

Zaak C-134/22

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

1 maart 2022

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 januari 2022

Verzoeker tot *Revision*:

MO

Verweerder in *Revision*:

SM als curator in het faillissement van G GmbH

BUNDESARBEITSGERICHT

[OMISSIS]

Uitgesproken op

27 januari 2022

BESLISSING

[OMISSIS]

In de zaak

MO

verzoeker, appellant in hoger beroep en verzoeker tot *Revision*,

[OMISSIS]

SM als curator in het faillissement van G GmbH

verweerder, geïntimeerde in hoger beroep en verweerder in *Revision*,

heeft de zesde Senat van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidzaken, Duitsland; hierna: „BAG”) naar aanleiding van de beraadslaging van 27 januari 2022 [OMISSIS] beslist:

- I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Welk doel heeft artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, volgens hetwelk de werkgever verplicht is de bevoegde overheidsinstantie een afschrift te doen toekomen van ten minste de in de eerste alinea, onder b), i) tot en met v), genoemde gegevens van de schriftelijke mededeling aan de vertegenwoordigers van de werknemers?

- II. De procedure in *Revision* wordt geschorst totdat het Hof uitspraak heeft gedaan op het verzoek om een prejudiciële beslissing.

Motivering

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (hierna: „richtlijn 98/59”).

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding tussen verzoeker en verweerder als curator in het faillissement van G GmbH (hierna: „schuldenaar”). Partijen zijn het oneens over de vraag of het dienstverband door een gewoon ontslag om bedrijfseconomische redenen rechtsgeldig is beëindigd.

A. Voorwerp en feiten van het hoofdgeding

Verzoeker was sinds 1981 bij de schuldenaar als lasser in dienst. Bij beschikking van 1 oktober 2019 heeft het Insolvenzgericht (insolventierechter) op verzoek van de schuldenaar de insolventieprocedure met betrekking tot het vermogen van de schuldenaar ingeleid. Verweerder heeft de positie van werkgever als door de rechter aangewezen curator uit hoofde van zijn ambt overgenomen en de functie van werkgever voor de duur van de insolventieprocedure vervuld.

Op 17 januari 2020 is beslist dat uiterlijk 30 april 2020 alle bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar zouden worden gestaakt. In dit verband was het ontslag van meer dan 10 % van de 195 op het laatst tewerkgestelde werknemers in de periode van

28 tot en met 31 januari 2020 gepland. Na het besluit tot stillegging is met de bij de schuldenaar gevormde ondernemingsraad over een belangencompromis onderhandeld. In dit verband is de ondernemingsraad op 17 januari 2020 het ontwerp voor een belangencompromis toegezonden. Op 22 januari 2020 is het belangencompromis ondertekend. Deze procedure, die in het nationale recht in § 111 en § 112 van het Betriebsverfassungsgesetz (wet op de ondernemingsraden; hierna: „BetrVG”) is neergelegd, moet in geval van een geplande bedrijfsreorganisatie, waaronder volgens de wettelijke definitie onder andere ook een stillegging van het bedrijf valt, de participatie van de werknemers en de afweging van hun belangen waarborgen door tenminste te trachten tot een belangencompromis te komen. Bovendien moeten de als gevolg van een dergelijke maatregel voor de werknemers optredende economische nadelen in het kader van een in beginsel afdwingbaar sociaal plan worden gecompenseerd of in elk geval worden verzacht.

Indien de voorgenomen maatregel – zoals in casu – tevens een collectief ontslag in de zin van richtlijn 98/59 is, moet op grond van § 17, lid 2, van het Kündigungsschutzgesetz (wet inzake ontslagbescherming; hierna: „KSchG”) ook de raadplegingsprocedure met de bevoegde vertegenwoordigers van de werknemers worden uitgevoerd. Beide deelnameprocedures kunnen worden samengevoegd, voor zover de werkgever voldoende duidelijk maakt dat en welke procedures gelijktijdig moeten worden uitgevoerd. Een dergelijke samenvoeging is in Duitsland gebruikelijk. Ook in het in casu op 17 januari 2020 toegezonden ontwerp voor een belangencompromis zijn de procedures op deze manier samengevoegd. Met dit ontwerp is de raadplegingsprocedure met de ondernemingsraad, die volgens de nationale wetgeving het tot vertegenwoordiging van de werknemers bevoegde orgaan is, naar behoren ingeleid en uitgevoerd, nadat deze procedure met de procedure betreffende het belangencompromis was samengevoegd. In zijn definitieve standpuntbepaling van 22 januari 2020 heeft de ondernemingsraad verklaard dat hij geen mogelijkheden zag om de voorgenomen ontslagen te voorkomen.

Het arbeidsbureau Osnabrück, de volgens de nationale wetgeving voor de kennisgevingsprocedure bevoegde overheidsinstantie, heeft echter geen afschrift van de in § 17, lid 2, KSchG bedoelde mededeling aan de ondernemingsraad ontvangen, hetgeen in strijd is met § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG en artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59.

Met het formulier en de begeleidende brief van 23 januari 2020 is het arbeidsbureau Osnabrück naar behoren van het collectieve ontslag in kennis gesteld, waarvan het arbeidsbureau Osnabrück op 27 januari 2020 de ontvangst heeft bevestigd. Vervolgens is onder meer het dienstverband van verzoeker bij een brief die verzoeker op 28 januari 2020 heeft ontvangen, met ingang van 30 april 2020 opgezegd.

Het arbeidsbureau Osnabrück heeft reeds voor 28 en 29 januari 2020 afspraken voor de begeleiding van 153 werknemers gemaakt.

In zijn verzoekschrift heeft verzoeker in het hoofdgeding verzocht om vast te stellen dat het dienstverband niet door het ontslag van 28 januari 2020 werd beëindigd. Verzoeker stelde dat het ontslag nietig is. Hij heeft dit onder meer op het feit gebaseerd dat de schuldenaar het arbeidsbureau geen afschrift van de mededeling aan de ondernemingsraad overeenkomstig § 17, lid 2, KSchG heeft doen toekomen. Volgens § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG en artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 is dit echter geen bijkomende verplichting die ongestraft blijft, maar een voorwaarde voor het van kracht worden van het ontslag. Alleen op die manier wordt gewaarborgd dat het arbeidsbureau in een zo vroeg mogelijk stadium kennis heeft van de op handen zijnde ontslagen, teneinde op dat moment al voorbereidingen te kunnen treffen en zijn bemiddelingsinspanningen daarop af te kunnen stemmen, bijvoorbeeld door met betrekking tot de categorieën werknemers die binnenkort zullen worden getroffen onderzoek naar de arbeidsmarkt te doen.

Verweerder stelde dat het ontslag op grond van het besluit tot stillegging gerechtvaardigd is en ook in andere opzichten geldig is. Het feit dat het arbeidsbureau het afschrift niet overeenkomstig § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG heeft ontvangen, leidt niet tot de nietigheid van het gegeven ontslag. Het doel van deze bepaling is, anders dan bijvoorbeeld de bepalingen inzake de kennisgeving van een collectief ontslag (§ 17, lid 1, KSchG) of de raadplegingsprocedure als zodanig (§ 17, lid 2, KSchG), niet om de door een collectief ontslag getroffen werknemers te beschermen of ontslagen te voorkomen. Het arbeidsbureau kan uit het afschrift niet opmaken welke mogelijkheden de ondernemingsraad ziet om de voorgenomen ontslagen te voorkomen, en de raadplegingen tussen de werkgever en de ondernemingsraad worden door het doen toekomen van het afschrift evenmin beïnvloed. Het doel van het afschrift is slechts om de bevoegde instantie van tevoren in kennis te stellen, maar niet om aan de kennisgevingsplicht zelf te voldoen.

Het Arbeitsgericht (arbeidsrechter in eerste aanleg, Duitsland) en het Landesarbeitsgericht (arbeidsrechter in tweede aanleg van de deelstaat Nedersaksen, Duitsland) hebben respectievelijk het beroep en het hoger beroep van verzoeker verworpen. Met zijn door het Landesarbeitsgericht toegestane beroep in *Revision* streeft verzoeker onveranderd verder naar het doel van zijn beroep.

B. Toepasselijke bepalingen

I. Bürgerliche Gesetzbuch

Het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) van 18 augustus 1896, in de versie zoals gepubliceerd op 2 januari 2002 (BGBl. I, blz. 42), laatstelijk gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 21 december 2021 (BGBl. I, blz. 5252), bepaalt onder meer:

„§ 134 Wettelijk verbod

Een rechtshandeling die indruist tegen een wettelijk verbod is nietig, tenzij de wet anders bepaalt.”

II. Kündigungsschutzgesetz

Met het Kündigungsschutzgesetz (wet inzake ontslagbescherming; hierna: „KSchG”) van 10 augustus 1951, in de versie zoals gepubliceerd op 25 augustus 1969 (BGBl. I, blz. 1317), laatstelijk gewijzigd bij artikel 2 van het Betriebsrätemodernisierungsgesetz (wet inzake modernisering van ondernemingsraden) van 14 juni 2021 (BGBl. I, blz. 1762), wordt in de derde afdeling ervan ook richtlijn 98/59 omgezet. Deze wet bevat onder meer de volgende bepalingen:

„Eerste afdeling. Algemene ontslagbescherming

§ 1 Sociaal ongerechtvaardigde ontslagen

(1) Het ontslag van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst in hetzelfde bedrijf of in dezelfde onderneming meer dan zes maanden ononderbroken heeft geduurd, is nietig wanneer het sociaal ongerechtvaardigd is.

Derde afdeling. Ontslagen met een verplichte kennisgeving

§ 17 Kennisgevingsplicht

(1) De werkgever doet kennisgeving aan het arbeidsbureau voordat hij:

2. in bedrijven met gewoonlijk meer dan 60 maar minder dan 500 werknemers, 10 % van de gewoonlijk in het bedrijf tewerkgestelde werknemers of meer dan 25 werknemers,

[...]

binnen een periode van 30 kalenderdagen ontslaat. Andere vormen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever worden met ontslagen gelijkgesteld.

(2) Indien de werkgever voornemens is over te gaan tot ontslagen waarvoor krachtens lid 1 kennisgeving is vereist, dient hij tijdig de ondernemingsraad de ter zake relevante inlichtingen te verschaffen en hem met name schriftelijk te informeren over:

1. de redenen voor de voorgenomen ontslagen,

2. het aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt en hun beroepscategorieën;
3. het aantal werknemers dat hij gewoonlijk in dienst heeft en hun beroepscategorieën;
4. de periode waarin wordt overwogen de ontslagen te doen plaatsvinden,
5. de beoogde criteria voor het selecteren van de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen,
6. de beoogde criteria voor de berekening van eventuele ontslagvergoedingen.

De werkgever en de ondernemingsraad hebben meer bepaald de mogelijkheid te overleggen, ontslagen te vermijden of te beperken, en de gevolgen ervan te verzachten.

(3) De werkgever is verplicht tegelijkertijd aan het arbeidsbureau een afschrift van de mededeling aan de ondernemingsraad te doen toekomen; het dient ten minste de inlichtingen te bevatten die zijn voorgeschreven in lid 2, eerste volzin, punten 1 tot en met 5. De in lid 1 bedoelde kennisgeving dient schriftelijk te geschieden en het standpunt van de ondernemingsraad inzake de ontslagen dient te worden bijgevoegd. Indien er geen standpunt van de ondernemingsraad is, is de kennisgeving geldig indien de werkgever aantoont dat hij de ondernemingsraad ten minste twee weken vóór het doen van de kennisgeving overeenkomstig lid 2, eerste volzin, heeft ingelicht en hij de voortgang van de raadplegingen toelicht. De kennisgeving moet gegevens betreffende de naam van de werkgever, de zetel en de aard van de onderneming bevatten alsook de redenen voor de voorgenomen ontslagen, het aantal voor ontslag in aanmerking komende en gewoonlijk tewerkgestelde werknemers en hun beroepscategorieën, de periode gedurende welke de ontslagen zullen plaatsvinden en de voorgenomen criteria voor het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers. In de kennisgeving moeten voor de arbeidsbemiddeling, in overleg met de ondernemingsraad, ook gegevens worden verstrekt over het geslacht, de leeftijd, het beroep en de nationaliteit van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers. De werkgever dient de ondernemingsraad een afschrift van de kennisgeving te doen toekomen. De ondernemingsraad kan aanvullende standpuntbepalingen bij het arbeidsbureau indienen. Hij dient de werkgever een afschrift van de standpuntbepaling te doen toekomen.

[...]"

III. Betriebsverfassungsgesetz

Het Betriebsverfassungsgesetz (wet op de ondernemingsraden; hierna: „BetrVG”) van 15 januari 1972 (BGBl. I, blz. 13), in de versie zoals gepubliceerd op 25 september 2001 (BGBl. I, blz. 2518), laatstelijk gewijzigd bij artikel 5 van de wet van 10 december 2001 (BGBl. I, blz. 5162), bepaalt onder meer:

„Vierde deel. Participatie en medezeggenschap van werknemers

[...]

Vijfde afdeling. Personeelszaken

Derde onderafdeling. Individuele personeelsmaatregelen

[...]

§ 102 Medezeggenschap bij ontslag

(1) De ondernemingsraad moet vóór elk ontslag worden gehoord. De werkgever moet hem de redenen voor het ontslag meedelen. Een ontslag dat wordt gegeven zonder dat de ondernemingsraad is gehoord, is nietig.

[...]

Zesde afdeling. Economische zaken

[...]

Tweede onderafdeling. Bedrijfsreorganisaties

§ 111 Bedrijfsreorganisaties

In ondernemingen met in de regel meer dan twintig kiesgerechtigde werknemers dient de ondernemer de ondernemingsraad tijdig en volledig in te lichten over geplande bedrijfsreorganisaties die belangrijke nadelen voor het personeel of een aanzienlijk deel van het personeel tot gevolg kunnen hebben en overleg te voeren met de ondernemingsraad over de geplande reorganisaties. [...] Als reorganisatie in de zin van de eerste volzin gelden:

1. beperking en stillegging van het gehele bedrijf of van wezenlijke bedrijfsonderdelen,

[...]

§ 112 Belangencompromis over de reorganisatie, sociaal plan

(1) Indien tussen ondernemer en ondernemingsraad een belangencompromis over de geplande reorganisatie tot stand komt, dan dient dit schriftelijk te worden vastgelegd en door de ondernemer en de ondernemingsraad te worden ondertekend; [...] Hetzelfde geldt voor een akkoord over de compensatie voor of verzachting van de als gevolg van de geplande reorganisatie voor de werknemers optredende economische nadelen (sociaal plan). Het sociaal plan heeft de werking van een bedrijfsakkoord. [...]"

IV. Relevante bepalingen van Unierecht

Volgens de verwijzende Senat zijn artikel 2, lid 3, tweede alinea, en artikel 6 van richtlijn 98/59 relevant.

C. Noodzaak van een beslissing van het Hof van Justitie en toelichting van de prejudiciële vraag

De beslechting van het geding hangt uitsluitend af van de vraag of het ontslag nietig is wegens de aan de orde zijnde niet-nakoming van de verplichting uit hoofde van § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG, waarbij artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 is omgezet. Verzoeker voert in het beroep in *Revision* geen andere naar nationaal recht mogelijke nietigheidsgronden aan. Volgens de Senat is evenmin sprake van dergelijke andere nietigheidsgronden.

I. Noch richtlijn 98/59 noch het nationale recht voorziet in een uitdrukkelijke sanctie voor fouten in de procedure voor collectief ontslag. Indien een Unierechtelijke richtlijn geen specifieke regeling voor het geval van schending van de bepalingen ervan bevat, is het aan de lidstaten om een sanctie te kiezen. Daarbij moeten zij ervoor zorgen dat schendingen van het gemeenschapsrecht volgens materiële en procedurele regels worden bestraft die overeenkomen met de regels die gelden voor vergelijkbare en even ernstige schendingen van het nationale recht. De sanctie moet daarbij doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn (zie arresten van 21 december 2016, AGET Iraklis, C-201/15, punt 36, en 16 juli 2009, Mono Car Styling, C-12/08, punten 34 e.v.). Derhalve moet zowel het gelijkwaardigheidsbeginsel als het doeltreffendheidsbeginsel – *effet utile* – in acht worden genomen (arrest van het BAG van 13 februari 2020, 6AZR 146/19, BAGE 169, 362, punt 98). Het staat uitsluitend aan de nationale rechterlijke instanties om vast te stellen of de bepalingen van de nationale regeling voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (arresten van 29 oktober 2009, Pontin, C-63/08, punt 49, en 23 april 2009, Angelidaki e.a., C-378/07-C-380/07, punten 163 en 158 e.v.).

II. Overeenkomstig deze beginselen heeft het BAG herhaaldelijk vastgesteld dat niet-nakoming van de verplichtingen die in verband met het collectieve ontslag op de werkgever rusten, op grond van § 134 BGB wegens de hiermee beoogde bescherming van de werknemers tot nietigheid van het ontslag leidt.

1. Volgens deze bepaling is een rechtshandeling die indruist tegen een wettelijk verbod nietig, tenzij de wet anders bepaalt. Het verbod hoeft in dit verband niet direct in de bewoordingen van de wet tot uitdrukking te komen. Het kan ook voortvloeien uit de betekenis en het doel van de betrokken bepaling. Bepalend is hierbij de reikwijdte van het beschermingsdoel van de geschonden norm, in casu dus § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG (zie arresten van het BAG van 21 maart 2013, 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366, punt 20; 22 november 2012, 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47, punt 38, en 19 maart 2009, 8 AZR 722/07, BAGE 130, 90, punt 25).

2. Het BAG heeft de kennisgevingsplicht in de procedure voor collectief ontslag tot nu toe als wettelijk verbod in de zin van § 134 BGB aangemerkt (§ 17, lid 1, juncto lid 3, tweede en derde volzin, KSchG). Dientengevolge is een ontslag nietig wanneer kennisgeving volledig achterwege is gebleven. Het ontslag is eveneens nietig wanneer de werkgever bij de kennisgeving van het collectieve ontslag niet aan de vereisten van § 17, leden 1 en 3, KSchG heeft voldaan. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de werkgever het standpunt van de ondernemingsraad met betrekking tot het ontslag niet bij de kennisgeving heeft gevoegd of wanneer het inlichten van de ondernemingsraad en de voortgang van de raadplegingen niet aannemelijk zijn gemaakt (zie arresten van het BAG van 14 mei 2020, 6 AZR 235/19, BAGE 170, 244, punt 135, en 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, BAGE 169, 362, punt 101 en aangehaalde rechtspraak). Ook fouten in de kennisgevingsprocedure met betrekking tot de volgens § 17, lid 3, vierde volzin, KSchG verplichte gegevens leiden ertoe dat de kennisgeving van het collectieve ontslag ongeldig is en het ontslag bijgevolg nietig is (zie arresten van het BAG van 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, BAGE 169, 362, punt 108, en 28 juni 2012, 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202, punt 50). Er is sprake van hetzelfde rechtsgevolg wanneer de kennisgeving aan een onbevoegd arbeidsbureau wordt gedaan (arrest van het BAG van 13 februari 2020, 6 AZR 146/19, BAGE 169, 362, punt 102).

Indien de werkgever de raadplegingsprocedure in het geheel niet of niet naar behoren overeenkomstig § 17, lid 2, KSchG heeft uitgevoerd, leidt dit op grond van § 134 BGB eveneens tot nietigheid van het ontslag (zie arresten van het BAG van 22 september 2016, 2 AZR 276/16, BAGE 157, 1, punt 36, en 21 maart 2013, 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366, punten 19 e.v.).

3. Het rechtsgevolg van nietigheid van het ontslag in bovengenoemde gevallen wegens schending van een wettelijk verbod in de zin van § 134 BGB komt overeen met het rechtsgevolg dat volgens het nationale recht intreedt bij sociaal ongerechtvaardigd ontslag (§ 1, lid 1, KSchG) of wanneer de ondernemingsraad vóór het geven van het ontslag niet of niet naar behoren in het kader van zijn medezeggenschap over individuele personeelsmaatregelen is gehoord (§ 102, lid 1, derde volzin, BetrVG).

III. De verwijzende Senat kan echter niet zelf vaststellen of de niet-nakoming van de verplichting uit hoofde van § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG om het

arbeidsbureau een afschrift van de mededeling aan de ondernemingsraad te doen toekomen, eveneens tot nietigheid van het ontslag leidt. Om te kunnen beslissen of deze verplichting als een wettelijk verbod in de zin van § 134 BGB dient te worden beschouwd moet, bij gebreke van een uitdrukkelijk neergelegd verbod, het beschermingsdoel van § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG worden bepaald. Dit vereist wederom kennis over het beschermingsdoel van artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 en uitlegging van deze bepaling, hetgeen uitsluitend aan het Hof toekomt in het kader van een prejudiciële verwijzingsprocedure overeenkomstig artikel 267 VWEU (zie arrest van 6 oktober 2021, *Consorzio e.a.*, C-561/19, punten 27-28).

1. Het doel van richtlijn 98/59 is, zoals met name blijkt uit in de tweede overweging ervan, werknemers ook bij collectief ontslag bescherming te bieden (arresten van 21 december 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, punten 27 en 32; 9 juli 2015, *Baikaya*, C-229/14, punt 32, en 17 december 1998, *Lauge e.a.*, C-250/97, punt 19). Het doel van artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 bestaat erin, een gezamenlijk optreden van de werkgever, de voor de kennisgeving van het collectieve ontslag bevoegde instantie – in Duitsland het bevoegde arbeidsbureau – en de vertegenwoordigers van de werknemers te bevorderen, hetgeen de richtlijn beoogt [zie *Proposal for a Council Directive on the harmonization of the legislation of the Member States relating to redundancies* COM (1972) 1400, blz. 3]. Dit kan wellicht alleen effectief worden bereikt indien de bevoegde instantie in een zo vroeg mogelijk stadium kennis van een voorgenomen ontslag van een groter aantal werknemers heeft. Om dit en bijgevolg ook de bescherming van de werknemers te waarborgen, zou de werkgever op grond van artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 verplicht kunnen zijn om de bevoegde instantie het afschrift te doen toekomen.

2. Volgens de verwijzende Senat zijn er echter zwaarwegende argumenten tegen de aanname dat artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 ertoe strekt individuele bescherming te verlenen.

a) Volgens de nationale wetgever moet § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG ervoor zorgen dat het arbeidsbureau in een vroeg stadium in kennis wordt gesteld [OMISSIS]. Deze gedachte vindt zijn oorsprong in de eerdere opvatting van het begrip „ontslag” [„Entlassung”], volgens welke het ontslag plaatsvindt bij het verstrijken van de opzeggingstermijn. Deze opvatting werd in de nationale rechtspraak naar aanleiding van het arrest van het Hof van 27 januari 2005 (*Junk*, C-188/03) losgelaten. „Ontslag” in de zin van § 17, lid 1, KSchG vindt plaats bij ontvangst van de uiting van de wil van de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (vaste rechtspraak van het BAG sinds 23 maart 2006, 2 AZR 343/05, BAGE 117, 281). De eerdere opvatting verklaart ook waarom § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG – die in dit opzicht verdergaat dan de vereisten van richtlijn 98/59 – bepaalt dat de mededeling „gelijktijdig” met het inlichten van de ondernemingsraad moet gebeuren. Deze benadering was gebaseerd op de gedachte van de nationale wetgever dat de raadplegingsprocedure in de regel na het ontslag plaatsvond [OMISSIS].

b) Indien de raadplegingsprocedure, op grond van de thans geldende Unierechtelijke opvatting van het begrip „ontslag”, zoals in casu, plaatsvindt vóór de uiting van de wil om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, kan de krachtens artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 vereiste toezending van de mededeling aan de ondernemingsraad aan het begin van de raadplegingsprocedure echter nog geen invloed op de bemiddelingsactiviteiten van het arbeidsbureau hebben. Op het moment dat de ondernemingsraad in kennis wordt gesteld, staat nog niet vast of en hoeveel werknemers wanneer op de arbeidsmarkt zullen terechtkomen en welke werknemers zullen worden getroffen. Dit moet juist (nog) in de raadplegingsprocedure met de ondernemingsraad worden besproken. Hierdoor moet de ondernemingsraad in de gelegenheid worden gesteld om constructieve voorstellen te doen om het collectieve ontslag te voorkomen of in elk geval te beperken alsook om de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen (arrest van het BAG van 13 juni 2019, 6 AZR 459/18, BAGE 167, 102, punt 27; zie ook arresten van het Hof van 3 maart 2011, Claes, C-235/10 tot en met C-239/10, punt 56, en 10 september 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto e.a., C-44/08, punt 53), en om invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de werkgever (zie arrest van het BAG van 13 juni 2019, 6 AZR 459/18, BAGE 167, 102, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 26 januari 2017, 6 AZR 442/16, BAGE 158, 104, punt 25). Op het in richtlijn 98/59 voorziene tijdstip waarop aan de verplichting van artikel 2, lid 3, tweede alinea, van die richtlijn moet worden voldaan, is een individuele bescherming dus nog helemaal niet mogelijk.

c) De kennisgeving van het collectieve ontslag heeft wederom als doel de bevoegde instantie in staat te stellen om binnen de termijn van artikel 4, lid 1, van richtlijn 98/59 (zogenoemde wachttijd), die in beginsel 30 dagen bedraagt, oplossingen te zoeken voor de problemen die uit het voorgenomen collectieve ontslag voortvloeien (arrest van het Hof van 27 januari 2005, Junk, C-188/03, punten 47 en 51, en arrest van het BAG van 13 juni 2019, 6 AZR 459/18, BAGE 167, 102, punt 31). Dit wordt gepreciseerd in artikel 4, lid 2, van richtlijn 98/59. Volgens richtlijn 98/59 is daarom de in artikel 3, lid 1, van die richtlijn bedoelde kennisgeving van de werkgever pas de aanleiding voor het optreden van de bevoegde instantie. Volgens de verwijzende Senat betekent dit dat de chronologisch gezien voorafgaande verplichting tot toezending als bedoeld in artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 volgens de opzet van de richtlijn daarentegen geen beschermend karakter voor individuele werknemers kan hebben. Een dergelijke conclusie zou ook logisch zijn aangezien, zoals toegelicht, vóór het einde van de raadplegingen met de vertegenwoordigers van de werknemers nog niet definitief vaststaat of en hoeveel werknemers wanneer op de arbeidsmarkt zullen terechtkomen en welke werknemers zullen worden getroffen.

d) Volgens de verwijzende Senat blijkt uit deze overwegingen dat artikel 2, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 98/59 – en dus ook § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG – noch deel van de kennisgeving noch van de raadplegingsprocedure zou kunnen uitmaken en slechts een procedurele bepaling zou kunnen zijn. De schending ervan zou dan ook gelet op de beginselen van gelijkwaardigheid en

doeltreffendheid in het nationale recht niet hetzelfde rechtsgevolg als de schending van de kennisgevings- of raadplegingsplicht vereisen en zou bijgevolg niet leiden tot de nietigheid van het ontslag van de individuele werknemer die door het collectieve ontslag wordt getroffen. Dit geldt temeer daar, zoals blijkt uit het onderhavige geval waarin reeds onmiddellijk na ontvangst van de kennisgeving van het collectieve ontslag afspraken voor de begeleiding van meer dan 100 werknemers waren gepland, de onmiddellijke aanvang van de bemiddelingsactiviteiten ondanks de niet-nakoming van de verplichting uit hoofde van § 17, lid 3, eerste volzin, KSchG kan worden gewaarborgd.

D. [procedurele aanwijzingen] [OMISSIS].

[OMISSIS]

WERKDOCUMENT