



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Collectief ontslag in tijden van (economische) crisis

Jansen, N.; Jaspers, T.

**DOI**

[10.5553/TvO/254253152021005004005](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152021005004005)

**Publication date**

2021

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Tijdschrift voor Ontslagrecht

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Jansen, N., & Jaspers, T. (2021). Collectief ontslag in tijden van (economische) crisis. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2021(4), 142-154.  
<https://doi.org/10.5553/TvO/254253152021005004005>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Collectief ontslag in tijden van (economische) crisis

mr. dr. Niels Jansen en em. prof. Teun Jaspers\*

## 1. Inleiding

De economische krimp in Nederland was in 2020 als gevolg van de coronacrisis met 3,8%<sup>1</sup> de grootste krimp sinds de Tweede Wereldoorlog en daarmee ook groter dan de krimp als gevolg van de Kredietcrisis.<sup>2</sup> Met name in tijden van crises worden ondernemingen voor uitdagingen gesteld die dwingen aanpassingen en veranderingen door te voeren om de continuïteit van de onderneming te waarborgen en die (kunnen) leiden tot verlies van werkgelegenheid. De veronderstelling dat een crisis leidt tot verlies van werkgelegenheid raakt aan het hoofdthema van deze bijdrage: collectief ontslag in tijden van (economische) crises.

De Wet melding collectief ontslag (Wmco) verplicht werkgevers om een voorgenomen collectief ontslag aan het UWV te melden en belanghebbende vakbonden daarover te raadplegen. De wet beoogt voorkoming of beperking van werkloosheid door tijdige overheidsbemoedienissen<sup>3</sup> en stimulering van tijdige inschakeling van vakverenigingen. De uitwisseling van informatie over achtergronden en modaliteiten van een collectief ontslag biedt vakbonden de mogelijkheid alternatieven voor te stellen en dat draagt bij aan de belangenbehartiging van werknemers.<sup>4</sup> Tijdens de Kredietcrisis van 2008 bleek de Wmco bij collectieve ontslagen te worden omzeild<sup>5</sup> en dit leidde tot wijzigingen van de Wmco.<sup>6</sup> Welke wijzigingen dit waren en hoe die zich verhouden tot de Richtlijn collectief ontslag (hierna ook: de Richtlijn)<sup>7</sup> is de eerste vraag die we in deze bijdrage behandelen. Deze vraag is met name beschrijvend van aard en biedt

naast inzicht in het verleden, de mogelijkheid om nader in te gaan op de implementatie van de term collectief ontslag in de Wmco.

De tweede vraag van deze bijdrage gaat over de bescherming van flexwerkers (in het bijzonder uitzendkrachten, tijdelijke krachten en oproepkrachten) onder de Wmco. Het is inmiddels – en die stelling durven we wel aan – *communis opinio* dat de Nederlandse arbeidsmarkt verregaand is geflexibiliseerd.<sup>8</sup> In 2020 was nog maar 60% van de werkenden werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en daarmee behoorde dus 40% van de werkenden tot de zogenoemde flexibele schil.<sup>9</sup> Uit de cijfers van het CBS volgt dat van het eerste op het tweede kwartaal van 2020 het aantal flexwerkers (exclusief zzp'ers) daalde met 148.000.<sup>10</sup> Daar staat tegenover dat in de eerste negen maanden van 2020 bij het UWV niet meer dan 19.000 ontslagaanvragen werden ingediend wegens bedrijfseconomische redenen.<sup>11</sup> Dat is weliswaar een forse stijging ten opzichte van 2019, toen in totaal rond de 10.000 ontslagaanvragen werden ingediend, maar ten opzichte van de daling van het aantal flexwerkers is dit aantal vrij laag. Voornoemde cijfers bevestigen het beeld dat de coronacrisis vooral flexwerkers hard heeft geraakt.<sup>12</sup> De vraag is of in de Wmco wel voldoende rekening is gehouden met ontslag in en van de flexibele schil (uitzendkrachten, tijdelijke arbeidskrachten en oproepkrachten) en zo nee, of aanpassing dan niet gewenst is met het oog op de doel-

142

\* Niels Jansen is werkzaam als universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam, AIAS-HSI. Teun Jaspers is emeritus hoogleraar aan de Universiteit Utrecht, en Senior Research Fellow AIAS-HSI.

1. CBS, 'Economie krimpt met 0,1 procent in vierde kwartaal in 2020', 16 februari 2021.  
 2. W. Dekker, 'Economie krimpt door corona 3,8%, grootste daling sinds de Tweede Wereldoorlog', *de Volkskrant* 16 februari 2021.  
 3. *Kamerstukken II 1975/76*, 13324, nr. 3, p. 1.  
 4. *Kamerstukken II 1975/76*, 13324, nr. 5, p. 3.  
 5. *De Volkskrant*, 'Werkgevers omzeilen regels ontslag', 18 november 2009 en *FD*, 'Collectief ontslag vaak omzeild', 18 november 2009.  
 6. *Kamerstukken II 2010/11*, 32718, nr. 3, p. 3.  
 7. Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998.

8. Zie onder meer: M. Kremer (e.a.), *Voor de zekerheid. De toekomst van flexibel werkenden en de moderne organisatie van arbeid*, Den Haag: WRR 2017; OECD, 'Further reforms can foster more inclusive labour markets in the Netherlands', 2 juli 2018; Eindrapport Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020; SER-advies, *Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*, juni 2021.  
 9. Eindrapport Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, p. 30. De term flexibele schil is in dit verband ruimer dan werknemers op basis van een flexibel arbeidscontract en betreft ook zzp-arbeid.  
 10. '272 duizend flexwerknemers minder in tweede kwartaal van 2020', CBS 14 augustus 2020. Het aantal van 272.000 in de titel van dit CBS-artikel ziet op de krimp ten opzichte van het tweede kwartaal in 2019. Zie verder: CBS, *De arbeidsmarkt in cijfers 2020*, p. 9 en 'Coronacrisis leidt tot ongekende daling aantal banen', CBS 14 augustus 2020.  
 11. UWV, *Duiding arbeidsmarktontwikkelingen*, oktober 2020, bijlage I. Cijfers over collectieve ontslagen zijn opgevraagd bij het UWV, maar niet verkregen ten tijde van het ter perse gaan van deze bijdrage.  
 12. Zie ook: M. de Ruiter, 'Fors banenverlies bij bedrijven die coronasteun kregen', *de Volkskrant* 2 oktober 2020.

stelling van de Wmco tegen de achtergrond van de huidige flexibele arbeidsmarkt.

De laatste vraag die we in deze bijdrage bespreken gaat over de rol van de overheid bij een collectief ontslag en meer specifiek over de tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkgelegenheid (NOW-1 en NOW-2) en de verhouding tot ondernemersvrijheden. Demissionair minister van Economische Zaken Van 't Wout merkte in reactie op de Nederlandse krimp tijdens de coronacrisis op dat die krimp natuurlijk stevig was, maar dat zonder het omvangrijke pakket aan overheidssteun de krimp waarschijnlijk nog veel groter was geweest.<sup>13</sup> De NOW-regeling beoogt zo veel mogelijk werkgelegenheid te behouden door de loonkosten van werkgevers te compenseren. Ontslag onder de NOW-1 was niet verboden, maar een verlaging van de loonkosten (door ontslag) bracht wel zo'n substantiële verlaging van de overheidssteun mee, dat ontslag een weinig lonkend perspectief was voor werkgevers, terwijl in de NOW-2 voor collectief ontslag daadwerkelijke overeenstemming met de bonden nodig leek ter voorkoming van een strafkorting op de loonkostensubsidie. De NOW-1 en -2 beperkten hiermee in zekere zin de vrijheid van ondernemingen om beslissingen te nemen over een collectief ontslag en de vraag is hoe die beperkingen ten aanzien van collectief ontslag zich verhouden tot de ondernemersvrijheden.

We behandelen voornoemde vragen en beginnen deze bijdrage met een korte uiteenzetting van de inhoud en reikwijdte van de Wmco en de Richtlijn collectief ontslag. In de literatuur is geen tot weinig aandacht besteed aan de Wmco en de coronacrisis en de verhouding van de Wmco tot de NOW-regeling.<sup>14</sup> Met dit onderzoek willen we bijdragen aan een debat over de effectiviteit van de Wmco tegen de achtergrond van de huidige arbeidsmarkt en de juridische houdbaarheid van crisismaatregelen.

## 2. Het juridisch kader: Wmco en de Richtlijn collectief ontslag

Zoals aangestipt in de inleiding, verplicht de Wmco werkgevers een voorgenomen collectief ontslag aan het UWV te melden en belanghebbende vakbonden daarover te raadplegen. Deze raadpleging vangt aan met een melding en de term raadpleging impliceert dat er na de melding ook daadwerkelijk overleg plaatsvindt. De wet vereist niet dat partijen ook overeenstemming bereiken.

13. W. Dekker, 'Economie krimpt door corona 3,8%, grootste daling sinds de Tweede Wereldoorlog', *de Volkskrant* 16 februari 2021.  
14. Zie bijvoorbeeld wel: J. Terpstra, 'De NOW en bedrijfseconomisch ontslag: de spagaat van een werkgever die loonkostensubsidie aanvraagt, maar tegelijkertijd moet reorganiseren', *TvO* 2020/4, p. 122-130, par. 5.

Onder welke omstandigheden de werkgever tot raadpleging verplicht is, volgt uit de wet. Kort gezegd is raadpleging nodig indien een werkgever voornemens is in een periode van drie maanden de arbeidsovereenkomsten van ten minste 20 werknemers te beëindigen wegens bedrijfseconomische redenen.

### 2.1 De Richtlijn als basis

Bij de toepassing van de Wmco en de uitleg van de daarin gebruikte begrippen en voorwaarden, is van belang oog te hebben voor de omstandigheid dat de Wmco een implementatie is van de Richtlijn collectief ontslag<sup>15</sup> en dat brengt mee dat nationale bepalingen zo veel mogelijk richtlijnconform moeten worden uitgelegd. Specifieker volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting voor lidstaten om het daarin voorgeschreven resultaat te bereiken (en de krachtens art. 4 lid 3 VEU en art. 288 VWEU bestaande plicht om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren), gelden voor alle met overheidsgezag beklede instanties en dus ook voor de rechter.<sup>16</sup> Met het oog hierop dient het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht te worden uitgelegd teneinde de volle werking van het Unierecht te verzekeren.<sup>17</sup> Artikel 2 van de Richtlijn verplicht werkgevers tot raadpleging van vertegenwoordigers van werknemers in geval van collectief ontslag. Wanneer sprake is van collectief ontslag is deels aan de lidstaten. Het gaat bij een collectief ontslag in elk geval om ontslag door een werkgever om een of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer. Het is vervolgens aan de lidstaten om een aantal en een referentieperiode te kiezen, die overigens aan elkaar gekoppeld zijn. De Richtlijn biedt de keuze tussen een naar grootte van het werknemersbestand gestaffeld aantal werknemers binnen 30 dagen of 20 of meer werknemers binnen een periode van 90 dagen. Nederland heeft gekozen voor een getalscriterium van 20 werknemers binnen een periode van 90 dagen. De Richtlijn doet overigens geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om bepalingen toe te passen die gunstiger zijn voor werknemers.

### 2.2 Ontslag

De term ontslag is niet gedefinieerd in de Richtlijn, noch wordt ten aanzien van dit begrip verwezen naar het recht van lidstaten en dat brengt mee dat aan de term ontslag een autonome gemeenschapsrechtelijke invulling moet worden gegeven.<sup>18</sup> Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat onder ontslag elke beëindiging van de arbeids-

15. Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998.

16. Zie o.a. HvJ EU 19 september 2019, ECLI:EU:C:2019:765, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

17. Zie o.a. HvJ EU 19 september 2019, ECLI:EU:C:2019:765, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

18. HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:605. Zie ook: J.H. Even en B. Filippo, 'Collectief ontslag niet meer omzeild', *ArA* 2011/2.

overeenkomst moet worden verstaan 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.<sup>19</sup> De doelstellingen van de Richtlijn (werknemersbescherming en met name harmonisatie van wetgeving met het oog op een goede werking van de gemeenschappelijke markt<sup>20</sup>) zouden slechts gedeeltelijk worden bereikt indien de beëindiging van de arbeidsovereenkomst waarop de werkgever geen invloed heeft niet onder de regeling van de Richtlijn zou vallen, aldus het Hof.<sup>21</sup> Voor ontslag is wel een actieve handeling van de werkgever nodig.<sup>22</sup> Onder ontslag wordt volgens het Hof mede verstaan een substantiële wijziging van de essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst (om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer).<sup>23</sup> Deze ruime uitleg van de term ontslag beantwoordt volgens het Hof aan het doel van de Richtlijn. In de Richtlijn worden wel twee beperkingen gesteld aan de term ontslag. Zo moet de reden van het ontslag geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer<sup>24</sup> en valt de beëindiging van rechtswege van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door het verstrijken van de tijd waarvoor de arbeidsovereenkomst is aangegaan niet onder de term ontslag (in par. 4 komen we op deze laatste beperking terug).<sup>25</sup> In de huidige Wmco is aangesloten bij de ruime uitleg van het begrip ontslag doordat de term beëindiging wordt gebruikt en daaronder vallen niet alleen de opzegging en de ontbinding, maar ook de beëindiging met wederzijds goedvinden op initiatief van de werkgever.<sup>26</sup>

### 2.3 Gelijkgesteld ontslag

Verder verdient opmerking dat in de Richtlijn naast ontslag wordt gesproken over gelijkgestelde ontslagen. Voor de berekening van het collectief ontslag wordt elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om een reden die geen betrekking heeft op de persoon van de werknemer gelijkgesteld met ontslag.<sup>27</sup> Wat op grond van de Richtlijn moet worden aangemerkt als gelijkgesteld ontslag is niet scherp. Uit de rechtspraak van het Hof lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat het daarbij gaat om een beëindiging op initiatief van de werkgever waarmee de werknemer heeft ingestemd (lees: de beëindiging met wederzijds goedvinden of de in het Nederlandse ontslagrecht voorkomende schriftelijke instemming met de

opzegging).<sup>28</sup> Een ander door het Hof opgemerkt verschil is minimaal en dat is dat er bij een gewoon ontslag sprake moet zijn van een voornemen van de werkgever (dat er een werkgever is die ontslagen heeft overwogen), terwijl een gelijkgesteld ontslag (in de zin van de Richtlijn) uitgaat van een directe wilsuiting.<sup>29</sup> Voor een gewoon ontslag is volgens A-G Mengozzi daarmee voldoende dat een omstandigheid kan worden herleid tot de sfeer van de werkgever, terwijl bij een gelijkgesteld ontslag sprake moet zijn van een werkgever die initiatief neemt.<sup>30</sup>

### 2.4 Werknemer

Ten aanzien van de in de Richtlijn gebruikte term werknemer geldt hetzelfde als voor de term ontslag, namelijk dat een definitie ontbreekt en dat voor de uitleg ook niet wordt verwezen naar de nationale rechtsstelsels. Ook ten aanzien van het begrip werknemer geldt dus dat dit autonoom moet worden uitgelegd in de rechtsorde van de Unie.<sup>31</sup> Het begrip werknemer moet worden gedefinieerd op basis van objectieve criteria die, gelet op de rechten en plichten van de betrokkenen, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, en dat het kenmerk van de arbeidsverhouding erin is gelegen dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.<sup>32</sup> In de Wmco is voor de verplichting tot raadpleging aangesloten bij het werknemersbegrip van artikel 7:610 BW. Voor een uitvoerige bespreking van de verschillen tussen enerzijds het communautaire werknemersbegrip en anderzijds het nationale werknemersbegrip is in deze bijdrage geen plaats.<sup>33</sup> Opmerking verdient dat in de Wmco (art. 1 lid 2 Wmco) aan de minister de ruimte is gelaten om categorieën personen gelijk te stellen met werknemers en dat is voor payrollwerknemers gebeurd. In artikel 27 van de Ontslagregeling zijn payrollwerknemers (art. 7:692 BW) gelijkgesteld aan werknemers voor de toepassing van de Wmco.

Het begrip werkgebied en de referteperiode van drie maanden uit de Wmco die voor de verplichting tot melding en raadpleging eveneens relevant zijn, laten we in deze bijdrage onbesproken.

19. HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:605.

20. Zie hierover meer in paragraaf 5.

21. HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:605, r.o. 54.

22. HvJ EU 10 december 2009, ECLI:EU:C:2009:770.

23. HvJ EU 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743 en HvJ 21 september 2017, ECLI:EU:C:2017:708.

24. HvJ EG 7 september 2006, ECLI:EU:C:2006:535 en HvJ EU 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:605.

25. HvJ EU 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743.

26. Zie voor een nadere toelichting: J.H. Even en B. Filippo, 'Collectief ontslag niet meer omzeild', *ArA* 2011/2.

27. Art. 1 lid 1 laatste alinea Richtlijn.

28. Zie HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:605, r.o. 56 en J.H. Even en B. Filippo, 'Collectief ontslag niet meer omzeild', *ArA* 2011/2, par. 2.3.

29. HvJ EU 10 december 2009, ECLI:EU:C:2009:770 (*Mayor e.a.*), r.o. 81. In deze casus waren de arbeidsovereenkomsten beëindigd door het overlijden van de werkgever (natuurlijke persoon) zonder opvolging van de onderneming doordat de erfenis was verworpen.

30. Conclusie A-G Mengozzi 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:480 (*Mayor e.a.*), r.o. 85.

31. HvJ EU 9 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:455.

32. HvJ EU 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

33. Zie voor achtergrond conclusie A-G De Bock voor HR 6 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

### 3. De Wmco en de Kredietcrisis

#### 3.1 Een (te) beperkt ontslagbegrip en omzeiling van de Wmco

Bij de invoering van de Wmco in 1976<sup>34</sup> werd het door de wetgever niet nodig geacht de beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een vaststellingsovereenkomst mee te tellen in het kader van de meldingsplicht. Anders gezegd, de beëindigingsovereenkomst werd niet aangemerkt als ontslag in de zin van de Wmco. Het meetellen van deze vorm van beëindiging achtte de minister niet nodig voor het verwezenlijken van de doelstelling van de Wmco.<sup>35</sup> De beëindigingsovereenkomst was in die periode ook nog niet zo populair, volgt uit de parlementaire geschiedenis. ‘Het uitgangspunt van het wetsontwerp is immers dat collectieve maatregelen mogelijk worden gemaakt voor de gevallen waarin grote aantallen werknemers – waarbij de grens op 20 is gesteld – tegelijk op de arbeidsmarkt komen. De mogelijkheid dat het aantal voorgenomen ontslagen door een ontslag met wederzijds goedvinden beneden de 20 komt te liggen, is een grensgeval, dat aan voormelde doelstelling geen afbreuk doet’, aldus de minister.<sup>36</sup> Aanvullend verdient opmerking dat de ontbinding door de kantonrechter aanvankelijk ook niet als gewoon ontslag maar slechts als gelijkgesteld ontslag werd aangemerkt in de Wmco. Ontbindingen werden in dat kader pas meegeteld indien ten minste vijf ontbindingsverzoeken waren ingediend (wegens niet in de persoon van de werknemer gelegen redenen).<sup>37</sup>

Het geheel niet laten meetellen van de beëindigingsovereenkomst en het pas laten meetellen van ontbindingen vanaf vijf verzoeken, gaf werkgevers de mogelijkheid de Wmco te omzeilen door verschillende ontslagroutes te combineren wanneer het voornemen bestond om meer dan twintig werknemers te ontslaan. Een werkgever die bijvoorbeeld voornemens was dertig werknemers te ontslaan wegens bedrijfseconomische redenen, kon ervoor kiezen vier ontbindingsverzoeken in te dienen en zeven vaststellingsovereenkomsten te sluiten, zodat 19 opzeggingen resteerden en zodoende de verplichtingen uit de Wmco werden omzeild omdat die niet van toepassing werd. Tijdens de Kredietcrisis bleken werkgevers in toenemende mate van dergelijke ontsnappingsroutes gebruik te maken (mede als gevolg van een wijziging van de Werkloosheidswet in 2006 die meebracht dat ook bij een beëindiging door middel van een vaststellingsovereenkomst het recht op WW geldend

kon worden gemaakt).<sup>38</sup> Nadat over deze ontsnappingsroutes Kamervragen waren gesteld (en dan met name over het geheel niet meetellen van de vaststellingsovereenkomst in het kader van een collectief ontslag),<sup>39</sup> besloot de minister tot aanpassing van de Wmco. De reden daarvan was tweeledig. In de eerste plaats de toegenomen populariteit van de vaststellingsovereenkomst en de ontbindingsprocedure in de ontslagpraktijk.<sup>40</sup> En verder vond de minister het in de rede liggen de Wmco zodanig aan te passen dat de vraag of een melding moet plaatsvinden los kwam te staan van de door de werkgever gekozen ontslagroute.<sup>41</sup> Voor de berekening van het collectief ontslag wordt thans elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst die uitgaat van de werkgever om een reden die geen betrekking heeft op de persoon van de werknemer aangemerkt als ontslag in de zin van de Wmco. Met de wijziging van de Wmco werd recht gedaan aan het doel van de wet, namelijk tijdscheiding van de belanghebbende vakbonden teneinde in overleg te treden over het voornemen tot een collectief ontslag en de personele gevolgen. Overigens werd met deze wijziging de Wmco in lijn gebracht met het ruime ontslagbegrip van de Richtlijn.

#### 3.2 Duidelijkheid over de route bij collectief ontslag

Een ander discussiepunt met betrekking tot de Wmco dat met de wijziging van de Wmco na de Kredietcrisis werd beslecht, was de vraag of een collectief ontslag via de kantonrechter kon worden geëffectueerd. Het uitgangspunt van collectief ontslag (in de Richtlijn en de Wmco) is de opzeggingsroute, maar brengt dat ook mee dat de kantonrechter niet-ontvankelijk zou moeten zijn en, zo nee, hoe zit het dan met de toetsing van de Wmco door de rechter? Met betrekking tot de ontvankelijkheid van de kantonrechter om van een zogenoemd collectief ontbindingsverzoek kennis te nemen, werd in de lagere rechtspraak voorafgaand aan de Kredietcrisis wisselend geoordeeld. Aanvankelijk werd wel geoordeeld dat de kantonrechter niet-ontvankelijk was of werd geëist dat sprake moest zijn van een acute noodsituatie waardoor de procedure bij het, inmiddels, UWV niet kon worden afgewacht.<sup>42</sup> Veelal werd door kantonrechters benadrukt dat het UWV beter toegerust was voor de beoordeling van collectiefontslagzaken waardoor de kantonrechter zich terughoudend zou moeten opstellen.<sup>43</sup> In 2009 – kort na aanvang van de crisis – overwogen de kantonrechter Amersfoort en de kantonrechter Lelystad dat de Wmco niet aan de ontvankelijkheid van de kantonrechter in de weg stond (ook niet wanneer geen sprake is van

34. *Stb.* 1976, 223 van 24 maart 1976.

35. *Kamerstukken II* 1975/76, 13324, nr. 5, p. 10.

36. *Kamerstukken II* 1975/76, 13324, nr. 5, p. 10.

37. Art. 3 lid 2 Wmco (oud). Overigens verdient opmerking dat het vereiste dat er ten minste vijf ontbindingsverzoeken moesten zijn ingediend om mee te kunnen tellen, een verkeerde interpretatie van de Richtlijn was, gelet op het Pujante Rivera-arrest van het Hof van Justitie van 2015. Volgens het Hof dient ieder gelijkgesteld ontslag te worden meegeteld zodra er ten minste vijf echte ontslagen zijn (HvJ 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743, r.o. 46).

38. *De Volkskrant*, ‘Werkgevers omzeilen regels ontslag’, 18 november 2009 en *FD*, ‘Collectief ontslag vaak omzeild’, 18 november 2009.

39. *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, 944.

40. *Kamerstukken II* 2010/11, 32718, nr. 3, p. 3.

41. *Kamerstukken II* 2010/11, 32718, nr. 3, p. 2.

42. Ktr. Utrecht 8 december 1986, *PrG.* 1987, 2619; Ktg. Gorinchem 28 februari 1995, *JAR* 1995/71; Ktg. Groenlo 5 oktober 1994, *JAR* 1994/238; Ktg. Haarlem 11 maart 1994, *JAR* 1994/71; Rb. Utrecht 16 december 1993, *JAR* 1994/23; Ktr. Leeuwarden 4 april 2006, ECLI:NL:RBL:2006:AU8967.

43. *Idem.*

een acute noodsituatie) in geval van een collectief ontbindingsverzoek, omdat de wet niet voorschrijft dat de UWV-route steeds zou moeten worden gevolgd.<sup>44</sup> Anders gezegd, de werkgever had een keuze om de ontslagroute te kiezen en die keuze stond volgens deze kantonrechters niet aan hun ontvankelijkheid in de weg. Een en ander nam volgens beide kantonrechters evenwel niet weg, dat – gelet op de ratio van de Wmco – de materiële bepalingen van de Wmco ook in de ontbindingsprocedure toegepast dienden te worden, zoals de verplichting tot raadpleging van de vakbonden en de inachtneming van de wachttijd.<sup>45</sup> De kantonrechter Lelystad sprak in dat kader van reflexwerking van de Wmco.<sup>46</sup> Met de wijziging van de Wmco in 2012 werd geregeld dat de kantonrechter zich bij een op bedrijfseconomische gronden ingediend ontbindingsverzoek steeds ervan moest vergewissen of de Wmco van toepassing was en, zo ja, of aan de verplichtingen uit de Wmco was voldaan. Verder werd wettelijk vastgelegd dat de kantonrechter niet eerder kan ontbinden dan een maand nadat aan de meldingsverplichting is voldaan. Dit laatste gold al voor de opzegging, maar ging dus ook gelden voor de ontbinding en overigens voor de vaststellingsovereenkomst. Sinds de invoering van het grondenstelsel in het BW in 2015 speelt de problematiek rondom de ontbindingsprocedure nagenoeg niet meer (of in elk geval veel minder) bij een collectief ontslag, omdat sinds de invoering van de Wwz bij een bedrijfseconomisch ontslag de UWV-procedure de voorgeschreven ontslagroute is.

Geconcludeerd kan worden dat onder druk van de Kredietcrisis enkele tekortkomingen van de Wmco aan het licht kwamen die met de wetwijziging werden gerepareerd. Sinds 1 maart 2012 is voor de raadpleging van de vakbonden niet meer van belang op welke wijze een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd en is duidelijk dat ook de kantonrechter gehouden is de Wmco te toetsen en dat komt ten goede aan het doel van de Wmco en daarmee aan de belangen van werknemers bij een collectief ontslag. Daarbij komt dat met de term beëindiging beter is aangesloten bij de ruime uitleg van het begrip ontslag uit de Richtlijn.

## 4. De Wmco en de coronacrisis

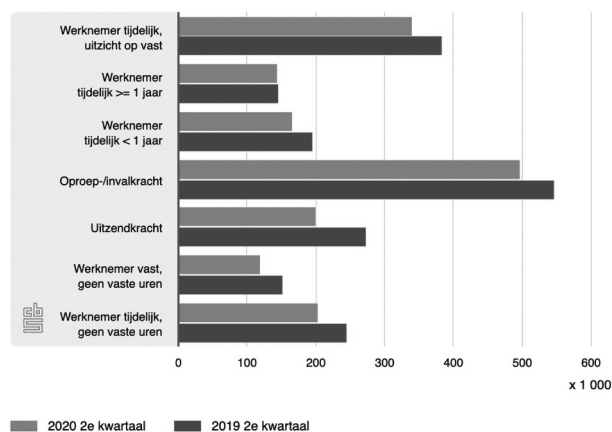
Hoewel alle groepen flexwerkers in omvang zijn afgenomen (ten opzichte van 2019) als gevolg van de coronacrisis, nam de omvang van het aantal uitzendkrachten het meeste af met 74.000. De groep oproepkrachten kromp met 50.000. Het aantal werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst van korter dan een jaar kromp met 30.000 en de groep tijdelijke werknemers met uitzicht op vast kromp met 40.000.

44. Ktr. Amersfoort 3 april 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH9966 en Ktr. Lelystad 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977.

45. Idem.

46. Ktr. Lelystad 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977.

Flexwerknemers naar soort arbeidsrelatie



Phlippen<sup>47</sup> voorspelde in 2019 dat bij een komende recessie de meeste ontslagen in de flexibele schil zouden vallen en de CBS-cijfers bevestigen deze voorspelling. Phlippen typeerde de flexibele schil als de boksbal van de Nederlandse economie en die vergelijking is treffend.<sup>48</sup> De crisis heeft werknemers met een flexibele arbeidsrelatie hard geraakt,<sup>49</sup> terwijl deze groep het kwetsbaarst is. Het is de vraag of en, zo ja, in hoeverre in de Wmco rekening is gehouden met ontslag van flexwerkers. We bespreken dit voor uitzendkrachten, tijdelijke krachten en oproepkrachten.

We beginnen met de positie van uitzendkrachten. Voor payrollwerknemers, die sinds 1 januari 2020 wettelijk gezien niet meer vallen onder de definitie van uitzendkrachten, is geregeld dat zij met werknemers zijn gelijkgesteld in het kader van de Wmco. Zoals eerder opgemerkt is in de Wmco (art. 1 lid 2 Wmco) aan de minister de ruimte gelaten om categorieën personen gelijk te stellen met werknemers en dat is voor payrollwerknemers gebeurd in artikel 27 van de Ontslagregeling. Uit de toelichting op de Ontslagregeling volgt dat wanneer een payrollwerknemer wegens bedrijfseconomische redenen door de opdrachtgever (lees: materiële werkgever) wordt ontslagen, de payrollwerknemer gelijk wordt gesteld met werknemers van de opdrachtgever. Deze gelijkstelling geldt overigens al sinds 1 juli 2015 en houdt verband met de in de Ontslagregeling geregelde ontslagbescherming van payrollwerknemers.<sup>50</sup> Dat payrollwerknemers voor de Wmco zijn gelijkgesteld met werknemers lijkt zonder meer rechtvaardig, maar hoe zit dat

47. Hoofd Nederland bij het economisch bureau van ABN AMRO en universitair docent aan de Erasmus School of Economics.

48. S. Phlippen, 'Laagopgeleiden zijn steeds vaker de boksbal van de economie. Daarom is deze wet zo belangrijk', *AD* 16 maart 2019.

49. Zie ook: J.W.M. van der Beek en J.P.H. Zwemmer, 'NOW: Flexwerkers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling', *TAC* 2020/3.

50. In de memorie van toelichting bij de Wwz is opgemerkt dat bij het stellen van regels over ontslag ook regels zouden worden gesteld voor werknemers die via een payrollwerkgever werkzaam zijn bij een opdrachtgever, zodanig dat hun bescherming tegen ontslag niet afwijkt van de bescherming van werknemers die rechte reeks in dienst zijn bij de opdrachtgever. De Ontslagregeling strekt hiertoe. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

met uitzendkrachten? Uit onderzoek volgt dat de rechtspositie van uitzendkrachten door de Wet flexibiliteit en zekerheid weliswaar is verbeterd,<sup>51</sup> maar dat neemt niet weg dat uit onderzoek eveneens blijkt dat uitzenden steeds minder wordt gebruikt om te voorzien in een dringende en tijdelijke personeelsbehoefte en dat uitzendkrachten steeds vaker (en structureel) worden ingezet om structureel werk bij inleners te verrichten.<sup>52</sup> Met name die laatste ontwikkeling rechtvaardigt naar onze mening dat in geval van economische krimp ook de krimp van uitzendkrachten bij de inlener die daarvan het gevolg is, moet worden meegenomen in het kader van de Wmco, tenzij uitzendwerk bij een inlener gerechtvaardigd kan worden door een tijdelijke en dringende personeelsbehoefte (bijvoorbeeld: piek en ziek).<sup>53</sup> Aanpassing van de wet- en regelgeving is niet ingewikkeld, want uitzendkrachten kunnen net als payrollwerknemers door de minister gelijk worden gesteld aan werknemers.

De tweede groep flexwerkers die we bespreken, zijn werknemers met een tijdelijk contract. Op grond van de Richtlijn (en de rechtspraak van het Hof) hoeft de afloop van een tijdelijk contract – dat niet wordt verlengd – niet meegeteld te worden in het kader van een collectief ontslag.<sup>54</sup> De gedachte van deze beperking is dat de beëindiging van een dergelijke overeenkomst niet op initiatief van de werkgever is verricht. Het Hof heeft hierover opgemerkt dat de doelen ontslagen te voorkomen of ontslagen te verminderen en te zoeken naar mogelijkheden om gevolgen te verzachten geenszins kunnen worden bereikt voor de ontslagen die uit deze beëindigen voortvloeien.<sup>55</sup> Wij vragen ons af of die beperking wel zo gelukkig is, gelet op de recente krimpcijfers waaruit volgt dat ook werknemers met een tijdelijk contract zwaar zijn geraakt. Is het bezwaarlijk om ook de afloop van tijdelijke contracten mee te tellen in het kader van collectief ontslag? Als het niet verlengen van een tijdelijk contract verband houdt met economische omstandigheden waardoor werkgelegenheid bij de werkgever verloren gaat, dan zien wij dat bezwaar niet zonder meer. Het kan heel nuttig zijn ook over het voornemen tijdelijke contracten niet te verlengen in overleg te treden met vakbonden en alternatieven te bespreken. En ook over de omvang en noodzaak van sociale begeleidingsmaatregelen is het zinvol om met vakbonden te overleggen, bijvoorbeeld over de begeleiding naar ander werk en de inzet van de transitievergoeding daarvoor. En wat betreft het ontbreken van initiatief van de werkgever bij de beëindiging van een contract voor bepaalde tijd, merken wij op dat het weliswaar juist is dat de wet

de beëindiging realiseert, maar als een tijdelijk contract door de werkgever niet wordt voortgezet, dan is dat wel een initiatief dat past in het kader van de Wmco. Dat initiatief wordt door de Nederlandse wetgever ook erkend als grondslag voor de betaling van een transitievergoeding. Het meetellen van het laten aflopen van contracten voor bepaalde tijd is een afwijking van de Richtlijn, maar die afwijking is ten gunste van werknemers en dat is toelaatbaar.

De laatste groep flexwerkers die door de coronacrisis hard is geraakt, is de groep van oproepkrachten. In de praktijk is gebleken dat oproepkrachten niet zozeer werden ontslagen, maar dat zij simpelweg niet meer werden opgeroepen.<sup>56</sup> Het niet oproepen van oproepkrachten terwijl er wel werk is, is in strijd met het goed werkgeverschap, zo oordeelde de Hoge Raad in 2015,<sup>57</sup> maar hoe zit het als dat werk er niet is? Voor een uitvoerige beschouwing van de rechtspositie van oproepkrachten is in deze bijdrage geen ruimte, maar kort gezegd geldt dat wanneer er geen werk is, de oproepkrachten die structureel werden ingezet (of langer dan een jaar werkzaam zijn) maar op enig moment niet meer worden opgeroepen, toch aanspraak op loon hebben. Als zo'n oproepkracht ermee instemt (uitdrukkelijk of stilzwijgend) dat hij op enig moment minder of niet meer wordt opgeroepen en ook geen loon meer ontvangt, dan zou dat juridisch gezien kunnen worden aangemerkt als een wijziging van de overeengekomen arbeidsduur of zelfs een beëindiging. Voor de toepassing van de Wmco is dat een belangrijke vaststelling, want volgens het Hof dient ook een substantiële wijziging van de essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst (om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer) te worden aangemerkt als een ontslag.<sup>58</sup> Het gevolg hiervan is dat oproepcontractanten die minder of niet langer worden opgeroepen, doch formeel niet worden ontslagen, in het kader van de Wmco veelal zullen moeten worden meegeteld. Om de praktijk ervan bewust te maken dat ook een substantiële wijziging van essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt als ontslag, verdient het – ter bescherming van oproepkrachten – aanbeveling om dit expliciet in de Wmco op te nemen.

Na de vorige crisis is de Wmco aangepast om omzeiling van de wet te voorkomen. Door die aanpassing is de positie van werknemers met een vast contract versterkt. In tijden van crises worden de eerste klappen opgevangen door flexwerkers, zo heeft de coronacrisis nog maar eens bewezen. Op de Nederlandse arbeidsmarkt is de groep flexwerkers inmiddels zo groot geworden, dat voorzichtig gezegd kan worden dat niet alleen de eerste klappen worden opgevangen door flexwerkers, maar dat

51. *De positie van uitzendwerknemers; ontwikkelingen 1998-2019*, SEO-rapport 2020-09.

52. *Driehoeksrelaties. De relatie met de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz)*, De Beleidsonderzoekers 12 februari 2020.

53. Zie voor eenzelfde benadering met betrekking tot het onderscheid in uitzendwerk: N. Jansen, 'Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?', *TvO* 2021/2, p. 19-24.

54. Art. 1 lid 2 Richtlijn en HvJ 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743.

55. HvJ EU 13 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:318, r.o. 63.

56. Zie ter illustratie bijvoorbeeld: M. Blankestijn, 'Nulurencontracten en niet meer opgeroepen? Je kunt toch recht op loon hebben.', *Folia* 16 november 2020 en 'Corona treft vooral de zwakke broeders van de arbeidsmarkt', *de Volkskrant* 15 maart 2020.

57. HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923.

58. HvJ 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:743 en HvJ 21 september 2017, *JAR* 2017/276.

zij ook de meeste klappen opvangen. Uit analyse van de Wmco volgt dat in de Wmco geen rekening wordt gehouden met ontslag in en van de flexibele schil doordat uitzendkrachten niet gelijk zijn gesteld met werknemers, de afloop van tijdelijke contracten niet meetelt en de positie van oproepcontracten onduidelijk is. Het gevolg hiervan is dat de doelstellingen van de Wmco niet worden behaald wanneer het verlies aan werkgelegenheid wordt afgewenteld op flexkrachten. Terwijl de werkgelegenheid daalt en werkenden hun baan verliezen, staan vakbonden en overheid aan de zijlijn. Wat ons betreft vraagt de huidige arbeidsmarkt om aanpassing van de Wmco en is die zelfs aangewezen omdat dit anders ten koste gaat van het nuttig effect van de Richtlijn.

## 5 De rol van de overheid bij collectief ontslag

### 5.1 Meldingsplicht en sociaal beleid

Een tweede vraag die zich met name in verband met de coronacrisis aandient, is of, en zo ja welke, de overheid een rol kan en zou mogen spelen in het kader van collectieve ontslagen die veroorzaakt worden door een heftige (economische) crisis (en dan met name in combinatie met steunmaatregelen om werkgelegenheid te behouden). Bij eerdere economische crises, die wellicht minder diep waren dan de huidige, is die vraag zelden of nooit zo aan de orde gekomen.

Bij de totstandkoming van de Wmco in jaren zeventig van de vorige eeuw, mede geïnspireerd door de groot-scheepse herstructurering van grote industrieën in Nederland en Europa,<sup>59</sup> werd door de Nederlandse wetgever een rol voor de overheid niet uitgesloten. Het hoofddoel van de regeling was en is bescherming van werknemers in geval van gedwongen ‘massa’-ontslagen op grond van economische redenen. Dat werd op twee manieren vormgegeven. In de eerste plaats kregen de werknemersvertegenwoordigers, in de regel vakbonden, een rol in het overleg met de ondernemer/werkgever over de invulling en uitvoering van collectieve ontslagen. In ons land was dit fenomeen geen noviteit.<sup>60</sup> Daarnaast werd in de wet ook een rol weggelegd voor de overheid: ‘de wet beoogt in de eerste plaats voorkoming of beperking van werkloosheid door tijdige overheidsbemoeiingen in de sfeer van het arbeidsmarktbeleid’.<sup>61</sup> Daartoe werd een meldingsplicht voor de werkgever ingevoerd. Het vroegtijdig signaleren van tendensen en

ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, regionaal zowel als in bedrijfstakken, vormde een onmisbaar element in het kader van arbeidsmarktbeleid. Met een speciale meldingstermijn van een maand voor de werkgever werd beoogd om te onderzoeken of ontslagen zouden kunnen worden voorkomen. Daarbij zouden de oorzaken van de voorgenomen ontslagen kunnen worden betrokken en een van de aspecten daarbij was of continuering van de bedrijfsactiviteiten mogelijk was, eventueel met behulp van financiering door de overheid. Het doel daarvan was behoud van werkgelegenheid.<sup>62</sup>

Het is interessant te constateren dat het behoud van werkgelegenheid niet expliciet wordt aangetroffen in de oorspronkelijke Richtlijn van 1975. Dat is niet onlogisch als bedacht wordt dat in de Richtlijn de – goede en effectieve – werking van de gemeenschappelijke markt vooropstond: de Richtlijn had mede ten doel het opheffen van verschillen tussen lidstaten op het punt van de regelingen bij collectief ontslag.<sup>63</sup> Hoewel het EG-verdrag destijds ook geen uitgebreide en uitgewerkte sociale doelstelling kende, werd in de preambule van de Richtlijn wel uitdrukkelijk opgenomen dat rekening houdend met de noodzaak van een evenwichtig sociaal economische ontwikkeling van de Gemeenschap, het dienstig is werknemers meer bescherming te bieden. Bij de aanpassing van de Richtlijn in 1992<sup>64</sup> en vervolgens in 1998 werd de grondslag niet aangepast, al wordt in de preambule van de thans geldende Richtlijn het sociale doel wel nader toegelicht. Er wordt gerefereerd aan het – overigens juridisch niet bindende – Gemeenschaps-handvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 1989 waarin voorlichting, raadpleging en inspraak van werkenden als een sociaal grondrecht worden genoemd dat nadrukkelijk in acht moet worden genomen in geval van collectief ontslag.<sup>65</sup> Pas met de aanvaarding van het EU-Handvest van de Grondrechten in 2009 worden deze rechten tot effectieve grondrechten verheven evenals het recht op bescherming tegen ‘kennelijk onredelijk ontslag’ (art. 30 Handvest). Het Hof is in zijn rechtspraak veel verder gegaan en heeft aan dergelijke fundamentele rechten werking toegekend.<sup>66</sup> Dat geldt ook voor het onderhavige onderwerp.<sup>67</sup>

### 5.2 Melding aan de overheid

Een meldingsplicht aan de overheid hebben alle richtlijnen gekend. In de oorspronkelijke voorstellen van een Richtlijn op dit gebied was de verplichting tot melding

59. De Europese Richtlijn collectief ontslag 75/129/EEG was een directe reactie hierop. De herstructurering van de Nederlandse multinational AKZO speelde daarbij een opvallende rol.

60. Er bestonden al interne richtlijnen van werkgeversorganisaties op dat onderwerp en daarnaast was overleg van werkgevers met vakbonden en ondernemingsraden over allerlei aspecten van de arbeid en arbeidsverhoudingen gemeengoed. Zie specifiek over dit onderwerp Van Slooten in *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht WMCO*, ‘Inleidende opmerkingen’.

61. *Kamerstukken II 1975/76*, 13324, nr. 3. p. 5.

62. *Kamerstukken II 1975/76*, 13324, nr. 3. p. 7-8.

63. Dat blijkt duidelijk uit de grondslag van de Richtlijn: gebaseerd op art. 100 EEG: instelling en werking van de gemeenschappelijke markt. Concurrentie tussen lidstaten op regels die de werking van de gemeenschappelijke markt ‘verstoren’ moest worden bestreden.

64. Bij Richtlijn 92/56/EG werden al enkele aanscherpingen ingevoerd met name op de punten van de definitie van ontslagen die ‘meegeteld’ moeten worden en het begrip werkgever.

65. Richtlijn 98/59/EG, preambule ov. 6.

66. Zie o.a. Pennings en Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, hfst. 2, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 41 e.v.

67. Zie meest recent HvJ 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*).



aan de overheidsautoriteit opgenomen. Dat voorstel ging verder dan de uiteindelijke richtlijnen en bevatte een uitdrukkelijke bepaling dat de overheid de bevoegdheid had in bepaalde omstandigheden de ontslagen op te schorten of te verbieden. Onder druk van een aantal lidstaten werd de verbodsbevoegdheid niet bindend opgelegd, maar mochten lidstaten dat zelf bepalen.<sup>68</sup> Zowel de Richtlijn als de Wmco bevatten de verplichting voor de werkgever om het voorgenomen collectief ontslag te melden aan de nationale autoriteit die daarvoor is aangewezen en dat is in Nederland het UWV. De taken van het UWV zijn thans opgenomen in hoofdstuk 7 van de *Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen*. In een algemeen gestelde toelichting wordt als doel van de melding aangegeven dat maatregelen kunnen worden getroffen om werkloosheid te voorkomen. Hierin kan een verwijzing naar arbeidsmarktbeleid worden gelezen. Dat past overigens ook bij de kerntaken van het UWV waarvan de eerste is *het stimuleren van mensen om aan het werk te blijven of nieuw werk te vinden*.<sup>69</sup>

De Wmco verbindt de beoordeling van (de aanwezigheid van een redelijke grond voor) het collectief ontslag aan de omschrijving ervan in artikel 7:669 lid 3 onder a BW: een redelijke grond voor ontslag is het noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Daartoe kan de ondernemer maatregelen treffen met het oog op een doelmatige bedrijfsvoering. De noodzaak tot het collectief ontslag en de overwegingen daartoe zijn aan de orde in het overleg met de vakbonden, evenals de door de werkgever te nemen maatregelen met het oog op de gevolgen voor de werknemers (art. 3 lid 3 Wmco). Voor het UWV ligt er vervolgens geen taak meer. Het controleert of er overleg is geweest of op z'n minst is opgestart. De uitslag of de resultaten ervan zijn irrelevant voor het UWV, tenzij er zich geheel nieuwe feiten en omstandigheden hebben voorgedaan. Alleen in dat geval zal de werkgever alsnog voor het UWV de noodzaak van het laten vervallen van arbeidsplaatsen aannemelijk moeten maken.<sup>70</sup> Naast de vakbonden (en eventueel de ondernemingsraad) vervult het UWV, als overheidsinstantie, geen rol bij beoordeling van de noodzaak tot en overwegingen bij het collectief ontslag. De verplichting tot melding aan de overheid heeft dus enkel een formeel, procedureel karakter. De ontslagaanvragen voor de te ontslaan werknemers worden vervolgens door het UWV in behandeling genomen, dus na de melding én een schriftelijke verklaring waaruit blijkt dat de vakbonden (en eventueel de ondernemingsraad) zijn geraadpleegd.<sup>71</sup>

Geconcludeerd kan worden dat in deze procedure werkloosheidsbestrijding of andere arbeidsmarktaspecten niet aan de orde zijn. De wetgever en de uitvoerende overheid hebben ervoor gekozen die aspecten niet te laten meespelen.

De vraag kan rijzen of deze volledige (materiële) afwezigheid van de overheid een correcte uitvoering van de Richtlijn is. Kennelijk is ook geen bemiddelende of faciliterende rol van of voor de overheid weggelegd. Uitgangspunt lijkt te zijn dat de overheid zich in geen geval bemoeit met de (doelmatige) beleidsvoering van een onderneming en de daarop gebaseerde besluiten. Het wordt aan de werknemersvertegenwoordigers overgelaten zich een effectieve overlegpartner, een voldoende tegenmacht tegenover de werkgever te tonen. Bij een terugvallende positie van vakbonden en de beperkte 'macht' van ondernemingsraden kan in het kader van effectieve toepassing van de Richtlijn de vraag worden gesteld of aan het doel van de Richtlijn wel in voldoende mate wordt voldaan wanneer de overheid zich in het overleg met de werkgever over de verschillende aspecten van het voorgenomen collectief ontslag zo volledig afzijdig houdt.<sup>72</sup>

### 5.3 Overheidssteun ter voorkoming van werkloosheid

Met economische crises, zoals de huidige coronacrisis, en de in dat kader getroffen steunmaatregelen van de overheid in het achterhoofd, kan de Europese AGET Iraklis-zaak van 2016 ook voor ons land relevant worden.<sup>73</sup> In deze zaak stonden twee aspecten in het kader van collectief ontslag centraal: 1. de melding aan de overheid en de (zelfstandige) bevoegdheid van de (Griekse) overheid om te beslissen over het voornemen van collectief ontslag en 2. de mogelijke schending van ondernemersvrijheden door de vergaande maatregelen van de overheid. Nationale overheden, zoals ook de Nederlandse, hebben in verband met de coronacrisis aan het verstrekken van vormen van financiële steun aan bedrijven die (bedrijfs)economisch 'leden' onder de coronacrisis, naast andere<sup>74</sup> de voorwaarde verbonden dat werknemers niet ontslagen mochten worden en dat heeft raakvlakken met de Griekse zaak, althans is daarmee vergelijkbaar.

#### 5.3.1 *Het Europese Hof spreekt: AGET Iraklis-arrest*

- Casus

In het kort gaat het arrest over de rol en bevoegdheid van de overheid bij besluiten over een collectief ontslag. De Griekse onderneming AGET Iraklis, die behoort tot een Franse multinational (Lafarge), besloot met medeweten of op aanwijzing van de Franse moeder tot een

68. M. Freedland, 'Employment Protection: Redundancies Procedures and the EEC', in: *Industrial Labour Journal* 5, No. 1, (1976) p. 27. Wat ervan overbleef was de termijn van 30 dagen vóór het collectief ontslag na de melding aan de overheid kon ingaan (art. 4 Richtlijn 75/129/EEG; idem art. 4 Richtlijn 98/59/EG). Die regel bestaat nog steeds.

69. UWV noemt deze taak onder de kerntaken als eerste; zie [www.uwv.nl](http://www.uwv.nl), Wat is UWV, Organisatie.

70. Art. 2 van hoofdstuk 1.6 Uitvoeringsregels UWV 2019.

71. Punt 7.15 van de Uitvoeringsregels.

72. Die situatie doet zich voor in landen met een sterke vakbondpositie, maar nog sterker in landen waar vakbonden, laat staan ondernemingsraden, structureel een zwakke positie hebben.

73. HvJ 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*).

74. Een even opmerkelijke is ook het verbod van het uitkeren van dividenden en bonussen. Ook hier staat de vrijheid van ondernemers onder druk en ter discussie.

herstructurering van haar bedrijven in Griekenland. Een van de Griekse vestigingen moest worden gesloten (Chalkida, één van de twee vestigingen op Euböia). Als redenen werden aangevoerd: ‘inkrimping van de bouwactiviteit in de regio Attica, een overschot aan productiecapaciteit alsook de noodzaak het voortbestaan van de onderneming veilig te stellen en de voorwaarden voor ontwikkeling van de activiteiten van de groep zowel op de Griekse markt als in het buitenland te garanderen’. Ingevolge de Griekse wet heeft de directie van AGET eerst de werknemers van Chalkida en vervolgens de bedrijfsvakbond van de vestiging uitgenodigd voor overleg. De vakbond is op de uitnodiging niet ingegaan. Artikel 3 van Nomos n° 1387/1983 inzake het toezicht op collectief ontslag schrijft raadpleging van vakbonden voor alvorens tot collectief ontslag over te gaan. Artikel 5 lid 3 van de wet geeft vervolgens de minister van Arbeid, wanneer er geen overleg met de vakbonden plaatsvindt, een tweetal bevoegdheden. Naast verlenging van de termijn voor het overleg indien een van de partijen daarom verzoekt, kan de minister goedkeuring weigeren voor alle of een deel van de voorgenomen ontslagen. Gegeven het feit dat de vakbonden geen gehoor gaven aan de uitnodiging tot overleg, verzocht AGET de minister het plan voor collectief ontslag goed te keuren. De wet schrijft voor dat de minister daartoe kan besluiten *na afweging van de omstandigheden op de arbeidsmarkt, de situatie van de onderneming en het belang van de nationale economie* (art. 5 lid 3). Na en op (verplicht) advies van enkele adviesorganen weigerde de minister goedkeuring te geven. Na verwijzing door de Griekse rechter is de zaak via de procedure van prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd.

- **Rechtsvragen**

In het kader van dit artikel gaan we in op twee vragen (die ook aan het Hof zijn voorgelegd). De eerste vraag is of de nationale overheid bij de toepassing van de Richtlijn gerechtigd is om collectief ontslag te verbieden of zodanige beperkingen eraan op te leggen dat de werkgever feitelijk niet tot collectief ontslag kan overgaan. De tweede vraag gaat erover of een dergelijke overheidsbevoegdheid niet in strijd komt met de vrijheidsrechten van de werkgever: vrije vestiging (art. 49 VWEU) en vrijheid van ondernemen (art. 16 Handvest).

- **Strijd met de Richtlijn**

Met betrekking tot de eerste vraag die de interpretatie en toepassing van de Richtlijn in een nationale context betreft, oordeelde het Hof dat gegeven het minimumkarakter van de Richtlijn, de Griekse regeling niet *per se* in strijd komt met de Richtlijn. Zij laat de lidstaat vrij nationale maatregelen te nemen die voor die werknemers gunstiger zijn.<sup>75</sup> De Richtlijn gaat enkel over de te volgen procedure van overleg en melding. Zij zegt niets over de materiële voorwaarden die aan de mogelijkheid voor de werkgever om al dan niet over te gaan tot collec-

tief ontslag kunnen worden gesteld.<sup>76</sup> De nationale overheid heeft hier een ruime bevoegdheids- en beoordelingsmarge, maar die is niet onbegrensd. Een overheidsbesluit moet wel goed gemotiveerd zijn. Het moet ook gebaseerd zijn op onderzoek van de relevante feiten. Voorts moeten de criteria zo zijn vastgesteld dat werkgevers deze (kunnen) kennen.<sup>77</sup> Het mag er in geen geval toe leiden dat ‘de werkgever in de praktijk geen reële mogelijkheid heeft om tot collectief ontslag over te gaan’.<sup>78</sup> Het uitgangspunt is dus dat collectief ontslag, nadat alle procedures zijn doorlopen en ook wanneer de raadpleging niet tot een akkoord heeft geleid, op zijn minst mogelijk moet blijven, zij het op voorwaarde dat bovendien is voldaan aan bepaalde objectieve vereisten die door een nationale regeling kunnen worden gesteld.<sup>79</sup>

- **Inbreuk op vrijheidsrechten en rechtvaardiging**

Nu het Hof heeft beslist dat een overheidsbevoegdheid als hier ter sprake niet per se ‘over de schreef’ is in het licht van de Richtlijn, komt het erop aan te kijken naar de beperkingsgronden die de overheid hanteert. Het Hof heeft allereerst geoordeeld dat de Griekse nationale beperkingen een inbreuk vormen op de vrijheid van vestiging omdat de nationale regeling een inbreuk vormt op de vrijheid werknemers aan te trekken en te ontslaan, waardoor toetreding tot de Griekse markt minder aantrekkelijk wordt.<sup>80</sup> Blijkens vaste rechtspraak van het Hof kan een beperking slechts worden toegestaan indien zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang en geschikt en noodzakelijk is. Daarbovenop komt dat wanneer een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (en dat is aan de orde wanneer een nationale regeling de vrijheid van vestiging beperkt), de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden.<sup>81</sup> In dat geval kan de betrokken nationale regeling slechts in aanmerking komen voor de uitzondering (lees: de inbreuk rechtvaardigen) indien de regeling ook in overeenstemming is met de grondrechten uit het Handvest, zoals de vrijheid van ondernemerschap, waarvan de contractsvrijheid onderdeel is.<sup>82</sup> De rechten en vrijheden uit het Handvest zijn evenwel niet absoluut en beperkingen kunnen worden gesteld indien die bij wet zijn voorzien, de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen en noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door het Unierecht erkende doelstellingen of aan de eisen van de bescherming van de rechten en

75. Ook in HvJ EG 18 januari 2007, ECLI:EU:C:2007:37 (*Confédération générale du travail*), punt 44.

76. Zo besliste het HvJ in arrest van 10 december 2009, ECLI:EU:C:2009:770 (*Rodriguez Mayor*).

77. Dit verwijst naar het kenbaarheidsvereiste, een eis die vaker voorkomt in het arbeidsrecht.

78. HvJ 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*), r.o. 35-44. Al eerder had het Hof in die zin beslist: HvJ EG 12 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:61 (*Dansk*) en HvJ EG 7 september 2006, ECLI:EU:C:2006:535 (*Agorastoudis*). Of dat in de concrete situatie het geval is, beoordeelt de nationale rechter.

79. R.o. 41.

80. R.o. 55 t/m 57.

81. R.o. 62 en 63 en zie ook: HvJ 19 november 2019, ECLI:EU:C:2019:981 (*TSN*).

82. R.o. 63 t/m 66.

vrijheden van anderen (waarbij het Hof ook wijst op de eveneens in het Handvest opgenomen bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag).<sup>83</sup> Het voorgaande houdt kort gezegd in dat beperkingen op grondrechten en de overwegingen en gronden daartoe tegen elkaar moeten worden afgewogen en dat het erom gaat een juist evenwicht te vinden.<sup>84</sup> Die beoordeling moet worden gedaan aan de hand van het gebruikelijke schema: ligt er een legitieme doelstelling aan de inperking ten grondslag, is de regeling en/of de concrete maatregel geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. De drie aangevoerde en toegepaste gronden uit de nationale Griekse regeling moeten hierop worden beoordeeld. Het gaat dan om deze drie: a. *de omstandigheden op de arbeidsmarkt*, b. *de situatie van de onderneming* en c. *het belang van de nationale economie*.

- Legitiem doel

Belang van de nationale economie wijst het Hof nagenoeg standaard af als legitiem doel en dat is in deze zaak niet anders. Al in een zaak uit 2002 besliste het Hof duidelijk: ‘bevordering van de nationale economie of de goede werking daarvan kunnen dergelijke belemmeringen niet rechtvaardigen’.<sup>85</sup> De beide andere door de Griekse regering opgenomen gronden voor een verbod wijst het Hof niet zonder meer af. De ‘situatie van de onderneming’ en de ‘omstandigheden op de arbeidsmarkt’ kunnen zeer wel worden beschouwd als legitieme doelstellingen van algemeen belang. Beide kunnen worden aangemerkt als doelstellingen van sociaal beleid.<sup>86</sup>

- Geschiktheid

Het kan tevens beantwoorden aan het geschiktheidsvereiste ter bereiking van het doel, te weten: bijdragen ‘tot een betere daadwerkelijke bescherming van de werknemers en hun baan, door materiële regels vast te leggen voor de besluitvorming binnen de ondernemingen met betrekking tot dergelijke economische en commerciële beslissingen’.<sup>87</sup>

- Noodzakelijk

Ten slotte komt het veelal beslissende criterium aan bod: zijn de beperkingen ook noodzakelijk om het doel te bereiken? Oftewel: zijn er geen alternatieven die het gestelde doel ook kunnen bereiken en minder beperkend zijn voor de vrijheidsrechten van de ondernemer? Dit alles zal tegen de achtergrond van de concrete omstandigheden moeten worden vastgesteld door de nationale rechter. Of de Griekse nationale criteria en de toepassing ervan in de feitelijke situatie standhouden, stelt het Hof *im Frage*. Zij zijn, zo stelt het Hof, niet concreet genoeg gepreciseerd waardoor het niet duidelijk is onder welke concrete en objectieve omstandigheden de overheidsbevoegdheid kan worden uitgeoefend. De situaties zijn potentieel talrijk, onbepaald en onbepaalbaar. De

beoordelingsmarge van de overheid laat zich zo moeilijk controleren, ook niet door de nationale rechter. Omdat de criteria niet berusten op objectieve en controleerbare voorwaarden, gaan ze verder dan nodig is om de aangegeven doelen te bereiken en voldoen dus niet aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel. Werkgevers kunnen daarom niet weten onder welke concrete en objectieve omstandigheden die bevoegdheid kan worden uitgeoefend.<sup>88</sup>

- Conclusie

In conclusie – en dat is van belang voor een overheid die zich een dergelijke bevoegdheid toekent – kan worden vastgesteld dat een zich voorbehouden bevoegdheid van de overheid om een collectief ontslag tegen of – langduriger – op te houden, niet per se in strijd is met de Richtlijn, noch met de vrijheidsrechten van een ondernemer. Het komt er wel op aan dat de criteria duidelijk, voldoende gepreciseerd zijn en ook goed kenbaar zijn voor de ondernemer.

De vraag is nog wel gerechtvaardigd hoe hierin de erkenning en bescherming van het grondrecht van de werknemer op bescherming tegen onredelijk ontslag zoals artikel 30 van het Handvest verwoordt, een plaats kan krijgen. Verloopt de collectiefontslagprocedure in de geest van de Richtlijn: dus correcte meldingen aan bonden en de overheid en overleg met de bonden over het besluit tot collectief ontslag, de regeling ervan en van de gevolgen voor de werknemers, dan lijkt er voor de overheid geen plaats meer om tot enige beperkende maatregel te komen anders dan die in de Richtlijn en de uitvoering ervan zijn voorzien.

Maar als de overheid maatregelen neemt vergelijkbaar met de Griekse zaak, dan rust er op die overheid een zware taak en verantwoordelijkheid om zo’n ingreep te rechtvaardigen. De Griekse criteria voldoen niet, zo mag men concluderen.

### 5.3.2 De betekenis hiervan in crisistijd

De beslissing van het Hof in het arrest AGET Iraklis leert dat substantiële interventie van overheidswege in een collectief ontslag niet per se in strijd is met de vrijheid van ondernemen, waaronder de bevoegdheid tot collectief ontslag valt. Het Hof erkent dat de vrijheid van ondernemen inhoudt ‘om werknemers aan te trekken zodat zij hun activiteit kunnen verrichten, voor de vrijheid om de activiteit van hun vestiging stop te zetten om redenen die hun eigen zijn, alsook voor hun vrijheid om te beoordelen of, en zo ja wanneer, zij een plan voor collectief ontslag moeten opstellen, met name op basis van factoren als stopzetting of inkrimping van de activiteit van de onderneming, dalende vraag naar het product dat zij vervaardigen of ook ten gevolge van een reorganisatie van de onderneming die losstaat van de omvang van haar activiteiten’.<sup>89</sup> Die vrijheid is evenwel

83. R.o. 70.

84. HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*), r.o. 90.

85. HvJ EG 4 juni 2002, ECLI:EU:C:2002:326 (*Commissie/Portugal*), r.o. 52.

86. R.o. 92.

87. R.o. 92.

88. R.o. 100 en 101.

89. HvJ EG 12 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:61 (*Dansk Metalarbejderforbund*), r.o. 15; HvJ EG 8 juni 1994, ECLI:EU:C:1994:234 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 29 en 32 en HvJ EG 28 april 2009, ECLI:EU:C:2009:270 (*Commissie/Italië*), r.o. 66.

niet onbeperkt maar voor een inperking is een goede motivering op grond van duidelijke criteria, zoals het Hof die in het AGET Iraklis-arrest heeft geformuleerd, vereist.

Betrekken we dit op het fenomeen van een ernstige economische crisis zoals de coronacrisis en wellicht nog volgende crises van dat kaliber, dan is de vraag of ondersteunende sociale maatregelen, zoals de Nederlandse NOW in zijn verschillende vormen, de *scrutiny*-toets van het Hof in de AGET Iraklis-zaak kan doorstaan.<sup>90</sup> Hiervoor hebben we reeds opgemerkt dat een strafforting kan worden beschouwd als een inbreuk op de ondernemersvrijheid, kortweg omdat de werkgever feitelijk geen keuze heeft om de steun niet aan te vragen, terwijl de oorzaak van de situatie mede het gevolg is van overheidsmaatregelen. Opmerking daarbij verdient dat het Hof in voornoemd arrest heeft bevestigd dat een acute economische crisis aan het oordeel van het Hof niet afdoet. De houdbaarheid van de steunmaatregelen betreft in het bijzonder NOW-1, met een summierere regeling over een ontslagverbod. In NOW-2, die vanaf 1 juni 2020 is gaan gelden, is hierop een correctie aangebracht. In de NOW-2 is de regeling collectief ontslag niet alleen uitdrukkelijk betrokken, maar daaraan is als extra eis toegevoegd dat er overeenstemming moet zijn met de vakbonden over de noodzaak van het door de werkgever voorgestelde aantal te vervallen arbeidsplaatsen. Komt die er niet, dan kunnen partijen gezamenlijk om mediation vragen bij een speciale commissie. De sanctie op het ontbreken van een akkoord of een mediationverzoek is een strafforting op het subsidiebedrag.

- NOW-1

Financiële steun aan bedrijven die door de crisis in economisch zwaar weer verkeren, staat op zich hier niet ter discussie,<sup>91</sup> maar wel de combinatie met het ontslagverbod, wat ook het verbod tot collectief ontslag inhoudt. Hoewel deze eerste regeling maar kort heeft geduurd, kan het toch nog wel van belang zijn om er even bij stil te staan vanwege het verstrekkende karakter ervan. Een analyse kan een les opleveren voor een volgende ernstige crisis. We lopen kort de toetsing af.

Het sociale doel: het voorkomen van massale ontslagen voor veel sectoren van de economie die hun omzet dramatisch zien dalen, en dus het behoud van werkgelegenheid, zal zeker als legitiem doel aanvaard kunnen worden. Het beroep op het belang voor de nationale economie zal op zichzelf niet sterk en dus riskant zijn, waarbij het niet gaat om de ruime financiële ondersteuning, maar om de combinatie met het ontslagverbod. Het is vaste jurisprudentie, zo vermeldden wij reeds, dat een dergelijke algemene grond bij het Hof geen genade vindt.<sup>92</sup> De andere grond: 1. bescherming van werkne-

mers voor wie op grote schaal ontslagen dreigen en 2. behoud van werkgelegenheid zal voor de legitimiteit geen probleem opleveren. Of dat ook geldt voor de evenredigheidstoets is de vraag. Daarbij gaat het om zowel het vereiste van de geschiktheid als de noodzakelijkheid van de maatregelen. Een toetsing aan die vereisten vindt in het geheel niet plaats in de NOW. Elke motivering ontbreekt. Dat mag begrijpelijk zijn gelet op de situatie, maar is geen excuus. In NOW-1 worden ontslagaanvragen bij het UWV binnen de periode dat de regeling geldt, wel behandeld volgens de bestaande procedures, maar worden (financiële) sancties getroffen als de werkgever toch gebruik wenst te maken van de financiële compensatieregeling.<sup>93</sup> De NOW-regeling zwijgt over de collectiefontslagregeling, maar gelet op de regeling van ontslagaanvragen bij het UWV mag ervan worden uitgegaan dat dat geen verschil maakt. Er zij in de kantlijn bij opgemerkt dat het dan in elk geval ontbreekt aan kenbaarheid van wat geldt. In conclusie kan worden gesteld dat de NOW-1 regeling de *scrutiny*-toets niet doorkomt. Een les dus voor een mogelijk volgende keer.

- NOW-2

De regeling in NOW-2 pakt het anders aan. De bescherming van de werknemers en de betrokkenheid van de vakbonden is vergroot vergeleken met de Wmco. De wet wordt niet aangepast, maar om in aanmerking te blijven komen voor de steunmaatregelen zonder korting, wordt de Wmco versterkt met de verplichting om tot overeenstemming te komen over de noodzaak van het aantal te vervallen arbeidsplaatsen met de belanghebbende vereniging van werknemers of bij gebreke daarvan een andere vertegenwoordiging van werknemers. Wordt geen overeenstemming bereikt, dan is een gang naar de STAR, die gaat bemiddelen, verplicht.<sup>94</sup> Dat is een principiële doorbreking van de regeling in artikel 3 Wmco en gaat verder dan voorzien in de Richtlijn. Hier stelt zich wederom de vraag of en hoe zich dit verhoudt tot de ondernemersvrijheden. In navolging van het Hof in de zaak AGET Iraklis kan worden erkend dat een hogere beschermingsgraad voor werknemers binnen de bevoegdheid van de lidstaten blijft, maar daarmee is de zaak niet beslist.

In 'normale tijden' zijn dergelijke ingrepen van de overheid niet voorstelbaar. De Richtlijn ziet immers in eerste instantie op een rol van vakbonden, ervan uitgaande dat zij de belangen van de werknemers het best kunnen behartigen. Dat past ook in de sociale dialoog-gedachte die de EU hoog in het vaandel heeft staan. Men zou zelfs kunnen stellen dat een dergelijke interventie van de overheid het overleg uitholt of zelfs overrulet, en daarmee het recht en de effectiviteit van overleg tussen werkgever en werknemersvertegenwoordigers ten gron-

90. Of de regelingen een succes zijn voor de economie van het land laten we nu niet meewegen.

91. Of hier sprake zou kunnen zijn van 'verboden staatssteun' laten we hier rusten. Dat kan voer voor de (Europees) economisch recht-deskundigen zijn.

92. Zie hiervoor.

93. Art. 13 NOW-1. Zie voor sanctie art. 7 lid 5 NOW-1. Zie hierover ook: J. Terpstra, 'De NOW en bedrijfseconomisch ontslag: de spagaat van een werkgever die loonkostensubsidie aanvraagt, maar tegelijkertijd moet reorganiseren', *TvO* 2020/4, p. 122-130.

94. Art. 9 lid 2 NOW-2. Een sanctie van 5% op het subsidiebedrag wordt ook in art. 9 lid 1 NOW-2 vermeld.

de aantast.<sup>95</sup> We wierpen de vraag al op of dat anders zou worden als er in concrete situaties geen sprake is van een reële tegenmacht van de kant van de werknemers en hun organisaties.<sup>96</sup> Maar ook dan gelden de strenge regels voor een rechtvaardiging van de inbreuk op het recht op ondernemersvrijheid.

## 6. Conclusie

Rondom het thema collectief ontslag in tijden van crises hebben we in deze bijdrage drie onderzoeksvragen behandeld. Het past in deze conclusie terug te komen op de belangrijkste bevindingen ten aanzien van deze vragen.

De eerste, met name reflecterende vraag ziet op de wijzigingen in de Wmco als gevolg van de Kredietcrisis. Welke wijzigingen waren dat en wat waren de achterliggende motieven van die wijzigingen en hoe verhielden die zich tot de Richtlijn? Met de Kredietcrisis werd zichtbaar dat de Wmco kon worden omzeild door de werkgever gekozen ontslagroute en dat dit in de praktijk ook gebeurde. Die omzeilingsmogelijkheid werd door de minister onwenselijk geacht met het oog op het doel van de Wmco en gaf aanleiding tot een wijziging die meebracht dat de vraag of een melding in het kader van de Wmco moet plaatsvinden los is komen te staan van de door de werkgever gekozen ontslagroute, door niet meer uit te gaan van de opzegging van de arbeidsovereenkomst als sleutelbegrip, maar van het begrip beëindiging. Als gevolg hiervan worden thans ook andere vormen van beëindiging dan de opzegging meegeteld in het kader van een collectief ontslag. Met deze wijziging kwam de Wmco overigens meer in lijn met de Richtlijn vanwege de ruime uitleg die het Hof van Justitie aan de term ‘collectief ontslag’ heeft gegeven.

Dat arbeidsrechtelijke wetgeving vaak een *ongoing process* is vanwege bijvoorbeeld veranderingen op de arbeidsmarkt die van invloed zijn op de effectiviteit van bestaande regels, wordt fraai geïllustreerd door het antwoord op de tweede onderzoeksvraag van deze bijdrage. Die vraag betreft de mate waarop in de Wmco rekening wordt gehouden met ‘ontslagen’ van en in de flexibele schil en is ingegeven door de omstandigheid dat in Nederland sprake is van een grote flexibele schil en dat met name onder flexwerkers (uitzendkrachten, tijdelijke arbeidskrachten en oproepkrachten) het verlies aan werkgelegenheid groot is (geweest) als gevolg van de coronacrisis. Hoewel de Wmco uitgaat van een ruim begrip collectief ontslag, vallen daaronder niet het einde

van rechtswege van een tijdelijk contract of de beëindiging door de inlener van de terbeschikkingstelling (van een uitzendkracht), zelfs niet wanneer de reden van het niet verlengen of voorzetten is ingegeven door bedrijfs-economische omstandigheden. Het niet meer oproepen van oproepkrachten zou in juridische zin wel kunnen worden beschouwd als een beëindiging in de zin van de Wmco, maar in de praktijk zullen deze gevallen niet worden meegeteld. De doorgeschoten flexibilisering enerzijds en een wet die onvoldoende rekening houdt met een beëindiging van flexibele arbeidsrelaties anderzijds, gaan ten koste van het doel van de Wmco en de Richtlijn, doordat werkgelegenheid verloren gaat zonder dat vakbonden en de overheid daarbij betrokken worden. In dit onderzoek pleiten wij voor een aanpassing van de wet op dit punt. Die aanpassing is voor werknemers (met name flexwerkers) weliswaar gunstiger dan is voorgeschreven op basis van de Richtlijn, maar dat is toegestaan. Wat ons betreft noopt de Nederlandse situatie zelfs tot een afwijking van de Richtlijn (ten gunste van werknemers) om juist het nuttige effect van de Richtlijn te kunnen waarborgen.

Met betrekking tot het derde punt dat we aan de orde stelden kan allereerst worden opgemerkt dat in de Nederlandse situatie, anders dan in de Griekse, de overheid bij diepe economische crises nimmer gegrepen heeft naar maatregelen die van directe invloed zijn of kunnen zijn op de procedures die op grond van de Wmco en de EU-richtlijnen zijn voorgeschreven. Dat was het geval bij de ernstige economische crisis van 2008-2012. Bij de huidige coronacrisis lijkt dat wat anders te liggen. De NOW-1 en de NOW-2 laten zien dat de overheid, zij het op wat meer indirecte wijze, ondernemers beperkt in hun bedrijfsvoering en dus in hun ondernemingsvrijheid. Dat zou gerechtvaardigd kunnen zijn als de voorwaarden waaronder dat gebeurt, beantwoorden aan de criteria die in de rechtspraak van het Hof zijn ontwikkeld: een legitieme doelstelling, is de regeling en/of de concrete maatregel geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. Ten slotte moet het voor ondernemers duidelijk en kenbaar zijn, zodat zij er hun bedrijfsvoering op kunnen afstemmen.<sup>97</sup> De overheid zal een afweging naar evenredigheid moeten maken tussen bescherming van werknemers en de vrijheid van ondernemen. Die exercitie zal dus vooraf, dat wil zeggen bij het opstellen van de regelingen, moeten worden gedaan. Dat lijkt niet het geval te zijn geweest.

Tot slot willen we nog een punt aanstippen dat hierboven even ter sprake kwam. De regeling collectief ontslag gaat uit van betrokkenheid van vakbonden en/of ondernemingsraden daarbij. De rol van de overheid of overheidsinstanties kan dan zeer marginaal of zelfs afwezig zijn. Toch zou dat anders kunnen liggen in het geval dat het vakbonden en ondernemingsraden aan reële en effectieve overlegmacht ontbreekt, omdat zij óf niet aanwezig óf bijzonder zwak zijn en dus niet als *countervai-*

95. Dat zou een aantasting kunnen zijn van het recht (van werkgevers en werknemers) op collectief onderhandelen dat evenzeer in het EU-Handvest is erkend in art. 28. Overigens ging de Griekse regeling niet zover, omdat overheidsingrijpen eerst aan de orde was als er in het geheel geen overleg met vakbonden heeft plaatsgehad.

96. Hier dringt zich de gedachte op dat er sprake moet zijn van reëel en open overleg.

97. Zoals neergelegd in HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*), r.o. 100-101.

*ling power* kunnen opereren. Dat speelt nog sterker, menen wij, in tijden van economische crises. In die situaties zou het het overwegen waard zijn aan een onafhankelijke instantie een intermediërende rol toe te kennen. In NOW-2 is een dergelijke constructie wel opgenomen waar de STAR een rol van mediator krijgt toegewezen als er geen overeenstemming tussen werkgever en vakbonden kan worden bereikt. Zeker in situaties van economische crises zou een dergelijke constructie dienst kunnen doen om aan de beschermingsdoelstelling recht te doen zonder de ondernemingsvrijheid uit het oog te verliezen. Wellicht zou dat ook kunnen worden overwogen in situaties dat het de overlegpartijen aan werknemerskant aan macht en kracht ontbreekt.