

ADVIES Nr. 1.803

Zitting van woensdag 27 juni 2012

Wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012 – Uitvoering van het advies nr. 1.795 – Respect voor de leeftijdspiramide bij collectief ontslag

x x x

2.543-1

A D V I E S Nr. 1.803

Onderwerp : Wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012 - uitvoering van het advies nr. 1.795 - respect voor de leeftijdspiramide bij collectief ontslag

Bij brief van 22 februari 2012 heeft mevrouw DE CONINCK, minister van Werk, het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over het hoofdstuk 4 van titel 9 van de wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012, getiteld "Leeftijdspiramide bij collectief ontslag".

In haar brief vraagt de minister de Raad om een alternatief responsabiliserend systeem uit te werken voor de bepalingen van dit hoofdstuk.

Het advies van de Raad wordt gevraagd tegen 30 juni 2012.

De bespreking van dit dossier werd toevertrouwd aan een werkgroep binnen de Raad.

Op verslag van deze werkgroep heeft de Raad op 27 juni 2012 het volgende advies uitgebracht.

x x x

ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

I. VOORWERP EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG

Mevrouw DE CONINCK, minister van Werk, heeft bij brief van 22 februari 2012 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over het hoofdstuk 4 van titel 9 van de wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012, getiteld "Leeftijdspiramide bij collectief ontslag".

In haar brief vraagt de minister de Raad om een alternatief responsabiliserend systeem uit te werken voor de bepalingen van dit hoofdstuk.

De minister laat weten dat zij dit doet op vraag van de sociale partners in hun advies nr. 1.795 van 7 februari 2012.

In dit advies bogen de sociale partners zich over een voorontwerp van programmawet dat op 24 januari 2012 in eerste lezing door de ministerraad werd aangenomen. Deze tekst neemt een aantal bepalingen in de wetgeving op zodat ondernemingen die tot collectief ontslag overgaan bij die ontslagen de leeftijdspiramide in het bedrijf zouden naleven.

De sociale partners stelden in dit advies dat het hen toekomt om een alternatieve regeling terzake uit te werken en vroegen dat in de wet een machtiging aan de sociale partners zou ingeschreven worden om tegen 30 juni 2012 zo'n regeling uit te werken.

In het hoofdstuk 4 van de wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012 werd vervolgens opgenomen dat het hoofdstuk in werking zou treden op de datum bepaald in een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad.

In haar brief stelt de minister dat het advies van de Raad tegen 30 juni 2012 wordt verwacht en dat indien de regering overtuigd kan worden van het uitgewerkte alternatief systeem, de nodige regelgevende teksten zullen aangenomen worden om het ten uitvoer te brengen.

II. STANDPUNT VAN DE RAAD

A. Algemene beschouwingen

De Nationale Arbeidsraad constateert dat het artikel 6, § 1 van de wet van 29 maart 2012 vereist dat het aantal ontslagen in het kader van het collectief ontslag evenredig gespreid worden over de leeftijdsgroepen (het zogenaamd afspiegelingsprincipe).

De Raad kan de doelstelling van de beschreven maatregel ondersteunen. Er dient vermeden te worden dat bij een collectief ontslag de werknemers die ontslagen worden geselecteerd worden op basis van hun leeftijd.

Zoals in het advies nr. 1.795 reeds werd aangegeven, is de Raad evenwel van oordeel dat het afspiegelingsprincipe, zoals het vorm werd gegeven in de wet van 29 maart 2012, moeilijk inpasbaar is in de Belgische regelgeving inzake collectief ontslag. Hiervoor zijn drie redenen.

Ten eerste, meent hij dat onderhandelde sociale plannen niet systematisch op de helling kunnen worden gezet doordat individuele werknemers hun ontslag betwisten op basis van het niet nageleefd zijn van het afspiegelingsprincipe.

De in het kader van een procedure van collectief ontslag onderhandelde sociale plannen, die uitgaan van een economisch-technisch-organisatorische en essentieel collectieve logica, dienen « beschermd » te worden tegen individuele ontslagbetwistingen. Anders dreigt er een zware hypotheek gelegd te worden op de mogelijkheid van sociaal overleg na de aankondiging van het voornemen om tot collectief ontslag over te gaan en op de rechtszekere afhandeling van een collectief ontslag.

Het is de bedoeling hiertoe « drempels » in de regelgeving op te nemen, om in de mate van het mogelijke rechtszekerheid te creëren voor alle betrokken partijen.

Ten tweede, meent de Raad dat de in de wet opgenomen regeling praktisch moeilijk toepasbaar is.

Niet alleen de toepassing van het afspiegelingsprincipe zelf, namelijk de “evenredige spreiding” van het aantal ontslagen, roept interpretatievragen op, maar ook de manier waarop dit principe wordt getemperd. Daarom dient de regeling van de wet van 29 maart 2012 verduidelijkt te worden wat de onderliggende berekeningswijze betreft.

Bovendien meent hij dat de voorwaarden die het in de wet opgenomen afspiegelingsprincipe stelt, het niet voor alle werkgevers die een collectief ontslag dienen door te voeren, mogelijk zullen maken om hieraan te voldoen. Daarom is hij van oordeel dat de parameters waarmee de werkgever en de werknemersvertegenwoordigers dienen rekening te houden om aan de afspiegeling te voldoen, dienen aangepast te worden.

Ten derde, is de Raad van oordeel dat om de regeling praktisch toepasbaar te maken, zij zich op duidelijke wijze dient te integreren in de tijdslijn van een collectief ontslag.

B. Specifieke beschouwingen

1. Drie concrete voorstellen

De Raad is van oordeel dat aan bovenvernoemde bekommernissen kan tegemoet gekomen worden door de volgende drie maatregelen :

- de verduidelijking dat onder andere het criterium leeftijd niet in aanmerking mag genomen worden om de te ontslagen werknemers te selecteren bij een collectief ontslag;
- het uitwerken van een alternatieve regeling voor de evenredige spreiding van de ontslagen over de leeftijdsgroepen bij collectief ontslag (een aangepast afspiegelingsprincipe);
- het uitwerken van een mechanisme dat zorgt voor meer rechtszekerheid over het feit dat er geen discriminatie is gebeurd op basis van leeftijd indien dit aangepast afspiegelingsprincipe wordt gerespecteerd of indien er redenen aangebracht worden voor het niet respecteren ervan die worden goedgekeurd door de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO.

2. Wat betreft de verduidelijking dat het criterium leeftijd niet in aanmerking mag genomen om de te ontslagen werknemers te selecteren bij een collectief ontslag

a. Het begrip “collectief ontslag” en de redenen ten grondslag eraan

Om zijn démarche te verduidelijken, wil de Raad voorafgaandelijk een aantal beschouwingen wijden aan het begrip “collectief ontslag” en de redenen die aan de grondslag liggen van een ontslag in dit kader.

Het artikel 1 van de richtlijn nr. 98/59 en het artikel 2 van de cao nr. 24 van 2 oktober 1975 bepalen dat onder collectief ontslag dient verstaan te worden elk ontslag, van een aantal werknemers binnen een bepaalde tijdspanne, “om een of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer”.

In de commentaar bij het artikel 2 van de cao nr. 24 wordt verduidelijkt dat de verwijzing naar de redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer overeenstemt met de ontslagredenen die inherent zijn aan de onderneming, hetgeen in het Belgisch recht gelijk staat met de “economische of technische redenen”, die in onze rechtsorde ruim worden opgevat.

Het dient onderlijnd te worden dat het dus inherent is aan een collectief ontslag dat personen dienen ontslagen te worden om economische of technische redenen. Redenen die betrekking hebben op de persoon van de werknemer (zoals zijn leeftijd) liggen bij een collectief ontslag niet aan de oorzaak van de beslissing om te ontslaan.

Alhoewel het feit dat de werkgever werknemers dient te ontslaan bij een collectief ontslag dus economische of technische redenen heeft, zal hij wel een keuze maken wie hij zal ontslaan en hierbij kan hij zich ook laten leiden door andere beweegredenen dan economisch-technische.

b. Ontwerp van wijziging van de commentaar bij artikel 12 van de cao nr. 9

De Raad merkt op dat overeenkomstig het artikel 12 van de cao nr. 9 van 9 maart 1972 de te volgen algemene criteria in geval van ontslagen wegens economische of technische redenen, zullen vastgesteld worden door de ondernemingsraad, op voorstel van het ondernemingshoofd of de werknemersafgevaardigden.

Hij is van oordeel dat het dient gepreciseerd te worden dat de ondernemingsraden bij de vaststelling van de algemene criteria voor een ontslag wegens economische of technische redenen het criterium leeftijd niet in aanmerking mogen nemen.

De Raad heeft hiertoe een ontwerp van wijziging van de commentaar bij het artikel 12 van de cao nr. 9 opgemaakt (in bijlage).

c. Aanpassing van de wet van 29 maart 2012 houdende diverse bepalingen (I)

Verder vraagt de Raad dat in het hoofdstuk 4 van titel 9 van de wet van 29 maart 2012 houdende diverse bepalingen (I) het algemeen principe wordt opgenomen dat bij een collectief ontslag niet tussen de te ontslagen werknemers mag geselecteerd worden op basis van het persoonsgebonden criterium leeftijd.

Indien dit principe in de wet wordt opgenomen, wordt ervoor gezorgd dat dit principe van toepassing is voor het geheel van de regelgeving inzake collectief ontslag.

Hiermee wil de Raad aangeven dat hij de beweegredenen die aan de grondslag liggen van het regeringsinitiatief voor het respect van de leeftijds piramide bij collectief ontslag ondersteunt.

d. De eerste fase in de procedure van een collectief ontslag

De Raad wil er op wijzen dat voornoemde voorgestelde preciseringen hun belang hebben in de eerste fase van de procedure inzake collectief ontslag.

Het artikel 6 van de cao nr. 24 bepaalt dat wanneer de werkgever het voornemen heeft om tot collectief ontslag over te gaan hij de werknemersvertegenwoordigers dient in te lichten en hen hierover te raadplegen.

De werkgever dient een schriftelijke mededeling betreffende zijn voornemen te doen aan de werknemersvertegenwoordigers, een kopie van die mededeling te sturen naar de directeur van de subregionale tewerkstellingsdienst en aan de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO (art. 6 van het KB van 24 mei 1976).

Om hen toe te laten hun opmerkingen en suggesties te formuleren dient de werkgever de werknemersvertegenwoordigers in elk geval mee te delen : de redenen van de voorgenomen ontslagen, de criteria die aangelegd zullen worden bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers, het aantal en de categorieën werknemers die hij gewoonlijk in dienst heeft, de wijze van berekening van eventuele afvloeiingsuitkeringen buiten wet of cao en de periode tijdens dewelke tot ontslag zal worden overgegaan (art. 6 van de cao nr. 24).

Aangezien de informatie en de raadpleging die er op volgt ook betrekking dient te hebben op de mogelijkheden om het collectief ontslag te voorkomen of te verminderen (art. 6 van de cao nr. 24), gaat het hier nog niet over de werknemers die concreet zullen ontslagen worden. Het gaat over het aantal werknemers die eventueel in aanmerking zullen komen voor ontslag en onder meer de criteria om hen te selecteren.

Het is in dit stadium van de procedure dat de hierboven voorgestelde preciseringen een rol zullen spelen.

3. Wat betreft de evenredige spreiding over de leeftijdsgroepen bij collectief ontslag

a. Alternatieve regeling uitgewerkt in een ontwerp van cao

De Raad is van oordeel dat zowel het beginsel van de evenredige spreiding over de leeftijdsgroepen bij collectief ontslag van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012, als zijn berekeningswijze verduidelijkt en aangepast dient te worden.

Hiermee wil hij een aantal interpretatievragen oplossen en tevens een drempel opwerpen tegen individuele ontslagbetwistingen van een gesloten sociaal plan.

De Raad heeft hiertoe een ontwerp van cao opgesteld, die in bijlage bij onderhavig advies werd gevoegd. De minister heeft aangegeven dat indien de regering overtuigd kan worden van het uitgewerkte alternatief systeem, zij dit alternatief zal respecteren. De Raad zal de cao formeel sluiten op het ogenblik dat hij hiervan op de hoogte wordt gebracht.

Hij is van oordeel dat het hoofdstuk 4 van titel 9 van de wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012 in functie hiervan dient aangepast te worden. In het hoofdstuk 4 van titel 9 van de wet houdende diverse bepalingen (I) van 29 maart 2012 dient het beginsel zelf van de evenredige spreiding over de leeftijdsgroepen bij collectief ontslag behouden te blijven, zoals verduidelijkt door de cao. Ook zullen bepaalde andere elementen in de wetgeving/regelgeving dienen opgenomen te worden (de sanctie, de procedure bij afwijking van de evenredige spreiding, het weerlegbaar vermoeden).

b. De tweede fase in de procedure van een collectief ontslag

Voorafgaandelijk aan enige commentaar bij de tekst van het ontwerp van cao, wil de Raad opmerken dat het in de tweede fase van de procedure van een collectief ontslag is dat een werkgever zich dient te plaatsen om na te gaan of het aantal ontslagen in het kader van het collectief ontslag evenredig gespreid zouden zijn over de leeftijdsgroepen in de onderneming.

In deze fase dient de werkgever zijn (eventueel aangepast definitief) voornemen tot collectief ontslag ter kennis te brengen van de directeur van de subregionale tewerkstellingsdienst en hiervan een kopie te bezorgen aan de werknemersvertegenwoordigers en de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO (art. 7 en 8 van het KB van 24 mei 1976).

Deze kennisgeving dient onder andere melding te maken van het bewijs dat de raadplegingsprocedure werd gevolgd, zij dient de redenen van het ontslag te vermelden, het aantal werknemers die voor ontslag in aanmerking komen (ingedeeld naar geslacht, leeftijd, beroeps categorie en afdeling) en het aantal tewerkgestelde werknemers (art. 7 van het KB van 24 mei 1976 en art. 66, § 2 van de wet van 13 februari 1998). Een afschrift van de kennisgeving wordt aangeplakt in de onderneming en toegestuurd aan de werknemers die het voorwerp zijn van het collectief ontslag en van wie de arbeidsovereenkomst reeds een einde heeft genomen.

Het is in dit stadium dat de groep van werknemers die voor ontslag in aanmerking komen dus bepaald dient te worden. In de kennisgeving wordt tevens hun leeftijd vermeld.

Het is dus op dit ogenblik dat de werkgever zich zal dienen te plaatsen om na te gaan of het aantal ontslagen in het kader van het collectief ontslag evenredig gespreid wordt over de leeftijdsgroepen.

c. Toelichting bij het ontwerp van cao in bijlage bij het advies

1) Verduidelijking van het beginsel zelf

Het artikel 63, § 1, eerste lid van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 stelt dat het aantal ontslagen in het kader van collectief ontslag evenredig moet gespreid worden over de leeftijdsgroepen.

Deze formulering werd aangepast in het in bijlage gevoegde ontwerp van cao, teneinde te verduidelijken dat de evenredige spreiding over de leeftijdsgroepen betekent dat het aantal ontslagen in het kader van een collectief ontslag moet verdeeld worden naar evenredigheid van het percentage van elke leeftijdsgroep in het totale aantal werknemers van de onderneming, de afdeling van de onderneming of het volledige activiteitensegment.

2) Wat betreft de aanpassing van de berekeningsregels

a) Het artikel 63, § 1, tweede lid van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 bepaalt dat de leeftijdsgroepen die in aanmerking dienen genomen te worden voor het beginsel van de evenredige spreiding de leeftijdsgroepen van minder dan 30 jaar, van 30 tot minder dan 50 jaar en 50 jaar en ouder zijn.

De Raad is van oordeel dat het aanbeveling verdient om de werknemers van de onderneming in te delen in twee leeftijdsgroepen : minder dan 45 jaar en 45 jaar en ouder.

Er wordt eveneens een onderscheid gemaakt tussen deze twee leeftijdsgroepen in het kader van het activerend beleid bij herstructureringen (KB van 9 maart 2006) en wat betreft outplacement (de wet van 5 september 2001 en de cao nr. 82 van 10 juli 2002. Op deze wijze wordt gezorgd voor een coherentie in de regelgeving.

b) Het artikel 63, § 1, tweede en derde lid van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 bepalen dat de indeling van de werknemers van de onderneming in de leeftijdsgroepen dient te gebeuren op het ogenblik van de kennisgeving bedoeld in art. 7 van het KB van 24 mei 1976 en dat met ditzelfde ogenblik rekening wordt gehouden voor het bepalen van de leeftijd van de personen.

Zoals hierboven reeds aangeduid, is de Raad van oordeel dat men op dit ogenblik in de procedure van collectief ontslag (de tweede fase) zicht heeft op het aantal werknemers dat in aanmerking komt voor ontslag en dat de berekening van de evenredige spreiding op dit ogenblik dus op nuttige wijze kan gebeuren.

- c) Het artikel 63, § 2 van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 bepaalt dat indien de ontslagen enkel plaatsvinden in één of meerdere afdelingen of activiteitensegmenten, er enkel rekening dient gehouden te worden met de werknemers die tewerkgesteld zijn in de betrokken afdelingen of activiteitensegmenten.

De Raad is van oordeel dat dit toelaat de evenredige spreiding van het aantal ontslagen over een voor die ontslagen werknemers relevante groep van werknemers te beoordelen.

Het begrip “afdeling van een onderneming” komt ook voor in de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van de ondernemingen (art. 2), maar wordt er niet gedefinieerd. Cassatierechtspraak heeft het begrip gedefinieerd als een onderdeel van een onderneming dat een zekere samenhang vertoont en zich onderscheidt van de rest van de onderneming door een eigen technische onafhankelijkheid en door een onderscheiden duurzame activiteit of bedrijvigheid en personeelsgroep (Cass. 4 februari 2002).

Het begrip “activiteitensegment” wordt door het koninklijk besluit van 28 december 2011 ingevoegd in het artikel 18, § 7 van het koninklijk besluit van 3 mei 2007 (betreffende de “werkloosheid met bedrijfstoeslag”). Wat dient verstaan te worden onder dit begrip dient nog bepaald te worden bij een in de ministerraad overlegd koninklijk besluit en na advies van de Nationale Arbeidsraad.

De Raad is van oordeel dat deze begrippen in het kader van de in bijlage gevoegde cao op dezelfde wijze dienen begrepen te worden als in de regelgeving waarin ze reeds voorkomen en vraagt dat wat het begrip “activiteitensegment” betreft, hij op korte termijn om advies hieromtrent gevraagd wordt.

- d) Het artikel 63, § 4 van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 bepaalt dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk buiten beschouwing gelaten worden (voor wat betreft het aantal werknemers in de onderneming en het aantal ontslagen), tenzij de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst ten gevolge van het collectief ontslag plaatsvindt voor het verstrijken van de termijn of voor de voltooiing van het werk.

De Raad kan akkoord gaan met deze regeling, aangezien deze overeenstemt met hetgeen reeds voorzien is in de regelgeving betreffende het collectief ontslag (art. 3 van het KB van 24 mei 1976).

- e) Het artikel 63, § 5 van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 bepaalt dat de werknemers die in de onderneming een sleutelfunctie hebben, niet in aanmerking kunnen worden genomen in de berekening.

De Raad wenst verschillende bemerkingen te maken bij deze regeling. Deze bemerkingen vinden hun weerslag in de tekst van het ontwerp van cao in bijlage van dit advies gevoegd.

Ten eerste, wil de Raad opmerken dat het niet in aanmerking nemen van de sleutelfuncties in de berekening een loutere mogelijkheid is. Men kan er voor opteren om de personen die een sleutelfunctie bekleden in de onderneming af te trekken van het voor de berekening in aanmerking te nemen aantal werknemers van de onderneming (waardoor de onderlinge verhouding tussen de leeftijdsgroepen kan wijzigen en dus het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep kan ontslagen worden).

Deze bepaling is ingegeven vanuit de bekommernis om de ondernemingen toe te laten om een andere verdeling van de ontslagen tussen de leeftijdsgroepen te doen, teneinde de personen die sleutelfuncties in hun onderneming uitoefenen aan het werk te kunnen houden na het collectief ontslag, gezien hun belangrijke rol voor de verderzetting van de activiteiten van de onderneming.

Ten tweede, stelt de Raad voor om de volgende omschrijving van dit begrip te gebruiken : "de werknemer die op het ogenblik van het collectief ontslag of na het collectief ontslag een dermate belangrijke rol heeft in de onderneming dat zijn afwezigheid de arbeidsorganisatie van het bedrijf in het gedrang zou brengen en waarvoor geen oplossing kan worden gevonden door verschuiving van personeel of interne mutatie".

Ten derde, wijst de Raad er op dat de ondernemingen voor hun berekening rekening moeten kunnen houden met de personen die op dat ogenblik sleutelfuncties uitoefenen in de onderneming, maar ook met de personen die na het doorvoeren van het collectief ontslag een sleutelfunctie in de onderneming zullen hebben.

Ten vierde, is de Raad van oordeel dat tevens aan de ondernemingen de mogelijkheid dient gegeven te worden om personen die een knelpuntberoep uitoefenen in hun onderneming niet mee op te nemen in de berekening.

Op deze wijze wordt aan de ondernemingen de mogelijkheid gegeven om personen die een knelpuntberoep uitoefenen in dienst te houden, aangezien het voor hen te moeilijk zou zijn om deze functies opnieuw in te vullen.

Onder "knelpuntberoep" wordt begrepen de knelpuntberoepen die voorkomen op de lijsten die de bevoegde gewestelijke diensten voor arbeidsbemiddeling bijhouden.

Het aantal personen die in de onderneming een knelpuntberoep uitoefenen, dient berekend te worden op het moment dat de kennisgeving bedoeld in artikel 7 van het koninklijk besluit van 24 mei 1976 dient te gebeuren.

- f) Het artikel 63, § 3 van de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 bepaalt dat per leeftijdsgroep een afwijking wordt aanvaard van 10 % ten opzichte van een strikte spreiding van het aantal ontslagen over de leeftijdsgroepen.

De Raad is van oordeel dat deze regel dient behouden te blijven, zodat aan de ondernemingen enige marge gegeven wordt om de verdeling van de ontslagen tussen de leeftijdsgroepen aan te passen in functie van de economische noden van de onderneming.

Het artikel 63, § 3, tweede lid van bovengenoemde wet van 29 maart 2012 stelt dat een koninklijk besluit overlegd in de ministerraad naargelang de grootte van de onderneming zou kunnen voorzien in afwijkende percentages of de toegelaten afwijking uitdrukken in koppen. Gezien de alternatieve regeling die hij heeft geformuleerd in het ontwerp van cao in bijlage, is de Raad van oordeel dat deze bepaling overbodig is en dient opgeheven te worden.

In de tekst van het ontwerp van cao die in bijlage bij onderhavig advies wordt gevoegd worden de afrondingsregels gespecificeerd, zodat men steeds rekent met minimum 1 persoon.

3. Wat betreft de mechanismen om voor meer rechtszekerheid te zorgen over het feit dat er geen discriminatie is gebeurd op basis van leeftijd

De Raad is van oordeel dat het aanbeveling verdient om in de wetgeving mechanismen op te nemen die zorgen voor meer rechtszekerheid over het feit dat er geen discriminatie is gebeurd op basis van leeftijd, zodat een drempel wordt ingevoerd tegen betwistingen door individuele werknemers van hun ontslag in het kader van een collectief ontslag op basis van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007.

a. De context : de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007

De antidiscriminatiewet voorziet dat elke vorm van discriminatie verboden is wat betreft o.a. de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagselectie (art. 5, § 2, 3° en 14 van de antidiscriminatiewet).

Een ontslagen werknemer kan aanvoeren dat hij slachtoffer is van een indirecte discriminatie indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze een persoon gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium (leeftijd) in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, zonder dat dit verantwoord kan worden (art. 4, 8° en 9° van de antidiscriminatiewet).

De memorie van toelichting bij de bovenvermelde wet van 29 maart 2012 stelt dat het instellen van een afspiegelingsprincipe beoogt om de onrechtstreekse discriminatie van (duurdere) oudere werknemers bij collectief ontslag tegen te gaan.

De Raad heeft hierboven reeds aangeduid dat hij de doelstelling van de invoering van een afspiegelingsprincipe ondersteunt.

De Raad is evenwel van oordeel dat het nodig is om een extra “drempel” in de regelgeving op te nemen, zodat de in het kader van een procedure van collectief ontslag onderhandelde sociale plannen, die uitgaan van een economisch-technisch-organisatorische en essentieel collectieve logica, enigszins « beschermd » worden tegen individuele ontslagbetwistingen.

Hij meent dat deze drempel voor de betwisting door een individuele werknemer van zijn ontslag (in het kader van een collectief ontslag) op grond van de antidiscriminatiewet verschillend kan zijn in functie van de situatie waarin de onderneming zich bevindt.

b. Eerste hypothese : de evenredige spreiding werd gerespecteerd

De Raad vraagt dat voor de situatie waarbij de “evenredige spreiding” door de werkgever wordt nageleefd,

- hetzij in de wetgeving uitdrukkelijk wordt opgenomen dat er geen discriminatie op grond van de anti-discriminatiewet is, aangezien het onderscheid tussen werknemers (op grond van hun toebehoren tot een bepaalde leeftijdsgroep) “wordt opgelegd door of krachtens de wet”. Dit kan eventueel gebaseerd worden op het artikel 11, § 1 van de antidiscriminatiewet;
- hetzij in de wetgeving een weerlegbaar vermoeden (ten voordele van de werkgever) wordt opgenomen dat indien de “evenredige spreiding” door de werkgever wordt nageleefd er bij het ontslag van een welbepaalde werknemer geen discriminatie is gebeurd op basis van het criterium leeftijd;

- hetzij een andere oplossing wordt gezocht om ervoor te zorgen dat inden de “evenredige spreiding” door de werkgever wordt nageleefd, er meer rechtszekerheid is over het feit dat er geen discriminatie is gebeurd op basis van leeftijd.

c. Tweede hypothese : de evenredige spreiding werd niet gerespecteerd

Voor het geval niet voldaan kan worden aan de voorwaarde van de “evenredige spreiding”, vraagt de Raad dat een weerlegbaar vermoeden (ten voordele van de werkgever) in de wetgeving wordt opgenomen dat er geen discriminatie is gebeurd op basis van het criterium leeftijd wanneer de werkgever economische, technische of organisatorische redenen aanbrengt om een afwijking van de “evenredige spreiding” te rechtvaardigen en deze door een derde instantie worden aanvaard.

De modaliteiten voor het aanbrengen van deze economische, technische of organisatorische redenen zijn de volgende :

- deze worden bezorgd aan de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO;
- tezamen met de berekening voor de onderneming van de spreiding van de ontslagen (opdeling in leeftijdsgroepen, sleutelfuncties enz);
- tezamen met de kopie van de kennisgeving van het definitief voornemen tot collectief ontslag aan de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO (op basis van art. 7, derde lid KB van 24 mei 1976);
- de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO dient de afwijking ten opzichte van de “evenredige spreiding” goed te keuren binnen een termijn van 15 dagen. Het ontbreken van een beslissing binnen die termijn geldt als een goedkeuring. Het is immers de bedoeling dat deze procedure zich inschrijft in de bestaande procedure inzake collectief ontslag zonder deze te verlengen;
- Het gaat om het prima facie gerechtvaardigd zijn van de afwijking ten opzichte van de “evenredige spreiding” in het licht van de aangebrachte redenen.

- een sociaal plan waarin deze ontslagen zijn opgenomen kan slechts gesloten worden onder opschortende voorwaarde van de goedkeuring (of aflopen van de beslissingstermijn zonder uitspraak).

4. Sanctie

De Raad constateert dat het artikel 64 van hoger vermeldde wet bepaalt dat indien een werkgever in het kader van een collectief ontslag overgaat tot een ontslag van werknemers zonder dat voldaan werd aan het afspiegelingsprincipe, hij het recht verliest op de structurele vermindering van RSZ-bijdragen en de doelgroepverminderingen die hij ontvangen heeft in het kwartaal van de kennisgeving bedoeld in artikel 7 van het koninklijk besluit van 24 mei 1976 en in de daaraan voorafgaande zeven kwartalen voor de werknemers die werden ontslagen in het kader van het collectief ontslag en die op het ogenblik van die kennisgeving minstens 50 jaar waren.

De Raad is van oordeel dat deze bepaling op verschillende punten onduidelijk is en hierdoor tot rechtsonzekerheid leidt.

Zo stelt zich de vraag op welk ogenblik men zich dient te plaatsen om na te gaan of aan het afspiegelingsprincipe werd voldaan. Er dient immers rekening mee gehouden te worden dat door omstandigheden in de onderneming eventueel minder personen dienen ontslagen te worden dan oorspronkelijk voorzien of dat bepaalde personen zelf beslissen de onderneming te verlaten.

Ook kan de vraag gesteld worden of er geen proportionaliteit dient te zijn van de sanctie in functie van de mate van overschrijding van het aantal ontslagen per leeftijdsgroep op basis van het afspiegelingsprincipe.

Gezien deze onduidelijkheden, is de Raad van oordeel dat de bovengenoemde wet van 29 maart 2012 op dit punt dient aangepast te worden.

Zo dient er in elk geval rekening gehouden te worden met de hierboven voorgestelde procedure waarbij de werkgever die het afspiegelingsprincipe niet kan naleven, economische, technische of organisatorische redenen kan aanbrengen die het ontslag van de betrokken werknemers rechtvaardigen.

Indien deze door de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO worden aanvaard, kan er geen sanctie opgelegd worden.

Indien deze door de voorzitter van het directiecomité van de FOD WASO niet kunnen worden aanvaard, is er nog steeds de mogelijkheid om het sociaal plan te heronderhandelen, dat onder opschortende voorwaarde van de goedkeuring werd afgesloten, zonder dat er reeds een sanctie kan opgelegd worden.

Het sanctiemechanisme dient rekening te houden met de hierboven aangehaalde opmerkingen en met het alternatief afspiegelingsprincipe uitgewerkt door de Raad (in zijn ontwerp van cao) en dient voldoende rechtszekerheid te bieden en uitvoerbaar te zijn.

5. Slotbeschouwingen

De Raad vraagt zo spoedig mogelijk op de hoogte te worden gebracht van het gevolg dat aan zijn advies zal worden gegeven en van de aangepaste wettelijke bepalingen, om een besluit te kunnen nemen over de aanneming van de cao-bepalingen waarnaar hij in dit advies verwijst.

Bijlage 1

ONTWERP VAN COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMST OVER DE NALEVING VAN DE LEEFTIJDSPIRAMIDE IN GEVAL VAN COLLECTIEF ONTSLAG

Gelet op de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités;

Gelet op het koninklijk besluit van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag;

Gelet op de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 9 van 9 maart 1972 houdende ordening van de in de Nationale Arbeidsraad gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden, en de bepalingen van die collectieve arbeidsovereenkomst over de informatie die moet worden verstrekt in geval van collectief ontslag;

Gelet op de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 10 van 8 mei 1973 betreffende het collectief ontslag;

Gelet op de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 24 van 2 oktober 1975 betreffende de procedure van inlichting en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag;

Overwegende dat punt 2.1.3. van het regeerakkoord van 1 december 2011, over de tewerkstelling van oudere werknemers bepaalt dat de wetgeving zal worden aangepast opdat de ondernemingen die tot een collectief ontslag overgaan de leeftijdspiramide in het bedrijf zouden naleven;

Overwegende dat de ondertekenende partijen van mening zijn dat de problematiek van de naleving van de leeftijdspiramide in geval van collectief ontslag een gemeenschappelijke bekommerning is van de sociale partners;

Hebben de navolgende interprofessionele organisaties van werkgevers en van werknemers

op ... in de Nationale Arbeidsraad de volgende collectieve arbeidsovereenkomst gesloten.

HOOFDSTUK I – ONDERWERP EN TOEPASSINGSGBIED

A. Onderwerp

Artikel 1

Deze collectieve arbeidsovereenkomst heeft tot doel de voorwaarden en nadere regels voor de naleving van de interne leeftijdspiramide te bepalen voor een onderneming die overgaat tot een collectief ontslag.

B. Toepassingsgebied

Artikel 2

§ 1. Deze collectieve arbeidsovereenkomst is van toepassing op de onderneming die overgaat tot een collectief ontslag, zoals bedoeld in het koninklijk besluit van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag.

§ 2. Ze geldt voor de ondernemingen die gedurende het kalenderjaar dat het collectief ontslag voorafgaat gemiddeld meer dan 20 werknemers tewerkstelden.

Het gemiddelde van de tijdens een kalenderjaar tewerkgestelde werknemers wordt berekend overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 2 en 3 van het koninklijk besluit van 5 december 1969 betreffende de aangifte van collectieve afdankingen en de kennisgeving van vacante betrekkingen.

Artikel 3

Deze overeenkomst is niet van toepassing op de ondernemingen die overgaan tot een collectief ontslag in het kader van:

1° een faillissementsprocedure;

2° een gerechtelijke ontbinding overeenkomstig artikel 41, § 1 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen;

- 3° een sluiting van een onderneming in de zin van artikel 3, § 1 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van de ondernemingen, voor zover het gaat om een volledige sluiting die betrekking heeft op alle werknemers van de onderneming.

HOOFDSTUK II – DEFINITIES

Artikel 4

Voor de toepassing van deze overeenkomst moet worden verstaan onder:

- 1° onderneming: de technische bedrijfseenheid, zoals dat begrip is omschreven in artikel 14 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven en in de besluiten ter uitvoering van die wet;
- 2° werknemer: de persoon die is tewerkgesteld krachtens een arbeidsovereenkomst of een leerovereenkomst;
- 3° collectief ontslag: elk ontslag om een of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, dat in de loop van een periode van zestig dagen een aantal werknemers treft dat:
- ten minste 10 bedraagt in ondernemingen waar gemiddeld meer dan 20 maar minder dan 100 werknemers zijn tewerkgesteld;
 - ten minste 10 % van het aantal werknemers bedraagt in ondernemingen waar gemiddeld ten minste 100 maar minder dan 300 werknemers zijn tewerkgesteld;
 - ten minste 30 bedraagt in ondernemingen waar gemiddeld ten minste 300 werknemers zijn tewerkgesteld;
- 4° aantal tewerkgestelde werknemers: het gemiddelde aantal werknemers die gedurende het kalenderjaar dat aan het ontslag voorafgaat, waren tewerkgesteld of, indien de onderneming in dat jaar geen activiteit heeft gehad, het gemiddelde aantal werknemers die gedurende het lopende kalenderjaar zijn tewerkgesteld;

- 5° werknemer die een sleutelfunctie uitoefent: de werknemer die op het ogenblik van het collectief ontslag of na het collectief ontslag een dermate belangrijke rol heeft in de onderneming dat zijn afwezigheid de arbeidsorganisatie van het bedrijf in het gedrang zou brengen en waarvoor geen oplossing kan worden gevonden door verschuiving van personeel of interne mutatie;
- 6° knelpuntfuncties: de functies die voorkomen op de lijsten die de gewestelijke diensten voor arbeidsbemiddeling bijhouden;
- 7° afdeling van de onderneming: de afdeling van de onderneming, zoals bedoeld in artikel 2 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van de ondernemingen;
- 8° volledig activiteitensegment: het begrip "volledig activiteitensegment" zoals bedoeld in artikel 18, § 7 van het koninklijk besluit van 3 mei 2007 tot regeling van het stelsel van werkloosheid met bedrijfstoeslag.

Commentaar

De begrippen "onderneming", "werknemer", "collectief ontslag" en "aantal tewerkgestelde werknemers" in artikel 4, 1° tot 4°, zijn de begrippen die zijn bepaald in het koninklijk besluit van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag.

In een arrest van 4 februari 2002 heeft het Hof van Cassatie de afdeling van de onderneming als volgt omschreven: "Een afdeling van een onderneming is een onderdeel van een onderneming dat een zekere samenhang vertoont en zich onderscheidt van de rest van de onderneming door een eigen technische onafhankelijkheid en door een onderscheiden duurzame activiteit of bedrijvigheid en personeelsgroep."

Volgens artikel 18, § 7 van het voornoemde koninklijk besluit van 3 mei 2007 wordt in een koninklijk besluit overlegd in de ministerraad en na advies van de Nationale Arbeidsraad bepaald wat wordt verstaan onder "volledig activiteitensegment".

HOOFDSTUK III – NALEVING VAN DE LEEFTIJDSPIRAMIDE

A. Beginsel

Artikel 5

- § 1. Het aantal ontslagen in het kader van een collectief ontslag moet verdeeld worden naar evenredigheid van het percentage van elke leeftijdsgroep in het totale aantal werknemers van de onderneming, de afdeling van de onderneming of het volledige activiteitensegment.

De in het eerste lid bedoelde leeftijdsgroepen zijn de werknemers onder de 45 jaar en de werknemers van 45 jaar en ouder; daarbij wordt rekening gehouden met de leeftijd op het ogenblik van de kennisgeving van het voornemen om tot collectief ontslag over te gaan, zoals bedoeld in artikel 7 van het genoemde koninklijk besluit van 24 mei 1976.

Voor de toepassing van het eerste lid gebeurt de verdeling op het ogenblik van de kennisgeving van het voornemen om tot collectief ontslag over te gaan, zoals bedoeld in artikel 7 van het genoemde koninklijk besluit van 24 mei 1976.

- § 2. Voor toepassing van dit hoofdstuk worden de werknemers verbonden met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk buiten beschouwing gelaten, behalve indien de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten gevolge van het collectief ontslag plaatsvindt voor het verstrijken van de termijn of voor de voltooiing van het werk.
- § 3. Van de bepalingen van artikel 5, § 1 kunnen worden uitgesloten, de werknemers die een sleutelfunctie uitoefenen.

Die werknemers worden niet in aanmerking genomen bij de vaststelling van de evenredige verdeling over de leeftijdsgroepen.

- § 4. Van de bepalingen van artikel 5, § 1 kunnen worden uitgesloten, de werknemers die een knelpuntfunctie uitoefenen.

Die werknemers worden niet in aanmerking genomen bij de vaststelling van de evenredige verdeling over de leeftijdsgroepen.

§ 5. Indien de ontslagen maar een of meer afdelingen of een of meer volledige activiteitensegmenten betreffen, zal voor de toepassing van paragraaf 1 alleen rekening worden gehouden met de werknemers die zijn tewerkgesteld in de betrokken afdelingen of volledige activiteitensegmenten.

Commentaar

De ondernemingen die het wensen, kunnen op basis van artikel 5, § 3 de ontslagen anders verdelen over de leeftijdsgroepen, om na het ontslag de werknemers met een sleutelfunctie in dienst te houden, gezien hun belangrijke rol voor de voortzetting van de activiteiten van de onderneming.

Artikel 5, § 4 biedt de mogelijkheid de werknemers die een knelpuntfunctie uitoefenen in dienst te houden, gelet op de moeilijkheden die de onderneming zou kunnen ondervinden om die functies opnieuw in te vullen.

B. Afwijkingen

Artikel 6

Voor de toepassing van artikel 5 kan de onderneming in afwijking van het beginsel van een strikte toepassing van de evenredige verdeling van het aantal ontslagen over de leeftijdsgroepen een marge van 10 % van het totale aantal ontslagen per leeftijdsgroep toepassen, met een minimum van één werknemer.

C. Berekeningswijze

Artikel 7

§ 1. Het aantal ontslagen voor elke leeftijdsgroep, zoals bedoeld in artikel 5, § 1, wordt als volgt berekend:

- 1° vaststelling van het totale aantal werknemers dat is tewerkgesteld in de onderneming, de afdeling van de onderneming of het volledige activiteitensegment, met uitsluiting van de werknemers bedoeld in artikel 5, § 2;
- 2° eventuele substractie van de werknemers met sleutelfuncties en/of knelpuntfuncties;

- 3° vaststelling van het percentage van elke leeftijdsgroep in het totale aantal werknemers, zoals verkregen onder 2°;
- 4° evenredige verdeling van de ontslagen per leeftijdsgroep, met naleving van de percentages zoals verkregen onder 3°;
- 5° eventuele toepassing van een afwijkende marge in elke leeftijdsgroep van maximum 10 % van het totale aantal ontslagen, met een minimum van één werknemer in elke leeftijdsgroep, zoals bepaald in artikel 6.

§ 2. Voor de toepassing van deze overeenkomst worden de decimale getallen afgerond op de lagere eenheid voor de decimalen van 1 tot 4 en op de hogere eenheid voor de decimalen van 5 tot 9.

Bijlage 2

ONTWERP VAN WIJZIGING VAN DE COMMENTAAR BIJ DE COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMST NR. 9 VAN 9 MAART 1972 HOUDENDE ORDENING VAN DE IN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD GESLOTEN NATIONALE AKKOORDEN EN COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMSTEN BETREFFENDE DE ONDERNEMINGSRADEN

Op ... hebben de in de Nationale Arbeidsraad vertegenwoordigde werkgevers- en werknemersorganisaties een collectieve arbeidsovereenkomst nr. gesloten met betrekking tot het respect voor de leeftijdspiramide bij collectief ontslag.

Die collectieve arbeidsovereenkomst heeft tot doel om uitvoering te geven aan het punt 2.1.3. van het regeerakkoord van 1 december 2011 dat voorziet dat de wetgeving zal worden aangepast opdat de ondernemingen die tot een collectief ontslag overgaan de leeftijdspiramide in het bedrijf zouden naleven.

Wat betreft het artikel 12 – Uitvoering van artikel 15 e) van de wet houdende organisatie van het bedrijfsleven - Vaststelling van de algemene criteria, te volgen in geval van afdankingen en van wederaanwerving - van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 9

De commentaar bij artikel 12 wordt aangevuld met een nieuwe tekst, luidend als volgt :

“In toepassing van het artikel 6, § 1 van de cao nr. ... dient het aantal ontslagen in het kader van een collectief ontslag verdeeld te worden over twee leeftijdsgroepen (de werknemers van minder dan 45 jaar en diegenen van 45 jaar en ouder), naar evenredigheid van het deel dat elke leeftijdsgroep vertegenwoordigt in het totaal aantal werknemers van de onderneming.

Deze regel werd ingevoerd om te vermijden dat bij een collectief ontslag de werknemers die ontslagen worden geselecteerd worden op basis van hun leeftijd.

Hieruit volgt dat de ondernemingsraden bij de vaststelling van de algemene criteria voor een ontslag wegens economische of technische redenen het criterium leeftijd niet in aanmerking mogen nemen. “
