/05), waar in punt 42 wordt overwogen dat de richtlijn „zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een bepaalde categorie van werknemers, zij het tijdelijk, wordt uitgesloten bij de berekening van het in deze bepaling vastgestelde aantal werknemers”.
- 16 Volgens de verwijzende rechter berust echter de uitsluiting van tijdelijke werknemers van de bescherming van de richtlijn op de nationale bepaling, artikel 51, lid 1, van het Werknemersstatuut, en op de uitlegging van artikel 1, lid 2, sub a, van de richtlijn in de rechtspraak.
- 17 Momenteel worden in de Spaanse regelgeving en rechtspraak de beëindigingen wegens „reguliere” afloop van de overeengekomen tijd niet meegeteld als beëindigingen die gelijkgesteld dienen te worden met ontslagen. Het huidige criterium van het Tribunal Supremo neemt bij de telling alleen die beëindigingen in aanmerking die, ook al is de reden ervan de afloop van de overeengekomen tijdsduur, door de rechter „onregelmatig” of „onrechtmatig” zijn verklaard of als zodanig zijn beschouwd, hetzij op grond van fraude bij de tijdelijke indienstneming, hetzij omdat de beëindiging „voortijdig” heeft plaatsgevonden. Daarentegen worden de tijdelijke werknemers wél – allen – meegeteld bij de vaststelling van het aantal werknemers dat bij de onderneming in dienst is.
- 18 Hierdoor wordt naar de mening van de verwijzende rechter het volgende onlogische effect veroorzaakt, dat duidelijk strijdig is met de doelstellingen van de richtlijn: de tijdelijke werknemers vallen buiten het toepassingsgebied van de collectiefontslagregeling (en buiten de grotere bescherming die deze met zich brengt), maar omdat de tijdelijke werknemers wel als onderdeel van het personeelsbestand worden meegeteld voor de bepaling van de numerieke drempel, wordt die drempel onterecht verhoogd, hetgeen voor de overige werknemers nadelig is.
- 19 In de onderhavige zaak is, volgens het criterium dat door de verwerende onderneming op grond van artikel 51, lid 1, van het Werknemersstatuut is toegepast, het percentage van 10 % toegepast op een personeelsbestand op 2 september 2013 van 126 werknemers, waardoor de „numerieke drempel” voor collectief ontslag op 13 is vastgesteld. Als de 12 tijdelijke werknemers niet zouden zijn meegeteld – volgens het criterium dat door de verwijzende rechter wordt voorgesteld – dan zou 10 % van de 114 vaste werknemers hebben geleid tot een „numerieke drempel” van 12 werknemers.

- 20 In tegenstelling tot richtlijn 2002/14 (die door de verwerende onderneming aangevoerd en een algemeen kader vaststelt betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers, en die in artikel 3, lid 1, sub b, wél regelt dat „de lidstaten bepalen op welke wijze deze minimumaantallen worden berekend”) bevat richtlijn 98/59 die verwijzing naar de lidstaten niet. Integendeel, het arrest van het Hof van 18 januari 2007 (CGT e.a.) stelt vast dat „de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 98/59 vastgestelde minimumaantallen juist zulke minimumvoorschriften zijn waarvan de lidstaten alleen kunnen afwijken indien zij voor de werknemers gunstigere maatregelen nemen”. Daarom is het duidelijk dat het begrip „gewoonlijk werkzame werknemers”, omdat het essentieel is voor de berekening van de numerieke drempel, door de nationale omzettingsregeling dient te worden gerespecteerd, omdat anders de numerieke drempel ten onrechte hoger kan uitkomen (zoals volgens de verwijzende rechter in Spanje het geval is).
- 21 Volgens de verwijzende rechter vult deze uitlegging de in het prejudiciële verzoek in zaak C-392/13 (Rabal Cañas) gevraagde uitlegging aan en is daarmee volledig congruent, omdat beide verzoeken streven naar een coherente uitlegging van het toepassingsgebied van de richtlijn: óf de bescherming tegen collectief ontslag geldt voor alle werknemers van de onderneming – en dan moeten ook de individuele beëindigingen wegens tijdsverloop worden meegeteld (maar niet de „collectieve ontslagen” wegens tijdsverloop, die op grond van artikel 1, lid 2, sub a, van de toepassing van de richtlijn zijn uitgesloten), óf – de andere mogelijkheid – deze werknemers mogen niet worden beschouwd als „gewoonlijk werkzaam” en dus ook niet worden meegeteld om kunstmatig het aantal werknemers in het personeelsbestand te verhogen voor de berekening van de „numerieke drempel” voor collectief ontslag.
- 22 De verwijzende rechter stelt dat in deze interpretatie congruentie ontstaat tussen de drie voornaamste factoren van het collectief ontslag zoals die in artikel 1 van richtlijn 98/59 zijn geregeld.
- 23 Vandaar dat – maar altijd afhankelijk van hetgeen wordt beslist op het prejudicieel verzoek in zaak C-392/13– het eerste uitleggingsvoorstel van de verwijzende rechter is, dat de tijdelijke werknemers waarvan de overeenkomsten regulier zijn beëindigd wegens tijdsverloop niet als „met ontslagen gelijkgesteld” kunnen worden meegeteld (en daarom buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen), ook niet worden meegeteld voor de vaststelling van het aantal „gewoonlijk werkzame werknemers” van de plaatselijke eenheid (of onderneming in Spanje), op welk aantal een percentage van 10 % moet worden toegepast om de „numerieke drempel” voor het collectief ontslag te bepalen.
- 24 Of, als tweede uitleggingsvoorstel van de verwijzende rechter, subsidiair aan het vorige, dat in elk geval die werknemers van wie het contract is beëindigd (door afloop van een overeenkomst voor een bepaalde duur, voltooiing van het werk of de bepaalde dienst of door afloop van de vervanging, binnen de referentie-„periode” van artikel 1, [lid 1,] sub a, van de richtlijn (in Spanje 90 dagen)) en

waarvan de beëindiging niet „met ontslag gelijk te stellen” is, niet dienen te worden meegeteld bij de vaststelling van het oorspronkelijke aantal werknemers dat gewoonlijk bij de plaatselijke eenheid werkzaam is, op grond waarvan de „numerieke drempel” wordt berekend.

- 25 Indien bovenstaande uitleggingsvoorstellen niet worden overgenomen, zou misschien in elk geval, meer subsidiair, uitgegaan moeten worden van de suggestie van de verwerende onderneming, neergelegd in haar memorie voorafgaand aan de indiening van het prejudicieel verzoek, om een schatting te maken van het aantal tijdelijke werknemers dat „gewoonlijk” bij de onderneming in dienst is. Ook in artikel 72, lid 2, van het Werknemersstatuut, betreffende de verkiezing van de vertegenwoordigers van de werknemers, worden „degenen die diensten verlenen in vast maar periodiek dienstverband en de werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst van meer dan een jaar meegeteld als vaste werknemers binnen het personeelsbestand”, terwijl „degenen die voor de duur van minder dan een jaar zijn gecontracteerd, worden meegeteld naar gelang het aantal gewerkte dagen binnen de periode van een jaar voorafgaande aan de oproep voor de verkiezing. Elke tweehonderd gewerkte dagen of dagdelen tellen voor één extra werknemer”.
- 26 Met betrekking tot zijn tweede prejudiciële vraag geeft de verwijzende rechter aan, dat de voorwaarde „dat het ontslag ten minste vijf werknemers treft”, zoals in de laatste alinea van artikel 1, lid 1, van richtlijn 98/59 inzake de regel van gelijkstelling van beëindigingen met ontslagen is gespecificeerd, moet worden begrepen als verwijzend naar de „ontslagen” die de werkgever eerder heeft verricht (in de zin van artikel 1, lid 1, sub a, van de richtlijn) en in geen geval naar de „met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen”.
- 27 In de Spaanse regeling is echter duidelijk uit de tekst van de een na laatste alinea van lid 1 van artikel 51 van het Werknemersstatuut af te leiden dat het minimumaantal van vijf slaat op de „met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen” en niet op de „ontslagen door de werkgever” (in de zin van ontslagen die eerder door hem zijn „gepland”).
- 28 De verwijzende rechter baseert zijn voorstel tot beantwoording van de prejudiciële vraag in de eerste plaats op het consequente verschil dat in de richtlijn wordt gemaakt tussen enerzijds het gebruik van de term „ontslagen” (in de zin van ontslagen „door een werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, ex artikel 1, lid 1, sub a) en anderzijds eenvoudige „beëindigingen”, die, als zij geen „betrekking hebben op de persoon van de werknemer”, „met ontslagen worden gelijkgesteld” en daarom „voor de berekening worden meegeteld”.
- 29 Dit verschil in terminologie tussen „ontslag” (waartoe eerder door de werkgever is besloten) en „beëindiging” (met ontslag gelijkgesteld omdat zij geen betrekking heeft op de persoon van de werknemer) wordt nog duidelijker in punt 8 van de

considerans, waarin in alle duidelijkheid wordt aangegeven 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”.

- 30 Of voor de ene of de andere zienswijze wordt gekozen is tevens bepalend voor de beslissing van de onderhavige zaak, indien het Hof tot de conclusie komt dat het aantal „beëindigingen die met ontslagen kunnen worden gelijkgesteld” niet groter is dan twee (slechts het disciplinaire ontslag dat als onrechtmatig is erkend en de beëindiging op grond van artikel 50 van het Werknemersstatuut, maar niet de beëindigingen wegens tijdsverloop). In de uitlegging van de gemeenschapsregel zoals de verwijzende rechter die voorstelt, zou dat minimumaantal van vijf niet meespelen indien het wordt beschouwd als slaand op de eerdere „ontslagen door een werkgever” (de 10 beëindigingen om objectieve redenen), hetgeen ertoe zou leiden dat de twee „met ontslag gelijk gestelde beëindigingen” wel konden worden meegeteld, waarmee uiteindelijk zou worden uitgekomen op een aantal van 12 beëindigingen, waarmee de 10 % van de „gewoonlijk werkzame werknemers” zou worden bereikt (als men uitgaat van een personeelsbestand van 114 werknemers, zonder de 12 tijdelijke werknemers.)
- 31 Als daarentegen dat minimumaantal – zoals gebeurd in artikel 51, lid 1, van het Werknemersstatuut – wordt beschouwd als betrekking hebbend op de „beëindigingen die bij de ontslagen mogen worden opgeteld”, dan zouden die twee individuele beëindigingen niet mogen worden meegeteld.
- 32 Met de derde prejudiciële vraag wordt beoogd het conceptuele verschil te bepalen tussen enerzijds „ontslag door een werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer [...]” (artikel 1, lid 1, sub a, van de richtlijn), gekenmerkt door de kennelijke en uitdrukkelijke voorafgaande wens van de werkgever om tot ontslag over te gaan, en anderzijds „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”, als „met ontslagen gelijkgestelde beëindigingen” (in de zin van artikel 1, lid 1, laatste alinea).
- 33 De verwijzende rechter stelt dat punt 27 van het arrest van het Hof van 7 september 2006 (Agorastoudis e.a.) het volgende overweegt: „Overeenkomstig artikel 1, lid 1, sub a, van richtlijn 75/19 wordt verstaan onder „collectief ontslag: het ontslag door een werkgever om een of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer [...]”. Het arrest vervolgt daarna: „Deze definitie is als zodanig voldoende nauwkeurig en niet voor meer dan één uitleg vatbaar.” Het is echter duidelijk dat dit arrest betrekking heeft op „ontslag door een werkgever [...]” (artikel 1, lid 1, sub a) en niet op „met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen” die in de laatste alinea van lid 1 van artikel 1 zijn geregeld.

Hetzelfde kan worden opgemerkt omtrent de punten 49 en 50 van het eerdergenoemde arrest van het Hof van 12 oktober 2004, Commissie/Portugal (C-55/02), dat, hoewel het eveneens betrekking heeft op „ontslag door een werkgever [...]”, twee uitspraken bevat die noodzakelijkerwijs en logischerwijs eveneens moeten gelden voor het begrip waarover de onderhavige vraag wordt gesteld (de „met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen”):

„49. Bijgevolg kan het begrip „ontslag” als bedoeld in artikel 1, lid 1, sub a, van de richtlijn niet worden gedefinieerd door een verwijzing naar de wetgeving van de lidstaten, maar heeft het een communautaire strekking.

50. Dit begrip moet aldus worden uitgelegd dat het elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst omvat die de werknemer niet heeft gewild en waarmee hij dus niet heeft ingestemd. Het vereist niet dat de oorzaken die aan de beëindiging ten grondslag liggen, aan de wil van de werkgever beantwoorden.”

- 34 Omdat „ontslagen” en „beëindigingen” gemeen hebben dat zij plaatsvinden om één of meer redenen „die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer” (dus met uitsluiting van de „rechtmatige” disciplinaire ontslagen op grond van het onvoldoende functioneren van de werknemer, of ontslagen om op de persoon betrekking hebbende objectieve redenen, ongeschiktheid of gebrek aan aanpassing), is het duidelijk dat het verschil tussen beide gezocht moet worden in de „doelbewustheid” en het „eenzijdig optreden” van de werkgever, waardoor „ontslag door een werkgever” wordt gekenmerkt, tegenover de „beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever” die slechts moet „uitgaan van” de werkgever, maar waar – volgens de verwijzende rechter – niet noodzakelijk sprake hoeft te zijn van de twee elementen „doelbewustheid” en „eenzijdig optreden”.
- 35 Daaruit leidt hij af dat de beëindiging van het arbeidscontract op verzoek van een werknemster op basis van artikel 50 van het Werknemersstatuut valt onder het begrip „met ontslagen gelijk te stellen beëindiging”, aangezien de beëindiging weliswaar met wederzijds goedvinden plaatsvindt, maar wel degelijk het gevolg is van – en dus „plaatsvindt door” – een voorafgaand initiatief van de werkgever tot een zeer aanmerkelijke salarisverlaging op grond van dezelfde economische crisis als die waarop de onderneming – in identieke bewoordingen – de 10 gelijktijdig uitgebrachte individuele ontslagen om objectieve redenen baseert.
- 36 In het stelsel van artikel 41 van het Werknemersstatuut - waarin de werknemer ervoor kan kiezen om, in gevallen waarin hij kennelijk wordt benadeeld door de wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden waartoe door de werkgever is besloten, zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden in ruil voor een schadeloosstelling die even hoog is als verschuldigd bij het een „ontslag om objectieve redenen” verband houdend met de onderneming - „vindt” volgens de verwijzende rechter de beëindiging weliswaar „plaats” met wederzijds goedvinden en „op verzoek van de

werkneemster”, maar wel als reactie op of als keuze naar aanleiding van een eerder „initiatief van de werkgever”.

- 37 Bij het oordeel of deze beëindiging te beschouwen is als „met ontslagen gelijk te stellen beëindiging”, is bepalend dat de beëindiging van de overeenkomst plaatsvindt als reactie op of als keuze naar aanleiding van een initiatief van de werkgever (de wijziging van de arbeidsvoorwaarden) en dat de reden van de beëindiging in geen geval beschouwd kan worden als betrekking hebbend op de persoon van de werknemer, aangezien dat criterium (een persoonlijke gedraging of omstandigheid die de beëindiging van de overeenkomst rechtvaardigt: overlijden, pensionering, invaliditeit, ongeschiktheid of ernstig disfunctioneren) niet mag worden verward met de wens van de werknemer om tot een akkoord te komen om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen.
- 38 De rechter wijst erop dat de onderneming uitdrukkelijk had erkend dat zij met de wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zij aan de werkneemster had opgelegd, de bevoegdheid had overschreden die artikel 41 van het Werknemersstatuut haar toekent, en dat de werkneemster daarom gerechtigd was over te gaan tot de „gunstiger” beëindiging, waarin in artikel 50 van het Werknemersstatuut is voorzien voor situaties die in algemene zin te kwalificeren zijn als „ernstige niet-nakoming van de kant van de werkgever” die de werknemer het recht geeft zijn contract te beëindigen alsof er sprake is – zo luidt vanouds de wetenschappelijke doctrine – van een „indirect” of „gedwongen ontslag”.
- 39 Een ander element dat benadrukt dat deze beëindiging „met ontslagen gelijk te stellen” moet zijn en daarom „mee moet tellen” bij de berekening van de numerieke drempel, is dat de belangrijkste reden van de beëindiging, namelijk de aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden waartoe door de werkgever was besloten, dezelfde is als die welke de basis vormt van de 10 ontslagen om objectieve redenen (waaronder dat van verzoeker). Er is dus geen sprake van een reden die absoluut niets te maken heeft met de context van de „crisisituatie in de onderneming”, zoals bijvoorbeeld het geval zou zijn bij een situatie van ongewenste intimiteiten of pesterijen. De reden is dezelfde, maar anderzijds is niet uit te sluiten dat het initiatief van de werkgever om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen nu juist tot doel had om de werkneemster indirect te „dwingen” het initiatief te nemen tot beëindiging van haar arbeidsovereenkomst, juist om te bereiken dat deze beëindiging niet kon worden meegeteld voor de berekening van de numerieke drempel.
- 40 De verwijzende rechter meent dat het arrest van het Hof van 12 februari 1985 in e zaak C-284/83, [Dansk Metalarbejdersforbund], waarin de massale beëindiging van overeenkomsten waartoe bij een crisis binnen de onderneming door de werknemers zelf was besloten, niet als „collectief ontslag” werd beschouwd, niet kan dienen als referentiepunt voor de uitlegging, aangezien, naast het feit dat de rechtspraak zich in die bijna 30 jaar verder heeft ontwikkeld, de toen geldende richtlijn 75/129 niet de „met ontslagen gelijk te stellen beëindigingen” bevatte die

in de laatste alinea van artikel 1, lid 1, zijn geregeld en pas in de latere richtlijn 92/56 werden ingevoerd.

- 41 Gelet op de voorgaande overwegingen stelt de verwijzende rechter voor om het begrip „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”, in de zin van artikel 1, lid 1, laatste alinea, van richtlijn 98/59, uit te breiden tot de beëindiging van een overeenkomst waartoe de werkgever en de werknemer gezamenlijk hebben besloten in de context van een crisissituatie in de onderneming, wanneer deze beëindiging het gevolg is van een eerdere wijziging van de arbeidsvoorwaarden op initiatief van de werkgever op grond van deze crisissituatie, en dat voor deze beëindiging een schadevergoeding wordt uitgekeerd die even hoog is als die bij [onrechtmatig] ontslag.