

Tilburg University

Arbeidsvoorwaarden bij fusie of overname

Jellinghaus, S.F.H.; Vermaak, B.

Publication date:
2011

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Jellinghaus, S. F. H., & Vermaak, B. (2011). *Arbeidsvoorwaarden bij fusie of overname*. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Sociaal Beleid In Europa



10160619

19 M

**Arbeidsvoorwaarden
bij fusie of overname**
Steven Jellinghaus en Bob Vermaak

10^A

1. INLEIDING	3
1.1 Wat is een fusie of overname?	4
1.2 Intermezzo - juridische achtergrond	5
1.3 Verschillende methoden tot fusie/overname	6
1.3.1 De aandelenoverdracht	6
1.3.2 De bestuurlijke fusie	7
1.3.3 De juridische fusie	7
1.3.4 De verkoop van eigendommen (activa-passivatransactie)	8
2. ARBEIDSVOORWAARDEN OP HET MOMENT VAN DE FUSIE OF OVERNAME	10
2.1 Algemeen	10
2.2 De overgang van onderneming	11
3. ARBEIDSVOORWAARDEN NA EEN FUSIE OF EEN OVERNAME	15
3.1 Inleiding	15
3.2 Het ontwikkelen van nieuwe arbeidsvoorwaarden	16
3.3 De procedure tot invoering van een nieuw arbeidsvoorwaardenpakket	18
3.4 De overgangsregeling	21
3.4.1 De gelijke of betere regeling	21
3.4.2 De uitsterfvariant	22
3.4.3 Detachering	23
3.4.4 De persoonlijke toeslag	23
3.4.5 De afkoopregeling	24
4. DE POSITIE VAN DE MEDEZEGGENSCHAP	25
5. WERKWIJZE, AANDACHTSPUNTEN EN VRAGEN	26

Dit **Themakatern** maakt deel uit van **Sociaal beleid**, een uitgave van

Kluwer

Postadres redactie:

Alphentekst bv

Workumstraat 39

8244 EJ Lelystad

Telefoon 0320 411 467

E-mail info@alphentekst.nl

Voor abonnementen en bestellingen:

Kluwer, afdeling klantenservice

telefoon 0570 67 33 57

Samenstellers en uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen.

Niettemin kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor eventueel in deze uitgave voorkomende onjuistheden.

ISSN: 1384 - 6582

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

1. Inleiding

Fusies en overnames zijn aan de orde van de dag. Sommige ondernemingsraden hebben er vaker mee te maken dan anderen. Een fusie of overname is voor de werknemer altijd een ingrijpende aangelegenheid. Zijn vaste arbeidsomgeving zal wijzigen. Met andere woorden: een onzekere toekomst. Daarnaast gaat het regelmatig ook gepaard met enige vorm van emotie.

Dit katern besteedt aandacht aan de gevolgen die een fusie of overname met zich kan meebrengen voor de bij de werkgever in de marktsector van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden. Kunnen deze bijvoorbeeld wijzigen? In het verlengde hiervan ontstaat de vraag welke positie de ondernemingsraad binnen dit geheel kan innemen. Zowel juridisch alsook strategisch. Ook hierop zullen wij in dit katern nader ingaan.

De inhoudelijke beperking van deze uitgave brengt (helaas) met zich mee dat er geen aandacht kan worden besteed aan de organisatorische wijzigingen die een fusie/overname en een daarop volgende integratie met zich mee kunnen brengen, noch aan de sociale regelingen die deze wijzigingen moeten ondervangen, zoals herplaatsings- en ontslagregelingen. Een samenstel van dergelijke regelingen wordt veelal een sociaal plan, een sociaal (beleids)kader of een sociaal statuut genoemd. Hiervoor wordt verwezen naar de hiervoor beschikbare literatuur (zoals S.F.H. Jellinghaus en A. Kranendonk, OR en Fusies, Kluwer 2008).

Voor de goede orde wijzen wij erop dat hetgeen in dit katern wordt uiteengezet, niet van toepassing is op ambtenaren. Voor hen gelden andere regeling, al was het maar omdat de zogenaamde overgang van onderneming bepalingen, waarover later meer, voor hen niet gelden. Helaas kunnen deze regelingen hier niet worden besproken.

OR Opgelet

Een fusie of overname is in het algemeen adviesplichtig. Artikel 25 lid 1 WOR geeft een opsomming van (voorgenomen) besluiten die ter advisering aan de ondernemingsraad moeten worden voorgelegd. Alhoewel de begrippen "fusie" en "overname" in deze opsomming niet worden genoemd, kan een fusie of overname onder andere worden aangemerkt als een overdracht van zeggenschap over de onderneming, het afstoten van zeggenschap en/of een belangrijke wijziging binnen de organisatie. Ook outsourcing/uitbesteding kan doorgaans worden aangemerkt als een overname.

Hieronder volgt allereerst een schets van de juridische achtergrond. Daarna zullen wij ingaan op de positie van de werknemer op het moment dat een fusie of een overname plaatsvindt. Vervolgens wordt aandacht besteed aan 'the day after', de fase die ook wel wordt aangeduid als harmonisatie of synchronisatie van arbeidsvoorwaarden. Hierbij zullen wij de diverse modellen bespreken die hiervoor in de praktijk zijn ontstaan.

In ruime mate zal hierbij aandacht worden besteed aan de positie die de ondernemingsraad binnen dit geheel kan innemen, een en ander aan de hand van diverse voorbeelden.

Voor de goede orde willen wij benadrukken dat sprake is van een juridisch uiterst complexe materie. Een ondernemingsraad doet er dan ook verstandig aan om, wanneer hij met deze problematiek wordt geconfronteerd, externe begeleiding te zoeken. De ondernemingsraad moet zich bewust zijn dat hij onderhandelt over arbeidsvoorwaarden. Dit raakt de medewerkers/achterban direct. Een fout besluit of verkeerde inschatting kan grote consequenties hebben. De wet (artikel 22 WOR) voorziet erin dat de ondernemer de kosten die deze begeleiding met zich meebrengt (mits redelijk) moet betalen, mits hij hierover vooraf is ingelicht. Daarenboven blijkt uit de praktijk dat in veel gevallen een niet-juridische/pragmatische benadering veel effectiever is. Zeker als daarbij de te bereiken doelstellingen en bijbehorende randvoorwaarden duidelijk worden geformuleerd. In dat kader speelt goede communicatie een grote rol.

1.1 Wat is een fusie of overname?

Deze vraag laat zich niet eenvoudig beantwoorden. De wet omschrijft deze begrippen niet. Uit de praktijk kan worden gedestilleerd dat het beste als definitie kan worden gebruikt: de overdracht van één of meerdere activiteiten door de ene werkgever aan een ander.

Opvallend is dat deze definitie impliceert dat ook een gedeeltelijke fusie of overname kan voorkomen. Het komt regelmatig voor dat slechts een gedeelte van een bedrijf wordt verkocht. Ook dan kan sprake zijn van een fusie of een overname.

Voorbeeld

Een bedrijf exploiteert een groot aantal activiteiten, waaronder de verkoop van wasmachines en elektrotechnische installaties, alsmede consultancy (advies). De buitenlandse moeder besluit om het bedrijf volledig te ontmantelen. Als gevolg hiervan worden de verschillende activiteiten ieder aan een ander bedrijf verkocht.

Het verschil tussen een fusie en een overname is met name een gevoelsmatige (emotionele) kwestie. Het begrip 'fusie' suggereert een gelijkwaardigheid tussen partijen, terwijl het gebruik van de term 'overname' het gevoel geeft dat een sterkere partij een zwakkere overneemt. Juridisch bestaat er echter geen verschil. Dit neemt niet weg dat de betiteling 'overname' een zware druk op de uitvoering ervan kan leggen. Daarom wordt er veelal voor gekozen om - ondanks een ongelijkwaardigheid van de partners - af te spreken dat een fusie op basis van gelijkwaardigheid, plaatsvindt. Daarnaast zien we ook regelmatig dat andersoortige begrippen worden gebruikt, zoals samenwerking, joint venture etc. Ook valt te denken aan een outsourcing/uitbesteding. De ondernemingsraad moet de emotionele gevolgen van een fusie of overname niet onderschatten. Zoals hierboven is betoogd wordt er weliswaar gesproken over een "overname" echter in de wandelgangen zal een overname een overname blijven. De ondernemingsraad zal er op toe moeten zien dat de directie en het management zorg dragen voor een goed plan van aanpak om emoties te kanaliseren en op te vangen.

1.2 Intermezzo - juridische achtergrond

Om de onderhavige problematiek te begrijpen, kan men niet om de basiselementen van het arbeidsrecht heen. Om deze reden wordt hierop op deze plaats allereerst nader ingegaan.

Een werknemer sluit een arbeidsovereenkomst met een werkgever. Dit kan mondeling of schriftelijk gebeuren. De arbeidsvoorwaarden als vervat in de arbeidsovereenkomst worden in eerste instantie bepaald aan de hand van de tussen partijen gemaakte afspraken. Daarnaast zijn zij onderworpen aan de inhoud van de wet en/of een cao. Goede voorbeelden van wettelijke inhoudelijke bepalingen zijn het wettelijk minimumloon en het minimale aantal vakantiedagen.

OR Opgelet

Het opstellen, intrekken of veranderen van het aanstellingsbeleid is op grond van artikel 27 lid 1 sub e WOR instemmingsplichtig.

Iedereen in Nederland kan in principe werkgever zijn. Dit hoeft niet altijd een natuurlijke persoon, van vlees en bloed, te zijn. De wetgever heeft de mogelijkheid gecreëerd tot het oprichten van een rechtspersoon. Dit is een juridische entiteit die zakelijk dezelfde bevoegdheden heeft als een natuurlijke persoon. Zo kan een rechtspersoon contracten afsluiten, werknemers in dienst nemen en vergunningen aanvragen. Voorbeelden van rechtspersonen zijn de stichting, de (coöperatieve) vereniging, de naamloze vennootschap (N.V.) en de besloten vennootschap (B.V.).

Daarnaast zien we ook steeds vaker internationale ondernemingsvormen, zoals een Limited of een SE.

1.3 Verschillende methoden tot fusie/overname

In de praktijk bestaat een viertal methoden om tot een fusie of overname te komen. De gevolgen hiervan voor de werknemers en hun arbeidsvoorwaarden zijn afhankelijk van de gekozen constructie. De reden waarom een werkgever voor een bepaalde constructie kiest wordt vaak onder andere ingegeven door de fiscale gevolgen.

Grofweg bestaan de volgende methoden:

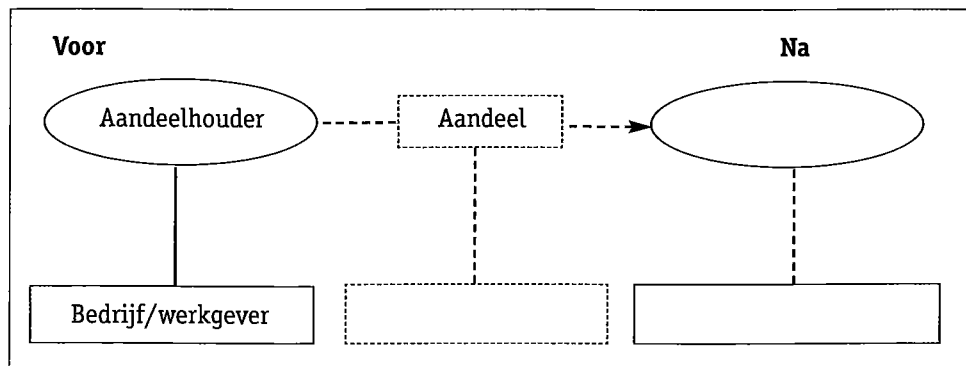
- aandelenoverdracht;
- organisatorische fusie;
- juridische fusie;
- overdracht van de eigendommen (ook wel activa-passivatransactie genaamd).

Iedere mogelijkheid wordt hierna kort toegelicht.

1.3.1 De aandelenoverdracht

De rechtspersoonsoorten NV en BV hebben als kenmerk dat zij eigendom zijn van aandeelhouders. De rechtspersoon geeft een aantal aandelen uit, die door de eigenaren hiervan, de aandeelhouders, kunnen worden verkocht. Door de verkoop van aandelen kan een fusie of overname tot stand komen.

Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

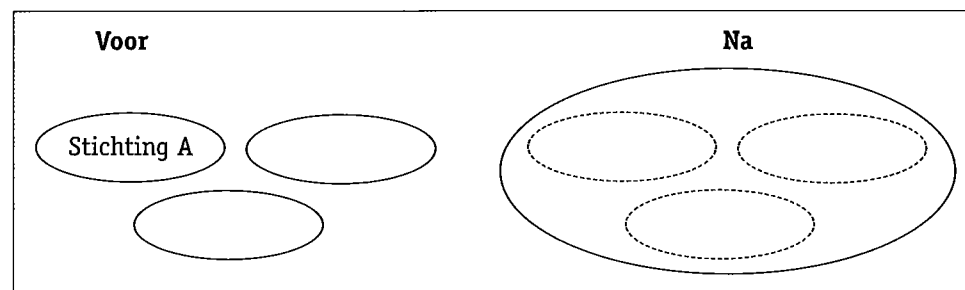


Kenmerkend voor deze regeling is dat hierbij wel het eigenaarschap van het bedrijf verandert, maar formeel blijft de rechtspersoon waar de werknemers in dienst zijn gewoon in tact. Er gebeurt daar niets mee (vanuit een strikt formele optiek). De arbeidsovereenkomsten zijn met de formeel rechtspersoon (BV of NV) gesloten en deze blijven gerespecteerd.

1.3.2 De bestuurlijke fusie

De mogelijkheid bestaat dat niet voor een juridische samenvoeging van de bedrijven wordt gekozen, maar wel voor een verregaande bestuurlijke samenwerking. Deze samenwerking kan worden bereikt door voor alle bedrijven dezelfde directie of hetzelfde stichtingsbestuur aan te stellen. Hiermee wordt bereikt dat de bedrijven bijvoorbeeld een identiek beleid voeren, zoals ten aanzien van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Voorts is het niet uitgesloten dat de betrokken bedrijven onderling personeel uitwisselen. Dit is een aandachtspunt voor de medezeggenschap. Ook een organisatorische samenvoeging van de bedrijven (of onderdelen daarvan) al dan niet op termijn horen dan tot de mogelijkheden.

Schematisch kan deze optie als volgt worden weergegeven:

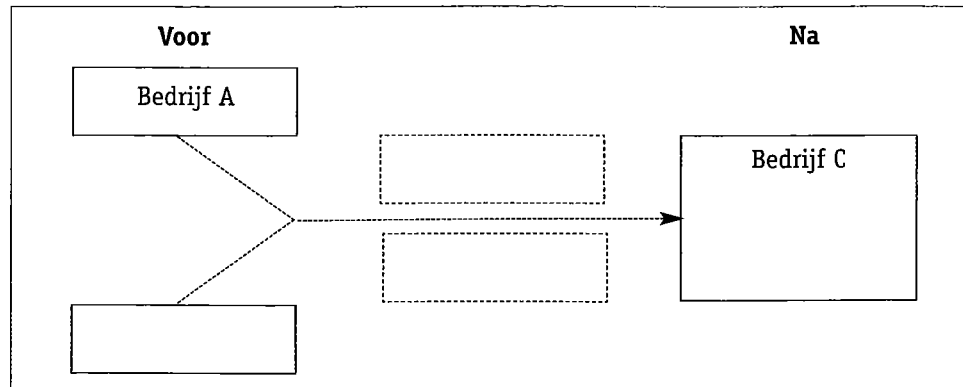


Deze methode wordt veelal gebruikt bij fusies van stichtingen, met name in de gezondheidszorg en de welzijnssector. Vaak wordt voor deze methode gekozen omdat hierdoor de vergunningen en de afgesloten overeenkomsten intact blijven. Ook wordt deze methode toegepast als tussenfase tot het moment dat daadwerkelijk wordt besloten tot een juridische fusie. De gevolgen van de fusie zijn dan een stuk minder ingrijpend. Het zelfs tot een hamerstuk zijn teruggebracht.

1.3.3 De juridische fusie

De juridische fusie is van ingrijpender aard - in ieder geval vanuit een formele optiek - dan de reeds besproken modellen. In deze situatie besluiten twee of meer rechtspersonen om samen te smelten tot één rechtspersoon. Dit betekent dat alle rechten en verplichtingen van elk van deze rechtspersonen overgaan naar de nieuwe rechtspersoon. Dit geldt dus ook voor het in dienst zijnde personeel.

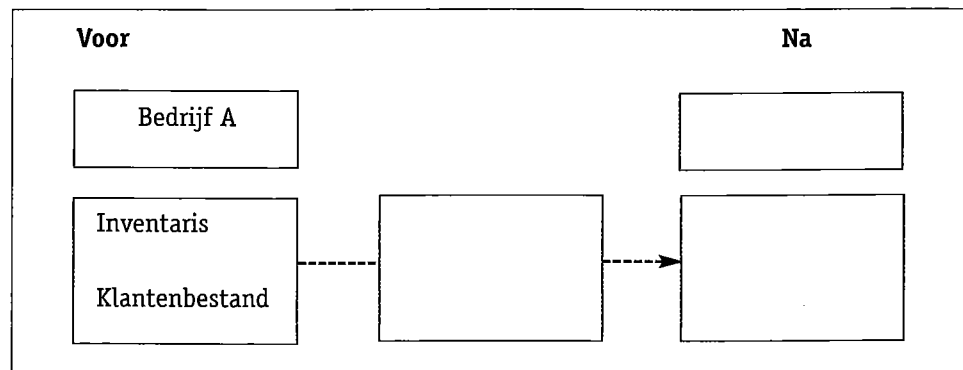
Dit kan schematisch als volgt worden weergegeven:



1.3.4 De verkoop van eigendommen (activa-passivatransactie)

Tot slot is er nog de gehele of gedeeltelijke verkoop van de onderneming. In deze situatie blijven de individuele rechtspersonen bestaan, maar worden bezittingen als panden, inventaris, klantenbestanden e.d. overgedragen aan een ander. De verkopende partij blijft vervolgens als een (nagenoeg) lege rechtspersoon achter. Ook is het mogelijk dat alleen een onderdeel van een bedrijf wordt overgedragen. De betrokken partijen kunnen besluiten op welke wijze zij deze transactie wensen vorm te geven, door bijvoorbeeld af te spreken wat wel en wat niet wordt overgedragen. Eventueel kunnen partijen ook afspraken maken omtrent het personeel. Het is echter niet mogelijk om aan de overdracht zonder meer directe consequenties voor het personeel te verbinden. In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de gevolgen die een dergelijke overdracht voor het personeel met zich meebrengt. Dit mede in het kader van de zogenaamde overgang van onderneming bepalingen.

Het voorgaande kan schematisch als volgt worden weergegeven:



Voor de medezeggenschap is het goed een beeld te hebben van het methoden van fusie of overname. De ene vorm heeft geheel andere consequenties voor de medewerker dan de andere. Kennis hebben van die verschillende methoden en weten welke methoden gebruikt wordt, geeft mogelijkheid tot focus in het handelen.

2. Arbeidsvoorwaarden op het moment van de fusie of overname

2.1 Algemeen

Wat is het onmiddellijke effect van een fusie of overname op een arbeidsovereenkomst? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de vorm waarin de fusie of overname tot stand komt. Uit sociaalrechtelijk oogpunt gaat het niet om het feitelijk, maar om het juridische gebeuren; heeft er bij de fusie of overname een wijziging in de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer plaatsgevonden?

Dit is niet het geval bij een aandelenoverdracht. Weliswaar wisselen de aandelen van eigenaar, maar de rechtspersoon blijft onveranderd bestaan. Het bestaan van een andere aandeelhouder (lees eigenaar) doet hier niets aan af. In de individuele arbeidsrelaties wijzigt dan ook niets; de kans is groot dat de werknemers niet direct iets merken van de aandelenverkoop. Ditzelfde geldt in het geval van een bestuurlijke fusie. Voor de goede orde wordt er daarbij opgemerkt dat het hier wel gaat om de bescherming van de werknemer op het moment van de fusie c.q. overname. Het laat onverlet dat al dan niet op termijn wel veranderingen kunnen worden doorgevoerd.

Bij een juridische fusie gaat de werkgever/rechtspersoon volledig op in een andere

Wanneer een aandelenoverdracht plaatsvindt, hoeft de medewerker daar op korte termijn niet veel van te merken echter wanneer er bijvoorbeeld een overname door een Amerikaans bedrijf plaatsvindt, zal dat op termijn (grote) consequenties kunnen hebben. De Angelsaksische visie op organisaties is totaal anders dan de Rijnlandse visie op organisaties. Dit zal spanningen opleveren en op termijn, wellicht, aanpassing van arbeidsvoorwaarden.

rechtspersoon. Dit lijkt op het eerste gezicht ingrijpend, maar het effect op de individuele arbeidsovereenkomsten is op het moment van de juridische fusie nihil.

Door de juridische fusie gaan alle verplichtingen (inclusief de arbeidsovereenkomsten) over op de nieuwe rechtspersoon. Ook in deze situatie zal de overgang niet direct gevolgen hebben voor de arbeidsverhoudingen.

Binnen dit geheel bestaat echter wet een belangrijke uitzondering. De mogelijkheid bestaat dat door een fusie of een overname een wijziging plaatsvindt in de toepasselijke cao en de daarbij behorende pensioenregeling. De wetgeving voorziet er echter in dat hierin op termijn weer een verandering kan plaatsvinden. Daarnaast is ook speciale aandacht voor eventuele bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden, waarover later meer, gewenst.

Voorbeeld

Een loodgietersbedrijf wordt overgenomen door een waterleidingmaatschappij. Op de arbeidsovereenkomsten binnen het loodgietersbedrijf is de cao voor de kleinmetaal van toepassing. Door de overname valt het loodgietersbedrijf in de toekomst wellicht onder het bereik van de cao voor de waterbranche en niet meer onder de cao voor de kleinmetaal. De wetgever kent hiervoor speciale regelingen.

Tip

Een adviesaanvraag moet onder andere de gevolgen van het besluit voor het personeel aangeven, alsmede wijze waarop deze consequenties worden ondervangen. Een ondernemingsraad kan hierin op het moment van adviseren inzicht verkrijgen. Eventueel kan van de werkgever ook de toezegging worden verlangd dat werknemers (opzegtermijn) geen negatieve gevolgen zullen ondervinden van bijvoorbeeld een wijziging van cao. Het is verstandig dit onderdeel te maken van een toetsingskader.

2.2 De overgang van onderneming

Bij een activa-passivatransactie vindt wel een verandering van de formele werkgever plaats. Het staat de betrokken werkgevers echter niet vrij om bedrijfsactiviteiten te verkopen zonder rekening te houden met de belangen van de werknemers. Vanuit de Europese Unie is regelgeving uitgevaardigd die voorkomt dat de werknemers door een dergelijke overgang van onderneming worden benadeeld. In het verlengde hiervan bepaalt de Nederlandse wetgever dat bij een activa-passivatransactie de werknemers automatisch (van rechtswege) in dienst treden bij de overnemende partij¹. Wanneer het bedrijf in zijn geheel wordt overgenomen, betreft dit alle werknemers. Wanneer het om een gedeelte van het bedrijf gaat, dan gaan alleen die werknemers over die bij de betreffende bedrijfsonderdelen horen.

Voorbeeld

Mevrouw Smit werkt als schoonmaakster bij een bank. Haar werkgever draagt de schoonmaakactiviteiten, alsmede de schoonmaakapparatuur, over aan een schoonmaakbedrijf. De rechter oordeelt dat mevrouw Smit hierdoor automatisch in dienst is getreden bij het schoonmaakbedrijf. De personeelsfunctionaris verricht maar gedeeltelijk werkzaamheden ten behoeve van de schoonmaakactiviteiten. Hij gaat niet mee over.

¹ Artikel 7:662 e.v. BW (Burgerlijk Wetboek), alsmede artikel 14a WCAO (Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst) en artikel 2a WAVV (Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten).

Het gevolg hiervan is overigens wel dat met name stafafdelingen bij een ontmanteling van een bedrijf als gevolg van de overgang van onderneming de kans hebben uiteindelijk achter te blijven zonder (noemenswaardige) activiteiten.

In het verlengde hiervan bepaalt de wet dat de werknemers bij hun nieuwe werkgever in dienst treden onder dezelfde arbeidsvoorwaarden. Deze mogen niet wijzigen op het moment dat de overgang van de onderneming plaatsvindt.

Voorbeeld

Philips draagt de exploitatie van haar kantines over aan het cateringbedrijf ISS. Als gevolg van deze overgang van onderneming treden de betrokken kantine medewerkers automatisch in dienst van ISS, onder dezelfde arbeidsvoorwaarden. Vervolgens wijzigt ISS zonder overeenstemming met de werknemers de dag waarop het salaris wordt uitbetaald en de opbouw van het salaris. De werknemers ontvangen uiteindelijk wel hetzelfde salaris.

Het Europees Hof bepaalt dat de werknemers onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst zijn getreden bij ISS, doch dat het mogelijk is dat de arbeidsvoorwaarden na de overgang van onderneming worden gewijzigd, mits de wet dit toestaat.

Inmiddels het heeft het Europees Hof deze rechtspraak uitgebreid. Ook als een werknemer niet bij de formele werkgever in dienst is, kan hij onder omstandigheden toch aanspraak maken op een overgang van onderneming.

Voor de goede orde wijzen wij erop dat de bescherming van de werknemer, zelfs op basis van de toepasselijke cao, wel beperkt is. Zo is bovengenoemde regeling niet van toepassing op personeel dat in dienst is van een bedrijf dat op het moment van de overname reeds failliet is verklaard. Ook worden sommige pensioenregelingen niet beschermd door de wet. Het gaat hierbij veelal om pensioenen die niet door een cao worden geregeld. Rechten voortvloeiende uit een (algemeen verbindend verklaarde) cao gaan in principe mee over naar de verkrijgende partij. Alleen wordt deze bescherming op grond van de Wet beperkt tot het moment dat een nieuwe cao van toepassing wordt dan wel dat de cao afloopt. Op dat moment eindigt kan een andere cao van toepassing worden. Vervolgens is voor de positie van de werknemer ook van belang of hij al dan niet valt onder een algemeen verbindend verklaarde cao of een gewone cao. Een gewone cao wordt afgesloten tussen werkgever(sorganisaties) en vakbonden. De betrokken partijen zijn hieraan gebonden. Wanneer een cao voor de meerderheid van de bedrijven in een branche geldt, dan kan de minister deze algemeen verbindend verklaren. De cao wordt dan een status van wet en geldt voor alle bedrijven die onder de werkingssfeer vallen van de cao. Wanneer de looptijd van een cao eindigt, kent deze nawerking. Dat betekent dat de cao blijft gelden tot het moment dat een nieuwe

cao is afgesloten. Wel mogen werkgever en werknemer van de cao afwijkende afspraken maken. Wanneer een algemeen verbindend verklaarde cao eindigt qua looptijd, dan kent de cao geen nawerking. De arbeidsrechtelijke bepalingen die in de cao zijn geregeld eindigen dan meteen per die datum.

Deze twee regelingen komen samen wanneer sprake is van een overgang van een onderneming. Wanneer voor de overnemende partij een nieuwe cao gaat gelden, geldt deze ook voor de overkomende werknemers. Wanneer de cao afloopt, dan hangt af van de vraag of sprake is van een algemeen verbindend verklaarde cao of niet of de oude bepalingen uit de cao van kracht blijven.

Deze regeling werkt in de praktijk uitermate complex en een ondernemingsraad die hiermee wordt geconfronteerd doet er dan ook verstandig aan om zich door een deskundige hierover te laten voorlichten.

Ook pensioenrechten gaan mee over in het kader van een overgang van onderneming. Hierop vormt een uitzondering wanneer sprake is van een bedrijfstakpensioenfonds en de overnemende werkgever valt niet hieronder. Alsdan eindigt de verzekering. Evenzo vervalt het recht dat de pensioenregeling mee overgaat in het geval dat sprake is van een pensioenregeling krachtens een verzekering en de overnemende werkgever biedt ten tijde van de overgang dezelfde pensioenverzekering aan als welke hij aan zijn werknemers aanbiedt. Ongeacht de vraag of deze pensioenverzekering beter of slechter is. Een overgangsmaatregel is dan niet vereist. Dit vormt voor ondernemingsraden ook een belangrijk aandachtspunt bij een overgang van onderneming. Doorgaans worden hieromtrent duidelijk overgangsmaatregelen afgesproken en in het kader van het adviestraject is dit ook echt een aandachtspunt.

Een andere aandachtspunt vormen zogenaamde bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden. Veel werkgever kennen deze, zoals bedrijfskortingen op eigen producten of optierechten. Veelal kunnen deze zaken na een overname of fusie niet meer worden nagekomen. Alsdan ligt het op de weg van de werkgever om voor het verval hiervan een compensatie te geven. De hoogte hiervan is niet door de wetgever bepaald. Ook hiervoor kan een ondernemingsraad gedurende het adviestraject bijzondere aandacht voor hebben.

In de rechtspraak bestaat overigens ook onduidelijkheid omtrent de bescherming van anciënniteit. Het Europees Hof van Justitie heeft namelijk aangegeven dat anciënniteit mee overgaat voor zover sprake is van een geldelijk belang. Dat is dus bijvoorbeeld het geval bij het berekenen van de kantonrechttersformule. Echter, afgevraagd kan worden hoe dit doorwerkt bij het afspiegelen. Het is dan ook belangrijk om de

anciënniteit ten tijde van de overgang goed te regelen, bijvoorbeeld door hier een toezegging over te verlangen.

Voorbeeld

De heer Veenendaal werkt in Driebergen. Omdat het bedrijf van zijn werkgever is verkocht, verhuist zijn werkplek naar Grouw. De heer Veenendaal weigert echter om zijn werkzaamheden daar te verrichten. De Hoge Raad oordeelt dat door deze weigering de arbeidsovereenkomst automatisch is geëindigd.

Een werknemer kan ook besluiten om geen gebruik te maken van zijn recht om bij de overnemende partij in dienst te treden. Het gevolg van deze weigering is echter niet dat de werknemer bij zijn oude werkgever achterblijft, maar dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit is een ernstige zaak, met name nu het nog maar de vraag is of een werknemer in dat geval wel aanspraak kan maken op een werkloosheidsuitkering. De werknemer heeft immers door zijn eigen toedoen zijn baan verloren.

Let op

Alhoewel de algemene regeling duidelijk is, moet toch met name worden opgepast voor regelingen die specifiek gebonden zijn aan het bedrijf van de oude werkgever, bijvoorbeeld:

- een werknemer van een bank ontvangt korting bij het afsluiten van een hypotheek en een verzekering;
- binnen een cateringbedrijf is het een goede regel dat de restjes onder het personeel worden verdeeld;
- een werknemer van een internationaal bedrijf beschikt over de mogelijkheid om bij de buitenlandse vestigingen stage te lopen.

Na een overname is het voor de overnemende werkgever (praktisch) niet mogelijk om deze arbeidsvoorwaarden toe te passen. Dit aandachtspunt moet dan ook niet worden vergeten. Een ondernemingsraad kan dit bij het uitbrengen van zijn advies betrekken. De adviesaanvraag moet immers de personele gevolgen aangeven en bovendien vermelden op welke wijze deze gevolgen worden ondervangen. In de praktijk wordt deze problematiek veelal opgelost door het toekennen aan de werknemers van een afkoopsom.

Overigens bestaat op dit moment nog veel onduidelijkheid rondom de overgang van onderneming binnen internationaal perspectief. Is de medewerker verplicht het werk te volgen? En hoe moet een wijziging van ontslagbescherming, fiscale regelingen en sociale zekerheid worden gezien. Is dat überhaupt wel een arbeidsvoorwaarde? Een ondernemingsraad die hiermee wordt geconfronteerd doet er goed aan om hier serieuze aandacht aan te besteden.

3. Arbeidsvoorwaarden na een fusie of een overname

3.1 Inleiding

Uit het vorige hoofdstuk blijkt dat een fusie of een overname in principe geen direct nadeel heeft voor de arbeidsvoorwaarden. Dit heeft echter tot gevolg dat binnen een arbeidsorganisatie verschillende arbeidsvoorwaarden gelden. Soms pakt dit voor de werkgever voordelig uit, omdat dan wellicht goedkoper kan worden gewerkt.

Meestal echter is er sprake van een nadelige situatie, omdat het toepassen van verschillende arbeidsvoorwaarden binnen een arbeidsorganisatie bij de toepassing problemen oplevert. De afdeling personeelszaken en de loonadministratie moeten telkens nagaan welk arbeidsvoorwaardenpakket op welke werknemer van toepassing is. Daarnaast moeten de arbeidsvoorwaarden worden onderhouden, bijvoorbeeld bij een wijziging van de fiscale wetgeving (maximum onkostenvergoeding of een spaarloonregeling). De verschillende arbeidsvoorwaarden moeten steeds per situatie worden aangepast; dit vormt een groot praktisch probleem.

Daarnaast beperken verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten de carrièremogelijkheden voor de werknemers. Het kan voorkomen dat een leidinggevende positie binnen het samengevoegde bedrijf voor een werknemer financieel minder aantrekkelijk is dan zijn huidige functie. Een dergelijke situatie is niet wenselijk voor het bedrijf en voor de werknemer, aangezien deze de doorstroom binnen de organisatie belemmert. Ook kan het leiden tot conflicten op de werkvloer wanneer het ene arbeidsvoorwaardenpakket beter is dan het andere. Denk bijvoorbeeld aan verschillen in vakantiedagen of toeslagen. Ondernemingsraden doen er goed aan daar aandacht voor te vragen.

Om deze reden wordt veelal besloten om na de totstandkoming van de fusie of de overname de verschillende arbeidsvoorwaarden op elkaar of te stemmen c.q. een nieuw arbeidsvoorwaardenpakket aan de werknemers aan te bieden. Dit wordt ook wel harmonisatie of synchronisatie van arbeidsvoorwaarden genoemd: een procedure waarbij een werkgever de diverse binnen zijn bedrijf geldende arbeidsvoorwaarden structureert tot een algemene regeling die toepasselijk is op iedere arbeidsrelatie. Taal technisch kan eventueel ook nog worden gesproken over een egalisatie van arbeidsvoorwaarden.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat het hierbij veelal niet alleen gaat om een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden, maar ook om een aanpassing van het binnen het bedrijf gevoerde personeels(HRM-)beleid. Hierbij valt te denken aan het al dan niet aan de werknemers aanbieden van een keuze uit het arbeidsvoorwaardenpakket (à la carte) of het toepassen van prestatiebeloning. Beleid en regeling zijn immers aan elkaar gekoppeld.

Voorbeeld

Een tweetal bouwbedrijven besluit om te fuseren. Bij het voorbereiden van de fusie blijkt dat bij beide bedrijven grote verschillen bestaan tussen de arbeidsvoorwaardenpakketten die ieder bedrijf aan zijn werknemers aanbiedt. Dit ondanks het feit dat het merendeel van de werknemers onder dezelfde cao valt, te weten de bouw-(UTA-)cao. Beide bedrijven achten deze situatie niet wenselijk en besluiten om na de fusie voor alle werknemers hetzelfde arbeidsvoorwaardenpakket toe te passen.

Een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden kan worden opgesplitst in twee gedeelten, te weten een nieuwe algemene arbeidsvoorwaardenregeling en een daarbij behorende overgangsregeling. Deze laatste regeling is bedoeld om de (negatieve) gevolgen van de harmonisatie voor de werknemers op te vangen.

Voorbeeld

Een werknemer moet regelmatig overwerken. Dit overwerk wordt altijd uitbetaald. In het kader van een harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden wordt ervoor gekozen om dit overwerk tegen een ander, lager tarief uit te betalen. De werknemer ondervindt hierdoor financieel nadeel, aangezien hij bij zijn uitgavenpatroon rekening heeft gehouden met deze overwerkvergoeding. Om deze reden wordt tussen partijen een afbouwregeling afgesproken.

Hieronder wordt allereerst ingegaan op de totstandkoming van een nieuwe regeling. Vervolgens wordt aandacht besteed aan mogelijke overgangsregelingen.

3.2 Het ontwikkelen van nieuwe arbeidsvoorwaarden

Het ontwikkelen van een nieuw arbeidsvoorwaardenpakket kan behoren tot het takenpakket van de afdeling personeelszaken van het bedrijf. Niet mag worden vergeten dat hierbij ook de vakorganisaties en de ondernemingsraad een rol kunnen spelen. Veelal heeft de vakbond het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden naar zich toe getrokken. Dit speelt nog vaker een rol wanneer het bedrijf valt onder één of meerdere cao's. Over het veranderen van de cao-bepalingen zal de werkgever altijd met de vakbonden moeten onderhandelen. Dit hoeft in principe niet ten aanzien van kwesties die niet in een cao zijn geregeld, zoals bijvoorbeeld lunchvergoeding, koffiegeld en werktijden.

Daarnaast speelt ook de ondernemingsraad een rol. Op grond van de artikelen 2 en 28 WOR mag de ondernemingsraad de arbeidsvoorwaarden binnen het bedrijf tot zijn takenpakket rekenen. Bovendien heeft een ondernemingsraad het instemmingsrecht met betrekking tot een aantal (wijzigings)besluiten (artikel 27 WOR). Dit recht moet

de werkgever respecteren, tenzij het betreffende wijzigingsbesluit al uitputtend in een cao is geregeld. Dit is veelal niet het geval.

Artikel 27 lid 1 van WOR luidt:

De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van:

- a. een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, een winstdelingsregeling of een spaarregeling;
- b. een werktijd- of een vakantieregeling;
- c. een belonings- of een functiewaarderingssysteem
- d. een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden of het ziekteverzuim;
- e. een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid;
- f. een regeling op het gebied van de personeelsopleiding;
- g. een regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling;
- h. een regeling op het gebied van het bedrijfsmaatschappelijk werk;
- i. een regeling op het gebied van het werkoverleg;
- j. een regeling op het gebied van de behandeling van klachten;
- k. een regeling omtrent de registratie van, de omgang met en de bescherming van de persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen;
- l. een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen, een en ander voor zover betrekking hebbende op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen.

Naast de juridische positie van de belangenbehartigers van het personeel heeft de werkgever ook een strategisch belang om met hen tot overeenstemming te komen. Hierdoor kan een draagvlak worden verkregen voor de nieuwe arbeidsvoorwaarden en de daarbij behorende overgangsregeling. De ondernemingsraad moet dat niet uit het oog verliezen.

OR Opgelet

Wanneer een besluit wordt genomen zonder instemming van de ondernemingsraad, moet de raad binnen een maand de nietigheid van het besluit in roepen.

Dit kan door het schrijven van een eenvoudige brief aan de bestuurder/ondernemer waarin de ondernemingsraad de nietigheid van het besluit inroept. Wanneer dit niet wordt gedaan, verspeelt de ondernemingsraad zijn rechten.

De ondernemingsraad hoeft dus niet binnen een maand een procedure aan te vangen.

Een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden volgt veelal op een fusie of een overname. Op dat moment zijn de vakbonden en de ondernemingsraad reeds bij het proces betrokken, bijvoorbeeld in het kader van een adviestraject of het afsluiten van een sociaal plan. De ondernemingsraad beschikt dan over de mogelijkheid om met de werkgever afspraken te maken omtrent de positie die hij bij de harmonisatie van arbeidsvoorwaarden inneemt. Het ligt immers op grond van artikel 25 lid 3 WOR op de weg van de ondernemer om in de adviesaanvraag de personele gevolgen aan te geven van bijvoorbeeld een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden. Wanneer afspraken zijn gemaakt over de positie van de ondernemingsraad op het moment dat de harmonisatie zich voordoet, beschikt de ondernemingsraad over een betere onderhandelingspositie.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een ondernemingsraad bedingt dat hij beschikt over een extra advies- of instemmingsrecht over het harmonisatievoorstel, inclusief de overgangsregeling. Ook komt het voor dat de werkgever en de ondernemingsraad afspreken dat de ondernemingsraad met een harmonisatievoorstel komt.

Bovendien kunnen bij het uitbrengen van het fusie-/overname-advies ook randcondities worden gesteld aan het vervolgtraject, zoals dat de werknemers er niet (financieel) op achteruitgaan.

OR Opgelet

Op grond van artikel 32 WOR is het mogelijk dat aan de ondernemingsraad een extra recht wordt toegekend. Dit recht moet echter wel schriftelijk worden vastgelegd. Alhoewel kan worden betoogd dat een vastgesteld verslag van een overlegvergadering of een besluit van een onderneming als zodanig moet worden gezien, is het verstandig om dergelijke afspraken in een convenant/ondernemingsovereenkomst vast te leggen. Dit zorgt bovendien voor duidelijkheid tussen partijen.

3.3 De procedure tot invoering van een nieuw arbeidsvoorwaardenpakket

Om inhoudelijk te komen tot geharmoniseerde arbeidsvoorwaarden moet een zorgvuldig traject worden gevolgd. Het exacte traject valt niet standaard aan te geven, maar een aantal vaste punten kunnen wel worden genoemd. Deze zullen hieronder nader worden belicht.

Alvorens een nieuw arbeidsvoorwaardenpakket op te stellen is het van belang om te beschikken over duidelijke randcondities. Hierbij valt te denken aan een financiële component (de personeelskosten mogen niet hoger worden), maar ook aan beleidsaspecten als prestatiebeloning, verhouding privé/werk of een keuzemogelijkheid voor

de werknemer uit de arbeidsvoorwaarden (à la carte). Het zijn deze randcondities die de basis vormen voor het nieuwe arbeidsvoorwaardenpakket. Ook de voorwaarden voor de overgangsregeling kunnen deel van deze randcondities uitmaken. Een ondernemingsraad doet er verstandig aan een extern adviseur in te schakelen om met hen deze randvoorwaarden in kaart te brengen en strategisch in te brengen in het overleg.

Daarnaast is het van belang om te inventariseren welke arbeidsvoorwaarden binnen de organisatie gelden. Dit geldt zowel in het algemeen als voor individuele arbeidsvoorwaarden. Het komt vaak voor dat werknemers beschikken over speciale individuele arbeidsvoorwaarden, zoals een extra vakantiedag of speciale werktijden. Ook komt het voor dat niet alle arbeidsvoorwaarden schriftelijk zijn vastgelegd. Gedurende de looptijd van een arbeidsovereenkomst kan een werknemer komen te beschikken over extra rechten, die niet schriftelijk zijn vastgelegd. Dit worden ook wel 'verworven rechten' genoemd. Voorbeelden hiervan zijn de dertiende maand, de kerstgratificatie en het privégebruik van eigendommen van de zaak (bijvoorbeeld: een timmerman die in het weekend het gereedschap van de zaak mag gebruiken voor het bijklussen). Deze verworven rechten moeten volledig worden geïnventariseerd. Verworven rechten zijn overigens niet in de wet geregeld. Op het scherpst van de snede moet een onderscheid worden gemaakt tussen harde rechten versus een goedheid van de werkgever. Een cadeautje bij de verjaardag is wat anders dan een premievrij pensioen. Doorgaans zal een werknemer moeten aantonen dat hij beschikt over een echt recht. Dat is vaak een moeilijk aspect. Dit laatste laat onverlet dat de ondernemingsraad wel aandacht moet besteden aan deze verworven rechten. Het zorgt immers ook voor verbinding met de organisatie. Wanneer dit van medewerkers afgenomen wordt, kan dat effect hebben op de betrokkenheid. Afbouwen van dergelijke rechten heeft dus de voorkeur ten opzichte van kil wegnemen.

Voorbeeld

Een werkgever regelt al 10 jaar dat een werkneemster binnen een verpleeghuis niet met kerst hoeft te werken. Dat verandert dit jaar. De werkneemster beroept zich op een verworven recht, het zou in het verleden met een leidinggevende zijn afgesproken. Dit staat echter niet op papier. De werkneemster kan dan ook geen aanspraak maken op een 'verworven' recht.

Aan de hand van de randcondities en de uitkomst van de inventarisatie moet het nieuwe arbeidsvoorwaardenpakket worden ontwikkeld. Hierbij moet er behalve naar de inhoud ook naar worden gekeken of het nieuwe arbeidsvoorwaardenpakket op grond van de wet (denk aan de Arbeidstijdenwet en de Wet Minimum Loon en Vakantiebeslag), de cao of andere afspraken (bijvoorbeeld een convenant met de ondernemingsraad) is toegestaan.

Daarnaast moet worden bekeken hoe de overgangsregeling moet luiden. Vanzelfsprekend spelen hierbij ook onderhandelingen een rol: wat wordt door vakorganisaties en ondernemingsraad geaccepteerd (of juist niet)?

Wanneer het nieuwe arbeidsvoorwaardenpakket, inclusief de overgangsregeling, rond is (en eventueel ter instemming en/of advisering aan de ondernemingsraad is voorgelegd), moeten de afspraken ook in de arbeidsovereenkomsten van de individuele werknemers worden opgenomen. Dit is in principe niet nodig wanneer de afspraken in een officiële cao, afgesloten met de vakorganisaties, worden vastgelegd. Veelal is dit echter niet het geval, of is het niet mogelijk om door middel van een cao een volledig nieuw arbeidsvoorwaardenpakket door te voeren. Wanneer bijvoorbeeld een individuele afspraak boven het bepaalde in de cao uitstijgt (bijvoorbeeld een hoger uurloon), dan is het in principe niet mogelijk om deze afspraak door middel van een cao teniet te doen. Dit betekent dat de werknemers nieuwe arbeidsovereenkomsten moeten ondertekenen waarin de nieuwe arbeidsvoorwaarden worden vastgelegd.

Let op

Ter voorkoming van problemen in de toekomst is het verstandig om in de te maken afspraken ook op te nemen wat de inhoud is van de overgangsregeling, alsmede dat de oorspronkelijke datum van indiensttreding van de werknemer in de personeelsadministratie en de loonstroken wordt gehandhaafd.

Het kan voorkomen dat een werknemer het niet eens is met de nieuwe regeling c.q. de op hem van toepassing zijnde overgangsregeling. Het is verstandig om in de procedure een speciale regeling hiervoor op te nemen; een interne bezwaarregeling tezamen met een hardheidsclausule.

Bij een interne bezwaarprocedure kan de werknemer zijn kritiek aan een commissie voorleggen. Deze geeft een al dan niet bindend oordeel. Het is mogelijk dat een personeelslid (bijvoorbeeld een vertegenwoordiger van de ondernemingsraad of de vakbond) in de commissie zitting neemt.

Daarnaast is het verstandig om in de overgangsregeling ook te voorzien in een mogelijkheid voor de werkgever om in schrijnende gevallen van de regeling af te wijken ten gunste van de werknemer. Dit wordt de hardheidsclausule genoemd. Het is vanzelfsprekend niet de bedoeling dat iedere werknemer hierop geslaagd een beroep doet. Dit zou immers impliceren dat de afgesproken regeling niet deugt. Een hardheidsclausule opent echter wel de mogelijkheid om in schrijnende gevallen, waarmee bijvoorbeeld bij het ontwikkelen van de overgangsregeling geen rekening is gehouden, als nog met een passende oplossing te komen.

Voorbeeld

Een werknemer wordt ontslagen terwijl hij nog een opleiding moet afmaken (betaald door de werkgever) waarbij het van essentieel belang is dat hij zijn baan heeft (in de vorm van stage). De ontslagdatum wordt verzet zodat de opleiding kan worden afgemaakt.

Binnen dit geheel is één ding van essentieel belang: goede communicatie! Onduidelijkheid en onzekerheid leiden tot onrust. Een goede communicatie in een zo vroeg mogelijk stadium is dan ook van groot belang. Dit geldt echter ook voor de communicatie tussen de werkgever en de vakorganisaties en de ondernemingsraad. Met betrekking tot dit laatste kan worden gedacht aan een deelname van de ondernemingsraad aan voorbereidingswerkgroepen en/of het ontvangen van verslagen c.q. notulen. De ondernemingsraad zal daarbij ook zelf het goede voorbeeld moeten geven. Onder het motto *practice what you preach* zal de ondernemingsraad zelf de achterban moeten opzoeken om goed beslagen ten ijs te komen en te zorgen voor het zogeheten draagvlak voor maatregelen.

Tot slot zal het proces zowel tussentijds (doorlopend) als aan het slot moeten worden geëvalueerd. Aan de hand van deze evaluatie moet het traject wellicht op onderdelen worden bijgesteld. Het is verstandig om als medezeggenschap hieromtrent goede afspraken te maken met de ondernemer.

3.4 De overgangsregeling

Om de gevolgen van het nieuwe arbeidsvoorwaardenpakket te ondervangen moet een overgangsregeling worden getroffen. Deze regeling vormt altijd maatwerk, zowel ten aanzien van het bedrijf in het algemeen als meestal ook voor de individuele werknemer (hardheidsclausule). Dit neemt niet weg dat er wel een aantal mogelijkheden bestaat om de gevolgen te ondervangen. Ik zal deze hieronder nader bespreken. Daarbij wijs ik erop dat het goed mogelijk is dat een overgangsregeling bestaat uit een samenstel van deze mogelijkheden.

3.4.1 De gelijke of betere regeling

Het spreekt voor zich dat wanneer de nieuwe regeling gelijk is aan of zelfs beter dan de oude, geen overgangsregeling noodzakelijk is. Een probleem ontstaat echter wel wanneer de regeling gelijkwaardig is. Gelijkwaardigheid is anders dan gelijkheid. Dit betekent dat het goed mogelijk is dat een individuele werknemer ondanks de gelijkwaardigheid een nadeel ondervindt.

Voorbeeld

Een werknemer heeft een schoolgaand kind van 11 jaar. In het kader van de harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden wordt de kinderopvangregeling voor kinderen ouder dan 10 jaar (buitenschoolse opvang) in negatieve zin gewijzigd ten gunste van kinderen tot en met 10 jaar (kinderdagverblijf). De regeling kan dan in totaliteit gelijk zijn, er is wel degelijk een verschil. Dit kan voor deze medewerker versprekkende gevolgen hebben.

3.4.2 De uitsterfvariant

Bij deze mogelijkheid wordt ervoor gekozen om de oude regeling te laten doorlopen voor alle werknemers die hier al onder vielen. Het is echter voor nieuwe werknemers c.q. collega's niet mogelijk om nog een beroep op deze oude regeling te doen. Het gevolg hiervan is dat de regeling na verloop van tijd (dit kan oplopen tot enige jaren) uitsterft. Werknemers gaan met pensioen of aanvaarden een nieuwe functie, al dan niet binnen dezelfde organisatie. Bij het aanvaarden van een nieuwe functie binnen de nieuwe organisatie (promotie) kan eventueel van de werknemers worden verlangd dat zij op de nieuwe regeling overstappen. Voor de nieuwe werknemers c.q. collega's, die geen beroep kunnen doen op de oude regeling, geldt sowieso de nieuwe regeling.

Voorbeeld

Een tweetal oliemaatschappijen besluit om tot fusie over te gaan. Vervolgens wordt gewerkt aan een harmonisatie van beider arbeidsvoorwaardenregelingen. De inventarisatie van de arbeidsvoorwaarden wijst uit dat beide werkgevers verschillende pensioenregelingen hebben. Een van de werkgevers hanteert een middelloonregeling en de andere een eindloonregeling. Deze laatste regeling is zeer kostbaar. Vanwege deze kosten is het niet mogelijk om na de fusie aan alle werknemers een eindloonregeling aan te bieden. Aan de andere kant is het ook niet mogelijk om de werknemers met de eindloonregeling over te laten gaan naar een middelloonregeling. Dit vormt voor hen een grote benadeling. Om deze reden wordt ervoor gekozen om ondanks de harmonisatie de verschillende pensioenregelingen intact te laten. Voor het overige wordt intern een harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden tot stand gebracht.

De regeling is zeer simpel, maar heeft een aantal nadelen. Naast de hoeveelheid tijd die de uitsterfvariant kost, vormt een groot nadeel dat het uitgangspunt van de harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, te weten eenvormigheid, niet wordt gehaald (althans niet op korte termijn). Dit betekent dat de voordelen die in het begin van het hoofdstuk zijn genoemd niet kunnen worden benut, zoals eenvoud bij de uitvoering van de salarisadministratie c.q. van het takenpakket van de afdeling personeelszaken en de promotiemogelijkheden voor de werknemer. Een ander neemt niet weg dat deze variant regelmatig wordt toegepast, veelal

wanneer de kosten van een harmonisatie te hoog zijn. Op termijn gaat het om steeds minder werknemers en kan eventueel door middel van maatwerk (buiten het harmonisatietraject om) alsnog tot een vergelijk worden gekomen. De kosten zijn dan een stuk lager.

3.4.3 Detachering

Een andere mogelijkheid vormt het juridisch in stand houden van verschillende werkgevers. Alhoewel de werknemers feitelijk behoren tot dezelfde arbeidsorganisatie, zijn zij formeel in dienst bij verschillende werkgevers. Dit is detachering en kan, wanneer de werknemers hiermee instemmen, ook plaatsvinden. Hiermee wordt in ieder geval de illusie gewekt dat verschillen bestaan en valt een verschil in de arbeidsvoorwaarden te verklaren en te verdedigen.

Deze mogelijkheid laat echter onverlet dat de verschillen, evenals de nadelen voor het bedrijf en de werkgever, wel blijven bestaan. Eventueel kan op termijn alsnog worden gekozen voor een algehele harmonisatie van arbeidsvoorwaarden.

Ondanks het feit dat er eigenlijk geen sprake is van harmonisatie, komt deze regeling nog veelvuldig voor. Veelal is dit het gevolg van psychologische factoren, bijvoorbeeld omdat de fusie c.q. overname op veel tegenstand stuitte bij het personeel. Onder deze omstandigheden is het wellicht raadzaam om de harmonisatieproblematiek naar een later tijdstip te verschuiven.

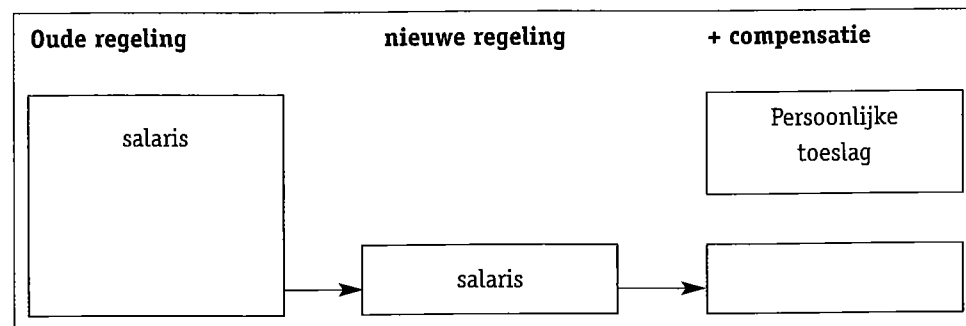
3.4.4 De persoonlijke toeslag

Een van de meest toegepaste mogelijkheden vormt de persoonlijke toeslag. Bij een persoonlijke toeslag wordt de nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling direct op de betrokken medewerker van toepassing. Wanneer dit een financieel nadeel oplevert, wordt de werknemer voor dit nadeel gecompenseerd. Als gevolg hiervan ontvangt hij uiteindelijk evenveel als vroeger, terwijl de nieuwe regeling toch wel op hem van toepassing is.

Voor de berekening van een eventuele toekomstige werkloosheids- of arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft het hebben van een persoonlijke toeslag geen invloed. Deze wordt gewoon meegenomen bij de berekening van een recht op uitkering. Een aandachtspunt vormt echter wel de pensioengrondslag. Of een persoonlijke toeslag wordt meegenomen bij de berekening van het recht op pensioen, moet blijken uit het toepasselijke pensioenreglement. Hiervoor moet dus aandacht voor bestaan bij de toekenning van een persoonlijke toeslag. Voorts speelt ook de vraag of de persoonlijke toeslag jaarlijks wordt geïndexeerd. Dat hoeft geen automatisme te zijn. Tot slot speelt ook de vraag wat er gebeurt met een persoonlijke toeslag op het moment dat

de werknemer een andere functie binnen het bedrijf aanvaardt. Blijft de persoonlijke toeslag dan bestaan, of vervalt deze dan geheel of gedeeltelijk.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Deze regeling wordt in de praktijk zeer vaak toegepast.

3.4.5 De afkoopregeling

Een niet veel toegepaste regeling, maar wel de meest eenvoudige, is de afkoopregeling. De werkgever betaalt aan de werknemer eenmalig een bedrag uit, al dan niet op een fiscaal-vriendelijke wijze, waarna de nieuwe arbeidsvoorwaarden geheel van toepassing zijn. Met het uitbetaalde bedrag kan de werknemer negatieve verschillen ondervangen (of natuurlijk gewoon iets leuks ervoor kopen).

De hoogte van het uit te betalen bedrag kan door een deskundige worden berekend. Wel kan natuurlijk worden gediscussieerd over de berekeningswijze. Daarnaast kan er ook voor worden gekozen om aansluiting te zoeken bij de kantonrechttersformule. Daarbij kan de zgn. c-factor lager worden bijgesteld dan 1, aangezien er geen sprake is van een verbreking van het dienstverband. Ook kan worden aangesloten bij bijvoorbeeld de gemiddelde duur dat een werknemer bij de werkgever in dienst is. De hoogte van het bedrag c.q. de berekeningswijze vormt een belangrijk onderhandelingspunt. Overigens komt het in de praktijk vaak voor dat een werknemer uiteindelijk ook nog een niet nader gespecificeerd bedrag ontvangt teneinde hiermee alle 'vergeten' nadelen en het daarmee gepaard gaande ongemak te ondervangen.

Voorbeeld

Een beveiligingsbedrijf betaalt zijn werknemers meer uit dan de toepasselijke cao verplicht. Als gevolg hiervan krijgt hij geen nieuwe klanten binnen; het bedrijf is ten opzichte van de concurrentie te duur. Een verkoop van het bedrijf is voor een overnamekandidaat alleen aantrekkelijk wanneer de werknemers overeenkomstig de cao worden betaald. Om deze reden worden alle arbeidsvoorwaarden boven cao's afgekocht door aan iedere werknemer de kantonrechttersformule uit te betalen (kortweg een maandsalaris per dienstjaar). Vervolgens wordt het bedrijf verkocht.

4. De positie van de medezeggenschap

Op diverse plaatsen is hierboven al aangegeven wanneer de ondernemingsraad een positie kan claimen. De ondernemingsraad zal zich moeten afvragen welke rol hij bij de ontwikkeling van de nieuwe arbeidsvoorwaarden en de overgangsregeling wenst in te nemen. Hierbij kan worden gedacht aan een afwachtende houding (passieve ondernemingsraad) of het meedoen aan het traject (de actieve ondernemingsraad). De ondernemingsraad zal intern hieromtrent een standpunt over moeten innemen. Daarbij moet men zich realiseren dat het actief participeren in het traject veel tijd met zich meebrengt, maar daarnaast voor de achterban van groot belang is (plus een leerzame ervaring).

Naast de aan de ondernemingsraad toekomende (bijzondere) rechten, beschikt de ondernemingsraad ook over het initiatiefrecht. Het kan zeker geen kwaad om van dit recht gebruik te maken. Vanuit een tactisch oogpunt is het verstandig dat een ondernemingsraad eventuele initiatieven in een zo vroeg mogelijk stadium aan de ondernemer bekend maakt. Op dat moment is het eenvoudiger om het initiatief nog in de voorstellen te verwerken.

De ondernemingsraad moet zich realiseren dat het opstellen c.q. controleren van arbeidsvoorwaarden en de daarbij behorende overgangsregeling een ingewikkelde bezigheid is. Op grond van de wet beschikt de ondernemingsraad over het recht om hierbij een externe deskundige in te schakelen. De hieraan verbonden kosten moeten door de ondernemer worden voldaan, mits hij hiervan vooraf in kennis is gesteld (artikel 22 WOR). Het is zeker het overwegen waard om de ondernemingsraad door een deskundige te laten begeleiden.

Niet voldoende kan worden benadrukt dat de communicatie binnen het harmonisatietraject van groot belang is. De ondernemingsraad kan hierbij een grote rol spelen. Niet alleen door de ondernemer/bestuurder voortdurend te wijzen op het belang van communicatie, maar ook door zelf de communicatie ter hand te nemen, bijvoorbeeld door het schrijven van nieuwsbrieven of het houden van een achterbanbijeenkomst.

5. Werkwijze, aandachtspunten en vragen

Mogelijke werkwijze Ondernemingsraad

Stap 1: Formuleer een toekomstvisie op de gewenste arbeidsvoorwaarden. Een fusie is een samenvoeging van twee organisaties. Welke arbeidsvoorwaarden horen daar dan bij?

Stap 2: Vergelijk de beide arbeidsvoorwaardenpakketten met die gewenste toekomstvisie.

Stap 3: Inventariseren en categoriseren van alle arbeidsvoorwaarden (niet alles blijft bestaan, er komt wat bij en niet alles hoeft verrekend te worden)

Stap 4: Kwantificeren van arbeidsvoorwaarden

Stap 5: Opstellen van een harmonisatie-/integratievoorstel, inclusief overgangsmatregelen (generiek/individueel)

Stap 6: Becijferen van de totale kosten, inclusief overgangsmatregelen.

Aandachtspunten bij harmonisatie

- Neem de tijd om de strategie vast te stellen, zowel binnen de OR, in overleg van de vakbonden als binnen het management. Voor de OR is het bijvoorbeeld een belangrijke vraag of de onderhandelingen door de raad worden verricht of niet?
- Onderzoek bij het management het belang van integratie en de financiële ruimte die er beschikbaar is.
- Zoek zo nodig begeleiding en advies
- Stem de rol- en taakverdeling af met de vakbonden
- Communiceer zorgvuldig over het traject richting de medewerkers/achterban
- Zorg voor voldoende momenten van rust in het proces om zo ook ruimte te bieden voor het raadplegen van de achterban of deskundigen
- Ken de juridische en inhoudelijke positie van de OR
 - Diverse artikelen spelen een rol: instemmingsrecht, zorgtaken OR, recht op overleg en initiatief en de ondernemingsovereenkomst. Nergens staat in de WOR het woord "harmonisatie" vermeld. Wel is er een tendens dat de raad meer en meer betrokken wordt bij de harmonisatie van arbeidsvoorwaarden.
 - Er is geen wettelijke basis voor de gedachte dat met het instemmingsrecht van de raad arbeidsvoorwaarden op een dwingende manier kunnen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten.
 - In de praktijk wordt die doorwerking wel (stilzwijgend) verondersteld. Bijvoorbeeld door de aanwezigheid van een ondernemingsovereenkomst en een incorporeringsbepaling en/of eenzijdig wijzigingsbeding.

Randcondities (Jellinghaus, 2004):

- Naast het bestaande AV-pakket moeten ook de overgangsmatregelen duidelijk en inzichtelijk zijn.
- De werkgever moet zijn medewerkers deugdelijk informeren over de nieuwe arbeidsvoorwaarden en de gevolgen daarvan. Naast collectieve voorlichting dient er ook individuele voorlichting te zijn.
- Werknemers mogen niet overvallen worden door de voorstellen en moeten toegang hebben tot adviseurs.
- Overgangsregelingen dienen een hardheidsclausule te hebben.
- Overgangsregelingen moeten voorzien in een begeleidings- arbitrage of adviescommissie waaraan geschillen kunnen worden voorgelegd.

Tot slot hierbij nog een aantal aandachtspunten waarop bij een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden moet worden gelet:

- Valt een wijziging van de toepasselijke CAO te verwachten?
- Welke positie neemt de vakorganisatie in?
- Welke positie neemt de ondernemingsraad in?
- Beschikt de ondernemingsraad over extra rechten?
- Welke randcondities hanteert de werkgever en worden deze door de medezeggenschap gedeeld?
- Voorziet de overgangsregeling in een hardheidsclausule?
- Bestaat er een interne geschillenregeling?
- Is de communicatie deugdelijk geregeld?
- Wordt voorzien in evaluatie- en bijsturingsmomenten?

Over de auteurs

Dr.mr. Steven F.H. Jellinghaus is als advocaat & mediator verbonden aan De Voort Hermes de Bont advocaten te Tilburg. Aldaar richt hij zich op het arbeidsrecht en ambtenarenrecht, met als speciaal aandachtsgebied het medezeggenschapsrecht. Daarnaast is hij als universitair docent verbonden aan de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit Tilburg. In 2003 promoveerde hij op het onderwerp harmonisatie bij arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na fusie of overname. Hij heeft vele publicaties op zijn naam.

Drs. Bob Vermaak is als adviseur verbonden aan FNV Formaat. Hij adviseert ondernemingsraden bij fusies, reorganisaties en overnames. Hij is gespecialiseerd in medezeggenschap bij de overheid en begeleidt daar ondernemingsraden die te maken hebben met verzelfstandigen, outsourcing en reorganisaties. Tevens is hij medeauteur van Inzicht in de Ondernemingsraad bij de Overheid (Hautvast, Jellinghaus en Vermaak SDU 2010).