



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst

Heerma van Voss, G.J.J.; Lutjens E.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2006). De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst. *De Le(E)Nigheid Van Het Sociaal Recht*, 363-388. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14799>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14799>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht

Een uitgave ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. L.H. van den Heuvel
als hoogleraar Sociaal recht aan de Vrije universiteit te Amsterdam

Redactie:
E. Lutjens

De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst

G.J.J. Heerma van Voss¹

1. Inleiding

In de periode dat Leen van den Heuvel zich bezig hield met het sociaal recht, heeft de ondernemingsraad zich ontwikkeld tot een belangrijke speler in het veld van de arbeidsverhoudingen. Geleidelijk is deze ook voorzichtig een rol gaan spelen op het gebied van de arbeidsvoorwaardenvorming. Toch staat de juridische uitwerking van de mogelijkheden daartoe nog steeds in de kinderschoenen.

Over de rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaarden is al veel geschreven en bestaan ook sterk uiteenlopende opvattingen. Sommigen willen de ondernemingsraad de arbeidsvoorwaarden niet toevertrouwen, anderen zien hier juist de toekomst in. Ook aan de Wet op de Ondernemingsraden valt enige dubbelzinnigheid op dit punt niet te ontzeggen. Buiten twijfel staat dat de wetgever bij het toekennen van wettelijke bevoegdheden aan de ondernemingsraad niet zozeer dacht aan het gebied van de primaire arbeidsvoorwaarden. Maar evenmin is aan twijfel onderhevig dat de ondernemingsraad op dit gebied wel bovenwettelijke bevoegdheden kan krijgen: bij eenzijdig ondernemersbesluit of bij overeenkomst met de ondernemer.

Het is ook algemeen aanvaard dat indien de ondernemingsraad onderhandelt met de ondernemer over arbeidsvoorwaarden of over een ander onderwerp, de resultaten van dit overleg kunnen worden neergelegd in een overeenkomst. Over de juridische status van die overeenkomst bestaat nog geen algemene

¹ Hoogleraar Sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

overeenstemming. De bedoeling van dit opstel is die status nader te verkennen. Want hoe men ook denkt over de rol van de ondernemingsraad bij arbeidsvoorwaarden, het is in ieders belang dat wanneer de ondernemingsraad iets afspreekt, de gevolgen daarvan duidelijk zijn.

2. **Onderhandelen met de ondernemingsraad?**

Wanneer aan de orde komt of onderhandelingen met de ondernemingsraad over arbeidsvoorwaarden gewenst zijn, wordt gewoonlijk snel de vraag gesteld of deze mogelijkheid niet in strijd komt met de internationaal beschermde vrijheid van vakvereniging en het recht op collectief onderhandelen. Mijns inziens is dit niet het geval, zo lang men althans onderhandelingen met de ondernemingsraad niet in de plaats stelt van onderhandelingen met vakbonden. In de meeste gevallen waarin met de ondernemingsraad wordt onderhandeld, gebeurt dat omdat in de desbetreffende onderneming geen vakbond actief is, werknemers onvoldoende zijn georganiseerd of vakbonden onvoldoende in staat zijn om de onderhandelingen zelf te voeren. Ook komt het in toenemende mate voor dat in het kader van de CAO wordt afgesproken om bepaalde zaken nader te regelen met de ondernemingsraad. Om die reden is er in veel gevallen geen sprake van een strijdigheid met de vrijheid van collectief onderhandelen. In veel ondernemingen is het ook gebruikelijk om eens per jaar de arbeidsvoorwaarden met de OR te bespreken. Het gaat hierbij dan om de besluiten die niet al in de CAO vastliggen. Besluiten worden soms in overleg met de ondernemingsraad genomen, soms na overleg eenzijdig door de werkgever. Het overleg kan er mede toe dienen om de ondernemingsraad op de hoogte te houden van de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden.²

Weigert de werkgever met een vakbond te onderhandelen, omdat hij dat liever met de ondernemingsraad doet, dan zal de ondernemingsraad medewerking

² Zie voor een recente enquête bij ondernemingen naar de rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaarden, Marcella Bonestroo-Vantoll, *Ondernemingsraad & arbeidsvoorwaarden*, Haarlem: AWWN 2005. Uit deze enquête blijkt dat de bevoegdheden van de OR op het gebied van arbeidsvoorwaarden regelmatig worden uitgebreid, al dan niet in de vorm van een overeenkomst.

kunnen weigeren. Gaat de ondernemingsraad echter toch in op de wens van de werkgever, dan staat het de vakorganisaties vrij om een staking organiseren om erkenning te krijgen als onderhandelingspartner. Uit de steun voor deze staking blijkt dan vanzelf de wens van de werknemers. Staken tegen een ondernemingsovereenkomst is in beginsel geoorloofd.³ Indien de ondernemer met de OR overleg voert mag de vakbond echter niet tot bedrijfsbezetting overgaan zonder te kennen hebben gegeven het overleg zelf te willen voeren.⁴

Dat de vakbonden voorrang hebben bij het onderhandelen over met name de arbeidsvoorwaarden blijkt ook uit de opzet van de Wet op de ondernemingsraden. Met name artikel 27 lid 3 WOR legt vast dat het instemmingsrecht van de ondernemingsraad slechts geldt voor zover de desbetreffende materie niet reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst. Op dezelfde wijze zou kunnen worden geregeld dat bij strijd tussen een collectieve arbeidsovereenkomst en een ondernemingsovereenkomst de eerste voorrang heeft.⁵ In het stelsel van CAO-recht zou een dergelijke bepaling niet nodig zijn, zolang de ondernemingsovereenkomst werknemers niet rechtstreeks kan binden. Doch voor het geval dat beide overeenkomsten, bijvoorbeeld op grond van een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst, op gelijke voet bindende werking hebben, zou een dergelijke samenloopbepaling van nut kunnen zijn.

3. De partijen bij de ondernemingsovereenkomst

De partijen bij een ondernemingsovereenkomst zijn enerzijds de ondernemer en anderzijds de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging.

De ondernemer is de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt en deze zal meestal dezelfde zijn als de werkgever van de daarin werkzame personen. Voor zover dit niet het geval is, zal in de ondernemingsovereenkomst een oplossing

³ Vgl. Rb. Rotterdam 4 november 1999, *JAR* 1999/273 (Van Wijnen/FNV Bondgenoten).

⁴ Rb. Amsterdam 6 januari 1999, *JAR* 1999/127 (Klieverik/Industriebond FNV).

⁵ Art. 6:32 van het ingetrokken wetsvoorstel Medezeggenschap werknemers voorzag hierin, *Kamerstukken II* 2004-2005, 29818, nr. 2.

moeten worden getroffen, waardoor juridisch wordt verzekerd dat de onderneming ook als werkgever aan de overeenkomst is gebonden.

Ondernemers die een onderneming in stand houden waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, zijn verplicht een ondernemingsraad in te stellen (art. 2 WOR). Zijn er minder dan 50 personen werkzaam, dan behoeven zij geen ondernemingsraad in te stellen, maar zij kunnen dit dan wel vrijwillig doen (art. 5a lid 2 WOR) of hiertoe verplicht worden door de CAO (art. 5a lid 1 WOR). Is dat niet gebeurd, dan bestaat in deze kleinere ondernemingen de mogelijkheid om een personeelsvertegenwoordiging in te stellen. De ondernemer is hiertoe verplicht ingeval in de onderneming in de regel ten minste 10, maar minder dan 50 personen werkzaam zijn en de meerderheid van de in de onderneming werkzame personen hiertoe verzoekt (art. 35c en d WOR).

De ondernemingsovereenkomst is in de WOR voor de ondernemingsraad geregeld in artikel 32. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op de personeelsvertegenwoordiging (art. 35c lid 3 en 53d lid 2 WOR). Waar in dit opstel over ondernemingsraad wordt geschreven, is steeds mede bedoeld de personeelsvertegenwoordiging.

Daarnaast kennen de onderwijs- en de defensiesector eigen medezeggenschapsregelingen met anders genaamde medezeggenschapsorganen. Ook hier kunnen ondernemingsovereenkomsten worden gesloten, zij het dat de in deze sectoren geldende specifieke regelingen hiervan geen melding maken.⁶

De mogelijkheid dat behalve de ondernemer ook een Raad van Commissarissen ondernemingsovereenkomsten kan sluiten, blijft hier verder buiten beschouwing, maar lijkt in principe wel te bestaan. Essentieel voor een helder begrip lijkt me wel dat de wederpartij steeds een medezeggenschapsorgaan is.

De nieuwste ontwikkeling lijkt dat de ondernemingsraad ook wordt ingezet in een conflict tussen directie en Raad van Commissarissen. Dit is mogelijk door de ondernemingsraad in een ondernemingsovereenkomst de bevoegdheid toe te

⁶ Het gaat hier om de Wet medezeggenschap onderwijs (Wmo), de Wet op het Hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek (WHW) en het Besluit Medezeggenschap Defensie.

kennen om een enquêteverzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam.⁷

Daarnaast kennen ondernemingen beneden de 50 werknemers waarvoor geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld de personeelsvergadering (art. 35*b* WOR). De wet noemt niet de mogelijkheid van een ondernemingsovereenkomst met de personeelsvergadering. Invoering daarvan lijkt niet direct wenselijk. Theoretisch zou het denkbaar zijn dat over het aan de personeelsvergadering toekomende adviesrecht ook een ondernemingsovereenkomst wordt gesloten of dat de bevoegdheden hiermee worden uitgebreid. Anderzijds komt een dergelijke overeenkomst dicht in de buurt van een individuele overeenkomst die wordt gesloten met alle werknemers afzonderlijk. Gezien het feit dat de leden van de personeelsvergadering niet worden gekozen, zouden werknemers hun collega's kunnen binden op een moment dat zij afwezig zijn zonder dat daarvoor een duidelijk mandaat is verleend. Het lijkt daarom niet juist om deze mogelijkheid ook toe te kennen aan de personeelsvergadering. Een en ander kan worden opgelost door een overeenkomst te sluiten met alle werknemers gezamenlijk. Deze dient dan door ieder personeelslid individueel te worden ondertekend.

De Europese ondernemingsraad kent in elk geval de overeenkomst tot instelling van een Europese ondernemingsraad, die later door de Europese ondernemingsraad zelf kan worden vernieuwd (art. 8, 11 en 20 WEOR). Hoewel de regeling voor de Europese ondernemingsraad duidelijk gericht is op het bevorderen van onderhandelingen over de medezeggenschap ben ik geneigd deze overeenkomsten toch van een enigszins ander karakter te achten dan de in Nederland gangbare ondernemingsovereenkomsten. Of een Nederlandse regeling op een dergelijke overeenkomst van toepassing zou kunnen zijn, zal er mede van afhangen of dit kan binnen het kader van de Europese en nationale regelgeving terzake. Een principieel bezwaar zie ik verder niet. Overeenkomstige overwegingen gelden voor de SE-ondernemingsraad in het kader van een Europese vennootschap.

⁷ Gerechtshof Amsterdam (OK) 5 oktober 2005, *JAR* 2005/266 (Smit Transformatoren).

4. De definitie van de ondernemingsovereenkomst

In de praktijk maken ondernemers en ondernemingsraden regelmatig afspraken onder alle mogelijke benamingen. Daarbij is de term 'convenant' lange tijd populair geweest, wellicht omdat deze naam de juridische status veilig in het midden laat. Dit werd dan gedaan omdat niet duidelijk was of partijen de bevoegdheid hadden een overeenkomst te sluiten, of omdat zij de overeenkomst wilden zien als een niet juridisch afdwingbare "gentlemen's agreement".⁸

Geleidelijk heeft de praktijk echter meer vertrouwdheid gekregen met deze figuur en heeft ook de term ondernemingsovereenkomst voet aan de grond gekregen, welke een vertaling vormt van het Duitse begrip 'Betriebsvereinbarung'.⁹ De meeste convenanten zullen overigens ook zijn te beschouwen als een ondernemingsovereenkomst, tenzij uitdrukkelijk wordt bepaald dat dit anders is bedoeld. En ook dan kan de vraag worden gesteld of het altijd mogelijk is om rechtsgevolgen van een overeenkomst uit te sluiten. Gaat het bijvoorbeeld om een overeenkomst op basis van artikel 32 WOR dan lijkt uitsluiting van rechtsgevolgen niet goed denkbaar.

De wettelijke basis voor de ondernemingsovereenkomst is momenteel met name te vinden in de Wet op de Ondernemingsraden. Deze bepaalt dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad meer bevoegdheden dan de in deze wet genoemde aan de ondernemingsraad kunnen worden toegekend. Daarnaast kunnen in een dergelijke overeenkomst aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde worden gegeven. De ondernemer zendt een afschrift van de overeenkomst aan de bedrijfscommissie (art. 32 lid 2 WOR).

⁸ Zie in terughoudende zin M.G. Rood, 'Afspraken ondernemer-ondernemingsraad', *TVVS* 1991, p. 221 en J.C.M.G. Bloemarts, 'Enige beschouwingen over de contracterende ondernemingsraad', *SR* 1996, p. 89-93.

⁹ P.F. van der Heijden, 'De ondernemingsovereenkomst', *NJB* 1994, p. 765; P.F. van der Heijden & J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, Den Haag 1995, W. Zeijlstra & L. Sprengers, 'De ondernemingsovereenkomst anno 1996', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996* (VvA-bundel), Deventer 1997, p. 251.

Hoewel de wet de term 'ondernemingsovereenkomst' niet met zoveel woorden noemt,¹⁰ kunnen uit deze bepaling wel een tweetal onderdelen worden afgeleid van een mogelijke definitie van de ondernemingsovereenkomst.

Het eerste betreft de partijen bij de ondernemingsovereenkomst. Deze zijn in de vorige paragraaf al behandeld.

Het tweede element is dat de overeenkomst schriftelijk moet worden aangegaan. Een goede reden om dit vereiste te stellen aan de geldigheid van een ondernemingsovereenkomst is dat deze uit oogpunt van bewijsbaarheid beter schriftelijk kan worden vastgelegd. Het gaat hier vaak om overeenkomsten die grote belangen kunnen betreffen en die gevolgen kunnen hebben voor derden. In dit opzicht geldt dezelfde reden als waarom een CAO schriftelijk dient te worden aangegaan.¹¹ In beginsel kan de schriftelijke vastlegging ook gebeuren in bijvoorbeeld de notulen van een overlegvergadering. Het is echter transparanter indien dit gebeurt in een apart document dat door beide partijen wordt ondertekend.

De ondertekening zal als regel namens de ondernemingsraad plaatsvinden door de voorzitter en/of de secretaris. Het besluit om in te stemmen met de ondernemingsovereenkomst dient echter te worden genomen door de ondernemingsraad als zodanig. De ondernemer zal als regel worden vertegenwoordigd door de bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden, die immers het overleg met de ondernemingsraad voert. Het kan ook de bestuurder zijn die bevoegd is op het terrein waarop de overeenkomst betrekking heeft, bijvoorbeeld de arbeidsvoorwaarden. De interne vertegenwoordigingsregels van de onderneming zijn hiervoor bepalend. Van belang is dat de ondernemer op rechtens juiste wijze is gebonden.

Een ondernemingsovereenkomst kan op grond van het bovenstaande als volgt worden gedefinieerd: een ondernemingsovereenkomst is een schriftelijke overeen-

¹⁰ Het wetsvoorstel medezeggenschap werknemers noemde de term wel, *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 818, nr. 2, art. 6:31.

¹¹ Artikel 3 Wet CAO spreekt ouderwets van 'aangegaan bij eene authentieke of onderhandsche akte'.

komst tussen de ondernemer enerzijds en de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging anderzijds.

5. Het rechtskarakter van de ondernemingsovereenkomst

In de hierboven gegeven definitie worden uitsluitend de partijen benoemd. Het object van hun afspraken komt niet in de definitie voor, omdat dit sterk kan uiteenlopen. In een ondernemingsovereenkomst kan in principe ieder resultaat van onderhandelingen tussen ondernemer en ondernemingsraad worden vastgelegd. Dat kan betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden, maar ook op andere afspraken, zoals uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad, procedures die zullen worden gehanteerd voor de medezeggenschap tijdens een fusieproces etcetera.

Voldoet de ondernemingsovereenkomst met deze ruime omschrijving wel aan het karakter van een overeenkomst? Een overeenkomst is een rechtshandeling, totstandgekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide partijen over en weer.¹² Bij een ondernemingsovereenkomst beogen partijen als regel rechtsgevolgen tot stand te brengen: zij willen elkaar verplichten om zich tegenover de ander – en mogelijk ook tegenover derden – aan de overeenkomst te houden. Slechts indien uitdrukkelijk niet wordt beoogd om rechtsgevolgen teweeg te brengen, zou men niet van een overeenkomst kunnen spreken.

De ondernemingsovereenkomst zal als regel een obligatoire overeenkomst betreffen, waarbij partijen tegenover elkaar een of meer verbintenissen aangaan. Het kan hierbij gaan om een duurovereenkomst, waarbij partijen overeenkomen dat de ondernemingsraad bijvoorbeeld een bepaalde bevoegdheid krijgt, of dat de ondernemer bepaalde arbeidsvoorwaarden zal toepassen. Het kan ook gaan

¹² *Asser-Hartkamp* 4-II, nr. 8.

om voorbijgaande verbintenissen, zoals de overeenkomst waarbij een eenmalig geldende procedureafspraken wordt gemaakt.

6. De rol van de bedrijfscommissie

Volgens de wet dient de ondernemer een afschrift van de ondernemingsovereenkomst te zenden aan de bedrijfscommissie. Naar mijn mening vormt dit geen vereiste voor de rechtsgeldigheid van een ondernemingsovereenkomst.¹³ De wet vermeldt niet dat de ondernemingsovereenkomst pas geldig wordt nadat deze door de bedrijfscommissie is ontvangen. Er geldt ook geen plicht voor de bedrijfscommissie om bericht van ontvangst te verzenden.

Het doel van de verzending aan de bedrijfscommissie is in de eerste plaats dat de bedrijfscommissie inzicht krijgt in de toepassing van de bepaling. De wet verplicht de bedrijfscommissie niet om de toegezonden ondernemingsovereenkomst te registreren. Indien dit gebeurt, maakt dit onderzoek naar het voorkomen van ondernemingsovereenkomsten mogelijk. Anderzijds is het zeer de vraag of in de praktijk veel van de tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten wel volgens dit voorschrift worden verzonden aan bedrijfscommissies. Een theoretisch voordeel van de toezending is ook dat de bedrijfscommissie beschikt over een exemplaar van de overeenkomst in geval zich later een geschil voordoet. Het is echter de vraag of de bedrijfscommissies de hen toegezonden ondernemingsovereenkomsten in de praktijk nog wel eens gebruiken. Toezending ten behoeve van een later gebruik in een geschil is ook niet zo noodzakelijk, aangezien partijen in geval van een geschil – net als bij elke andere overeenkomst – een exemplaar in het geding kunnen brengen bij het fourneren van stukken.

Daarnaast is van belang dat de positie van de bedrijfscommissie ter discussie staat. In het wetsvoorstel WMW werd voorgesteld de bedrijfscommissie af te schaffen.¹⁴ Dit gebeurde onder meer om reden van het gebrekkige functioneren van sommige bedrijfscommissies. Weliswaar is dit wetsvoorstel weer

¹³ In dezelfde zin; F.W.H. Vink, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu 2002, p. 167.

¹⁴ Zie de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II 2004-2005*, 29 818, nr. 3, p. 55-56.

ingetrokken, maar de bezwaren richtten zich niet zo zeer tegen dit onderdeel. Het ligt voor de hand dat vroeger of later opnieuw de vraag wordt gesteld of wij de bedrijfscommissies nog wel nodig hebben. Het lijkt niet verstandig de figuur van de ondernemingsovereenkomst te laten afhangen van de registratie van dit ter discussie staande orgaan.

Ook CAO's moeten worden geregistreerd en wel bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, in de praktijk bij de Arbeidsinspectie. CAO's worden sinds kort ook gepubliceerd op Internet. Het zou overweging verdienen te bepalen dat ook een ondernemingsovereenkomst op een bepaalde wijze moet worden gepubliceerd. Zoals het vroegere arbeidsreglement moest worden opgehangen in de fabriek, zo zou de moderne ondernemingsovereenkomst, voor zover deze van belang is voor werknemers, kunnen worden gepubliceerd in de vorm van een papieren versie die aan de werknemers wordt overhandigd, dan wel op het intranet van een onderneming. Van belang is overigens dat er ook een schriftelijke en door beide partijen ondertekende versie wordt bewaard door beide partijen. Het intranet is immers aan verandering onderhevig en teksten kunnen daarvan worden verwijderd.

Bij de CAO zien we verder dat registratie bij het Ministerie van SZW ook plaatsvindt met het oog op mogelijke looningrepen. Daarom is de verplichting opgenomen in artikel 4 Wet op de Loonvorming en is de inwerkingtreding van de CAO's pas mogelijk nadat bericht van ontvangst door het ministerie is verzonden.¹⁵ Theoretisch zou het denkbaar zijn om voor ondernemingsovereenkomsten die arbeidsvoorwaarden te regelen hetzelfde te bepalen. Voor looningrepen zou ook deze informatie voor het ministerie van belang kunnen zijn. Anderzijds levert dit een grote rompslomp op. Men kan zich ook afvragen of de plicht tot registratie van CAO's voor dit doel nog wel van deze tijd is. Looningrepen komen nauwelijks voor en zouden licht in strijd komen met de collectieve onderhandelingsvrijheid. Registratie van CAO's bij het ministerie heeft thans nog als voornaamste functie dat publicatie op Internet mogelijk wordt.

¹⁵ Zie voor een sociaal plan als CAO deze voorwaarde in HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 408, *JAR* 2001/82 (Dusgun/Abilis Tesco).

Bij ondernemingsovereenkomsten is er meer reden om dit aan de ondernemer over te laten, doch een verplichting tot interne bekendmaking ligt wel in de rede.

7. Het onderwerp van de ondernemingsovereenkomst

Welke onderwerpen lenen zich voor regeling in een ondernemingsovereenkomst?

In de eerste plaats zijn dit natuurlijk de uitdrukkelijk in de wet genoemde:

- de uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad¹⁶
- nadere afspraken over de toepassing van de wet.¹⁷

Daarnaast kunnen andere wetten bepalen dat ondernemingsovereenkomsten kunnen worden gesloten. Zo kan op grond van de Arbeidstijdenwet een collectieve regeling worden getroffen waarin van de standaardregeling wordt afgeweken. Dit kan gebeuren in de vorm van een ondernemingsovereenkomst.¹⁸

We kennen ook de figuur van het zogeheten ‘tweederde dwingend recht’. Enkele wetten bepalen dat afwijking van de wet mogelijk is indien hierover schriftelijk

¹⁶ Zo komen in de jurisprudentie voorbeelden voor van ondernemingsovereenkomsten waarin een verzaamd adviesrecht in het kader van een fusie werd toegekend (OK Gerechtshof Amsterdam OK 31 januari 2005, *JAR* 2005/80, GGZ Groningen) en uitbreiding van adviesrechten in het kader van een structuurwijziging (HR 16 februari 1989, *NJ* 1990, 693, Douwe Egberts).

¹⁷ Zo komen in de jurisprudentie voorbeelden voor van ondernemingsovereenkomsten over de instelling van een OR voor twee ondernemingen (OK Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2005, *JAR* 2005/64, Top Craft); over een reorganisatie (Ktr. Hoorn 19 mei 2003, *JAR* 2003/153, Speciality Packaging Nederland); over harmonisering van arbeidsvoorwaarden (Ktr. Utrecht 30 januari 2002, *JAR* 2002/60, Achmea); over een gefaseerd tijdspad voor besluitvorming (OK Gerechtshof Amsterdam 13 december 2001, *JAR* 2002/14, PTT Post); over het OR-werk (Ktr. Utrecht 30 juni 1999, *JAR* 1999/55, Winkeler/AXA); over een structuurwijziging (OK Gerechtshof Amsterdam 18 februari 1999, *JAR* 1999/60); over behoud van vervoersfaciliteiten voor werknemers (OK Gerechtshof Amsterdam 16 oktober 1997, *NJ* 1998, 717, *JAR* 1997/242, NS Infra Services); over toepassing van het adviesrecht HR 17 maart 1993, *NJ* 1993, 366, *JAR* 1993/77 (Smit Vlootbeheer); over het afzien door de OR van een beroep op de rechter (Ktr. Amsterdam 8 september 1992, *JAR* 1992/82, Heijmans/Hema).

¹⁸ Het is de bedoeling de figuur van de overlegeregeling weer uit de Arbeidstijdenwet te verwijderen. Zie over de gevolgen daarvan mijn bijdrage ‘Stille revolutie in het arbeidstijdenrecht’ in de in 2006 te verschijnen bundel opgedragen aan A. Geers.

overeenstemming wordt bereikt met de ondernemingsraad.¹⁹ In feite wordt hierbij ook een ondernemingsovereenkomst vereist.

Partijen kunnen ook zelf overeenkomen dat de ondernemingsraad de bevoegdheid krijgt om andere zaken in een ondernemingsovereenkomst te regelen. Is er een dergelijke 'basisondernemingsovereenkomst', dan kan daarop de bevoegdheid worden gebaseerd om over andere kwesties ondernemingsovereenkomsten te sluiten. Wanneer wordt besloten dat de ondernemingsraad de bevoegdheid krijgt om te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden,²⁰ dan wordt het resultaat daarvan gewoonlijk ook neergelegd in een overeenkomst. Ook dit is een ondernemingsovereenkomst. Deze overeenkomst berust in het huidige stelsel uiteindelijk op artikel 32 WOR, omdat zij een logisch gevolg is van de overeenkomst tot uitbreiding van bevoegdheden die daarin wordt genoemd. Toch is het een gemis dat de wet deze mogelijkheid niet expliciet noemt.

Ook buiten het geval waarin expliciet een wettelijke basis is te vinden voor het sluiten van een overeenkomst, acht ik de ondernemingsraad bevoegd om ondernemingsovereenkomsten te sluiten, wanneer deze betrekking hebben op de wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad. Dit betreft dus allerlei aspecten rond de wettelijk geregelde faciliteiten en bevoegdheden van de ondernemingsraad, maar ook de in artikel 28 WOR genoemde onderwerpen waar de ondernemingsraad vooral een controlerende en stimulerende taak heeft. De ondernemingsraad is weliswaar geen rechtspersoon, maar is wel rechtsbevoegd wanneer de wet hem uitdrukkelijk een bevoegdheid toekent. Een wettelijke algemene regeling hiervoor zou overigens wel wenselijk zijn om ieder misverstand weg te nemen.

Daarnaast wordt regelmatig de figuur gebruikt van een ondernemingsovereenkomst ter nadere uitwerking van een CAO-bepaling. Ook deze mogelijk-

¹⁹ Dat geldt voor de mogelijkheid om van het recht op vermeerdering van de arbeidsduur af te zien (art. 2 lid 11 Wet aanpassing arbeidsduur), en de regelingen voor calamiteiten en ander kort verzuimverlof (art. 4:7 Waz), kortdurend zorgverlof (art. 5:120 Waz) en loopbaanonderbreking (art. 7:9 lid 2 Waz). Zie uitvoeriger over deze figuur, G.J.J. Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: Sdu 2005, p. 121-133, 128-130.

²⁰ Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, *NJ* 1993, 342, *JAR* 1992/22 (Grabowski).

heid is niet wettelijk geregeld. Wel bepaalt de wet dat het mogelijk is om in de CAO uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad overeen te komen (art. 32 lid 1 WOR).

Daarnaast is het mogelijk dat de CAO een bepaling bevat die nader kan worden uitgewerkt in overleg met de ondernemingsraad (decentralisatiebepaling). De juridische status van de in dat kader tot stand gekomen afspraken is nog onzeker. Zij zouden binding kunnen hebben op dezelfde wijze als de CAO zelf. Hierover wordt in de literatuur verschillend gedacht. Naar mijn oordeel kan de CAO deze doorwerking uitdrukkelijk verlenen voor nauwkeurig omschreven onderwerpen die nader worden geregeld door in de CAO aangewezen partijen.²¹ Fase & Van Drongelen laten zich over de rechtsgeldigheid van dergelijke bepalingen onduidelijk uit.²²

In een decentralisatiebepaling kan de bandbreedte worden aangegeven waarbinnen van de CAO kan worden afgeweken in een ondernemingsovereenkomst. Dit kan wel aanleiding geven tot interpretatieverschillen. Zo kan worden bepaald dat de met de ondernemingsraad te treffen regeling per saldo niet minder gunstig moet zijn dan de CAO. In de praktijk kan dit tot discussies leiden. Ook kunnen decentralisatiebepalingen problemen opleveren indien er sprake is van verschillende looptijden van CAO en ondernemingsovereenkomst. Het is in deze gevallen in het algemeen verstandig de looptijd van de ondernemingsovereenkomst te koppelen aan de duur van de toepassing van de dan geldende CAO.²³

²¹ G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap met betrekking tot arbeidsvoorwaarden', RM Themis 1999, p. 264-271, 268; in dezelfde zin P.F. van der Heijden, 'WOR 1998', SMA 1998, p. 207-214.

²² W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, p. 70-71 spreken over een 'incorporatiebeding in een CAO'. Zij menen ook dat de decentrale regelingen gemeld moeten worden in de zin van art. 4 Wet op de Loonvorming, hetgeen mij weinig praktisch lijkt.

²³ Ktr. Helmond 8 januari 2003, JAR 2003/27 (Bouw- en Houtbonden/SGB Holland) kiest voor een redelijke uitleg in het geval van onduidelijkheid op dit punt. Het betoog van A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, Deventer: Kluwer 2003, p. 190-191 dat per overeenkomst instemming met de leden van de vakbond zou moeten worden gevraagd komt mij niet erg praktisch voor.

Een ondernemingsovereenkomst op het gebied van de arbeidsvoorwaarden kan voordelen hebben boven eenzijdige ondernemersbesluiten. Het besluit kan draagkracht verkrijgen onder de werknemers door de toetsing door de ondernemingsraad, wordt daardoor mogelijk evenwichtiger van inhoud en zal in een eventuele juridische procedure door de rechter eerder als redelijk worden beschouwd, bijvoorbeeld bij toetsing aan de eis van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) of bij wijziging van een arbeidsovereenkomst (art. 7:613 BW). De ondernemingsraad kan om het draagvlak voor de ondernemingsovereenkomst te vergroten zijn instemming afhankelijk maken van de uitkomst van een raadpleging van de werknemers.

8. Duur van de ondernemingsovereenkomst

Heeft de ondernemingsovereenkomst een duurkarakter, dan gelden daarvoor de regels die voor elke duurovereenkomst gelden. Dat wil zeggen dat de overeenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd, tenzij de looptijd uitdrukkelijk wordt bepaald. Indien de overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, dan kan deze worden opgezegd, met inachtneming van een redelijke opzegtermijn. De ondernemingsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan kan zelf een opzegtermijn bepalen. Bij gebreke daarvan moet een redelijke termijn in acht worden genomen.²⁴ Wat een redelijke termijn is, kan afhangen van het onderwerp en de tijd die de wederpartij nodig heeft om zich in te stellen op het beëindigen van de overeenkomst.

Gaat het om een overeenkomst over arbeidsvoorwaarden, dan ligt een vooraf bepaalde looptijd voor de hand, net zoals bij de CAO.

Wordt de ondernemingsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan, dan is tussentijdse opzegging in beginsel slechts toegelaten indien dit uitdrukkelijk is overeengekomen.

²⁴ In art. 6:31 lid 3 van het ingetrokken wetsvoorstel Medezeggenschap werknemers werd de opzegtermijn op 6 maanden bepaald, *Kamerstukken II 2004-2005*, 29 818, nr. 2.

Een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst kan, zo tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging worden beëindigd. Weliswaar is niet geheel uitgesloten dat op dit beginsel een uitzondering wordt aangenomen, maar een dergelijke uitzondering kan slechts haar grond vinden in onvoorziene - dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde - omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.²⁵

Het is dus van groot belang om de duur van de overeenkomst nauwkeurig te bepalen en bijvoorbeeld bij afspraken over verkiezingen te waarborgen dat niet op onverhoedse momenten door één der partijen tot opzegging kan worden overgegaan als op enig moment de gang van zaken niet meer bevalt.²⁶

De ondernemingsovereenkomst die voor bepaalde tijd is aangegaan, kan ook bepalen dat deze aan het einde van de looptijd dient te worden opgezegd, alsmede wat het gevolg is van een niet tijdige opzegging of van een stilzwijgende verlenging. Zo kan het verstandig zijn om ook regels af te spreken voor een eventuele stilzwijgende verlenging van de overeenkomst, bijvoorbeeld dat de overeenkomst automatisch wordt verlengd, tenzij één der partijen een bepaalde tijd van tevoren opzegt.

De ondernemingsovereenkomst kan ook ontbindende voorwaarden bevatten.

Bij de invoering van de ondernemingsovereenkomst in 1998 heeft de wetgever het standpunt ingenomen, dat opvolgende ondernemingsraden en bestuurders door bestaande ondernemingsovereenkomsten gebonden blijven.²⁷

Sommige schrijvers hebben daarentegen betoogd dat de ondernemingsovereenkomst automatisch eindigt aan het einde van de zittingstermijn van de ondernemingsraad, omdat de ondernemingsraad niet bevoegd zou zijn een volgende

²⁵ HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 (Mondia/Calanda).

²⁶ Vgl. V.zr. Rb. Assen 26 november 2002, *JAR* 2003/54 (De Grittenborgh).

²⁷ *Kamerstukken II* 1996–1997, 24 615, nr. 9, p. 33.

ondernemingsraad te binden.²⁸ Dit standpunt houd ik voor onjuist. Een ondernemingsraad is een orgaan van de onderneming en een nieuw samengestelde ondernemingsraad is in beginsel hetzelfde orgaan, zij het dat andere personen daarvan dan lid zijn. Hij heeft de besluiten van de ondernemingsraad in vorige samenstelling te respecteren, net zoals het bestuur van een onderneming is gebonden aan toezeggingen die zijn gedaan in een andere personele samenstelling. Ook nieuwe leden van de ondernemingsraad en nieuwe bestuurders zijn door de ondernemingsovereenkomst die door hun voorgangers is gesloten, gebonden. Zij hebben echter uiteraard de bevoegdheid deze op te zeggen volgens de hierboven aangegeven regels. Dat ook de regering niet overtuigd is door de standpunten van tegenstanders, blijkt uit de herhaling van het eerdere standpunt in de Memorie van Toelichting van het recentere, zij het inmiddels weer ingetrokken wetsvoorstel Medezeggenschap werknemers. Hierin wordt gesteld dat de looptijd van afspraken op grond van een ondernemingsovereenkomst onbepaald is, tenzij anders is overeengekomen. "Dit betekent dat een nieuwe OR in beginsel aan de afspraken is gebonden. Dat geldt ook voor een nieuwe bestuurder. Op de overeenkomst tussen ondernemer en OR is het overeenkomstenrecht van toepassing. Om geschillen over de in acht te nemen opzegtermijn van deze overeenkomst te voorkomen is in het wetsvoorstel opgenomen dat indien geen afspraak is gemaakt over de afloop van de overeenkomst, de overeenkomst met een termijn van zes maanden kan worden opgezegd. Dit geeft aan zowel de ondernemer als de OR de nodige duidelijkheid over de looptijd van de overeenkomst."²⁹

Een aparte problematiek is nog de toepassing van de ondernemingsovereenkomst na een overgang van onderneming. Voor zover de ondernemingsovereenkomst is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst zullen de daarmee geïncorporeerde rechten en plichten uit die ondernemingsovereenkomst mee overgaan op de verkrijger. Wordt echter na de overgang de ondernemings-

²⁸ Met name Rood in P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 437.

²⁹ *Kamerstukken II 2004-2005*, 29 818, nr. 3, p. 46.

overeenkomst bij de overdragende onderneming gewijzigd, dan werken die wijzigingen niet meer door in de arbeidsovereenkomst van de werknemer.³⁰ Verdedigd kan worden dat ondernemingsovereenkomsten die worden gesloten bij de overnemer wel deel gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst indien deze reeds voor de overgang een incorporatiebeding bevatte. Dit zal met name het geval zijn indien bij de overnemer ook het gebruik bestaat om in de arbeidsovereenkomsten met de werknemers een incorporatiebeding op te nemen. Uit een oogpunt van gelijkheid is dan moeilijk te verdedigen dat dit niet zou gelden voor overgenomen werknemers die zelf reeds een incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst hadden. Analoog aan art. 14a Wet CAO ligt het echter voor de hand dat dit slechts geldt voor ondernemingsovereenkomsten die tot stand komen na de overgang. Het zou overigens wenselijk zijn dit ook in de wet te bepalen. De ondernemingsovereenkomst werkt echter niet door indien de overdragende onderneming geen incorporatiebedingen in de arbeidsovereenkomsten had opgenomen. Wel kan worden verdedigd dat een voorstel aan de overgenomen werknemers om een dergelijk beding op te nemen in de arbeidsovereenkomsten een redelijk voorstel is waar zij als goede werknemers op moeten ingaan.³¹

9. De uitleg van de ondernemingsovereenkomst

In beginsel gelden voor de ondernemingsovereenkomst de normale uitlegeregels wanneer het gaat om verplichtingen die zij voor de partijen zelf bevatten. Zij moet dan worden uitgelegd in het licht van wat partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, mede op grond van hun uitlatingen in de onderhandelingsfase, de zgn. Haviltex-norm.³²

Gaat het echter om bepalingen die gericht zijn op derden, dan ligt dat anders. Dit geldt bijvoorbeeld voor arbeidsvoorwaardenbepalingen die bedoeld zijn

³⁰ HvJ EG 9 maart 2006, nr. C-499/04, *JAR* 2006/83 (Werhof/Freeway Traffic Systems).

³¹ HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 767, *JAR* 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

³² HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).

voor werknemers. Dan geldt de objectieve uitleg van de zgn. CAO-norm. Dit deel van een ondernemingsovereenkomst is naar haar aard bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van werknemers die de bedoeling van de contracterende partijen uit die ondernemingsovereenkomst en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen, terwijl de ondernemingsovereenkomst ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. De CAO-norm leidt niet tot een louter taalkundige uitleg. Er is hierbij sprake van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de ondernemingsovereenkomst gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de ondernemingsovereenkomst behorende schriftelijke toelichting bij de uitleg van de ondernemingsovereenkomst moeten worden betrokken.³³ Indien de bedoeling van de partijen bij de ondernemingsovereenkomst naar objectieve maatstaven volgt uit de bepalingen van de ondernemingsovereenkomst en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.³⁴

Daarnaast heeft de Hoge Raad uitgesproken dat tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang. Enerzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltex-norm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd - nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden - de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende

³³ HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 110, *JAR* 2002/153 (De Heel/Huisman).

³⁴ HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111, *JAR* 2002/168 (Buijsman/Motel Akersloot).

toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltex-norm ligt de gedachte ten grondslag dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.³⁵

10. Doorwerking in de arbeidsovereenkomst

Een ondernemingsovereenkomst werkt naar huidig Nederlands recht niet rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomst. Wel kan de individuele arbeidsovereenkomst een bepaling bevatten waardoor een ondernemingsovereenkomst in de arbeidsovereenkomst wordt geïncorporeerd. In dat geval zijn partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst tegenover elkaar aan deze ondernemingsovereenkomst gebonden. Uiteraard geldt dit alleen voor de bepalingen die individuele aanspraken bevatten. Deze mogelijkheid van incorporatie wordt aangenomen op basis van het algemene overeenkomstenrecht.³⁶

Met deze constructie heeft Nederland gekozen voor een contractueel stelsel van doorwerking van ondernemingsovereenkomsten. Het voordeel daarvan is dat de werknemer in beginsel zelf moet instemmen met de toepasselijkheid van regelingen van arbeidsvoorwaarden op zijn arbeidsverhouding. Het nadeel van deze situatie is echter dat de werkgever in alle arbeidsovereenkomsten een incorporatiebeding moet opnemen.

Een probleem bij deze situatie is ook de vraag in hoeverre wijzigingen van de ondernemingsovereenkomsten ook gelden op grond van het incorporatiebeding.

³⁵ HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/82 (Pensioenfonds DSM/Fox).

³⁶ Vgl. reeds ten aanzien van het vroegere arbeidsreglement HR 4 mei 1956, *NJ* 1956, 299.

Mijns inziens mag in beginsel worden aangenomen dat een incorporatiebeding dat een ondernemingsovereenkomst op het gebied van de arbeidsvoorwaarden incorporeert in de arbeidsovereenkomst, mede omvat nieuwe ondernemingsovereenkomsten, die nadien tot stand komen en die dezelfde materie betreffen.³⁷ Men kan dit uitdrukkelijk vermelden in het incorporatiebeding, maar de intentie kan ook blijken uit de strekking van de bepaling. De werknemer behoeft dan niet in te stemmen met elke afzonderlijke wijziging van de ondernemingsovereenkomst.

De mogelijkheid om bij voorbaat in te stemmen met toekomstige wijzigingen is niet onomstreden. Het vroegere artikel 1637I BW verbood dit ten aanzien van het vroegere arbeidsreglement. Daar staat tegenover dat de werknemer die niet met wijzigingen instemde daarmee onder het oude recht ontslag nam. Het huidige artikel 7:613 BW houdt wel in dat de werknemer kan instemmen met een bevoegdheid van zijn werkgever om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Op deze grond kan ook door de werknemer worden ingestemd met een beding waarin huidige en toekomstige regelingen die in overeenstemming met de ondernemingsraad zijn tot stand gekomen in de arbeidsovereenkomst worden geïncorporeerd. Mijns inziens kan ook indien niet expliciet is vermeld dat het beding op toekomstige regelingen met de ondernemingsraad betrekking heeft, worden aangenomen dat de werknemer instemt met toekomstige wijzigingen van de ondernemingsovereenkomst die plaatsvinden met instemming van de ondernemingsraad. Deze wijzigingen dienen dan wel te voldoen aan de eisen van artikel 7:613 BW. Het feit dat de ondernemingsraad instemt met de wijziging, levert ook hierbij een aanwijzing op dat de werkgever bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft.³⁸ De werkgever kan de wijziging slechts doorvoeren indien dit belang zo zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad hiervoor naar redelijkheid en billijkheid moet wijken.

³⁷ Hetzelfde geldt mijns inziens voor een incorporatiebeding met betrekking tot de CAO.

³⁸ Vgl. de motivering voor het intrekken van het aanvankelijk voorziene tweede lid van artikel 7:613 BW, *Kamerstukken II* 1996–1997, 24 615, nr. 9, p. 32.

Iedere twijfel over de vraag of de wijziging van de geïncorporeerde ondernemingsovereenkomst partijen bindt, wordt weggenomen wanneer de arbeidsovereenkomst een zelfstandig schriftelijk wijzigingsbeding bevat in de zin van art. 7:613 BW. Met behulp van een dergelijk wijzigingsbeding kan de werkgever de arbeidsovereenkomst wijzigen indien er sprake is van een wijziging van een bestaande of de invoering van een nieuwe ondernemingsovereenkomst.

Om hiervan gebruik te kunnen maken, dient de ondernemer een zwaarwichtig belang te hebben bij de wijziging. De instemming van de ondernemingsraad vestigt het vermoeden van een dergelijk zwaarwichtig belang.³⁹ Daarnaast kan volgens artikel 7:613 BW een wijziging getoetst worden aan de redelijkheid en billijkheid tegenover de individuele werknemer. Dit biedt een waarborg tegen plotselinge, ingrijpende nadelige wijzigingen van de ondernemingsovereenkomst.

Voorwaarde acht ik in beide gevallen dat de tekst van de wijziging of van de gewijzigde ondernemingsovereenkomst als geheel ter beschikking is gesteld van de werknemer, hetgeen desgewenst kan gebeuren via het interne computernetwerk van de ondernemer, mits de werknemer daartoe toegang heeft en de wijziging voldoende is bekendgemaakt.

In de literatuur is veelvuldig betoogd dat een ondernemingsovereenkomst rechtstreeks werknemers zou moeten kunnen binden, het systeem dat in Duitsland gangbaar is. Daar geldt niet ons contractuele stelsel, maar een institutioneel stelsel voor de doorwerking van ondernemingsovereenkomsten in de arbeidsovereenkomst.⁴⁰

³⁹ HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM). HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 607 herhaalt deze overweging

⁴⁰ F. Koning, 'Arbeidsreglement en ondernemingsovereenkomst', *SR* 1996, p. 160-165; A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)regelingen', *SR* 1996, p. 63-68; A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort van het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922, 922; W.J.P.M. Fase, 'De afschaffing van het arbeidsreglement en de invoering van het eenzijdige wijzigingsbeding', *SMA* 1996, p. 517-526; B. Otten, 'De combinatie CAO-ondernemingsovereenkomst nader bezien', *SR* 1998, p. 370-373; R. Hansma, 'Met artikel 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen',

Een zekere invloed van de ondernemingsraad op de individuele rechtspositie van werknemers kennen we wel al in het geval van het al eerder genoemde 'tweederde dwingend recht'. De wettelijke grenzen worden dan nader gesteld door de ondernemingsraad. Maar binnen die grenzen behoudt de werknemer dan nog zijn recht om zelf in te stemmen met zijn arbeidsvoorwaarden.

De angst dat de ondernemingsraad te gemakkelijk door de ondernemer wordt ingepalmd en de belangen van de werknemers niet goed zal behartigen, wordt niet gestaafd door veel concrete voorbeelden waar het mis ging. Uit deze gedachte spreekt een gering vertrouwen in ondernemingsraden. Ongetwijfeld zou bij invoering van dit systeem het ook wel eens mis gaan en die ondernemingsraad zal dan bij de volgende verkiezingen waarschijnlijk worden vervangen door een betere. Omdat de ondernemer weet dat hij rekening moet houden met onvrede en verzet van werknemers als de overeenkomst geen draagvlak heeft, zal hij niet vaak proberen om de besluitvorming in de ondernemingsraad te veel naar zijn hand te zetten. Daarnaast onthoudt men in het huidige systeem de werknemers een eenvoudig beroep op de rechten die de ondernemingsraad wel voor hen kan hebben verworven. Om problemen te voorkomen zou men eventueel waarborgen kunnen inbouwen dat bijvoorbeeld overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden slechts binden na het houden van een bindend referendum onder het personeel. Dit zou zowel wettelijk kunnen worden geregeld als kunnen worden overgelaten aan CAO's en de ondernemingsraad zelf.

Het huidige systeem heeft in elk geval als nadeel dat een ondernemer er steeds aan moet denken om incorporatiebedingen in alle individuele arbeidsovereenkomsten op te nemen, terwijl de werknemer wel gebonden is aan de ondernemingsovereenkomsten als de ondernemer dit huiswerk netjes doet. Aldus heeft het huidige contractuele stelsel veel van de nadelen die ook kleven aan het contractuele CAO-stelsel dat wij kennen. Maar in tegenstelling tot bij

SR 1998, p. 373-375; G.J.J. Heerma van Voss, 'Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden', *RM Themis* 1999, p. 264-271, 268-270. Het standpunt werd ook al ingenomen door G. van den Bergh, *De medezeggenschap der arbeiders in de particuliere onderneming*, Amsterdam 1924, p. 286 en W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam: Paris 1936, p. 116 en 119.

het CAO-recht geldt hier niet het bezwaar dat men niet-leden een recht zou toekennen waar men geen contributie voor heeft betaald of een plicht waar men niet over heeft kunnen meestemmen in een ledenvergadering. Vakbonden pleiten wel al voor een instemmingsrecht met regelingen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden (FNV) of het sociaal beleid (CNV). Het is niet duidelijk waarom zij zich nog zouden verzetten tegen de doorwerking van ondernemingsovereenkomsten, nu dit als regel juist in het belang zal zijn van de werknemer en overigens ook al vaak gebeurt door incorporatie.

11. Handhaving van de ondernemingsovereenkomst

De wet bepaalt dat indien in de ondernemingsovereenkomst aan de ondernemingsraad een recht op advies of instemming wordt gegeven over andere voorgenomen besluiten dan genoemd in de artikelen 25 en 27, de aan die artikelen verbonden beroepsregelingen van artikel 26, resp. 27, vierde tot en met zesde lid, van toepassing zijn (art. 32 lid 4 WOR).

Daarnaast kan worden betoogd dat de ondernemingsraad op grond van artikel 36 lid 2 WOR de naleving kan eisen van een ondernemingsovereenkomst die op grond van art. 32 WOR is tot stand gekomen. Daarbij is eerst bemiddeling en advies van de bedrijfscommissie noodzakelijk en kan daarna de kantonrechter worden ingeschakeld.

In beginsel beschikt de ondernemingsraad echter ook over een zelfstandige actie tot handhaving van de ondernemingsovereenkomst op grond van het algemene overeenkomstenrecht. De ondernemer die de overeenkomst niet naleeft, pleegt een tekortkoming die kan leiden tot ontbinding van de ondernemingsovereenkomst, maar ook tot een veroordeling tot nakoming, dan wel tot schadevergoeding. De actie tot schadevergoeding zal in veel gevallen geen zin hebben, aangezien de schade voor de ondernemingsraad niet direct aanwijsbaar is. Wel kan schadevergoeding worden gevorderd in andere vormen dan geld, dus bijvoorbeeld het treffen van compenserende voorzieningen voor werknemers.

Uiteraard geldt de actie ook omgekeerd indien de ondernemingsraad zich niet aan de overeenkomst houdt.

Daarnaast is het mogelijk om in de ondernemingsovereenkomst een arbitrage-regeling op te nemen. Ook kan een ondernemingsovereenkomst worden gesloten met als enig doel het instellen van arbitrage voor het geval zich geschillen tussen partijen voordoen of voor een concreet reeds gerezen geschil. Een ondernemingsovereenkomst kan ook de vorm hebben van een vaststellingsovereenkomst die erop gericht is een geschil tussen ondernemer en ondernemingsraad te beëindigen. Ook kan mediation worden overeengekomen in een ondernemingsovereenkomst. Voor zover de ondernemingsovereenkomst arbeidsvoorwaarden regelt, zal de werknemer deze kunnen handhaven voor zover de ondernemingsovereenkomst is geïncorporeerd in zijn arbeidsovereenkomst. Een werknemer heeft dus een zelfstandig belang bij het sluiten van een incorporatiebeding. De individuele werknemer heeft ook belang bij invoering van een institutioneel stelsel ten aanzien van de ondernemingsovereenkomst.

12. Ondernemingsovereenkomst en sociaal plan

Ook een sociaal plan kan worden gesloten in de vorm van een ondernemingsovereenkomst.⁴¹ Vaak zal dit met name aan de orde komen in ondernemingen, waarin de vakbonden geen rol spelen. Voor de werkgever kan dat als nadeel hebben dat een ondernemingsraad niet de werknemers rechtstreeks kan binden. Anderzijds zal ook in een onderneming waarin een sociaal plan geldt dat met de vakorganisaties is afgesproken, die binding niet vanzelf spreken. Voor de ongeorganiseerden geldt die binding niet, zodat deze eventueel alleen kan worden bereikt via een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst. Indien de arbeidsovereenkomsten een dergelijk beding bevatten, is het echter de vraag of dit zich ook uitstrekt tot het sociaal plan. Een zorgvuldig geformuleerd incorporatiebeding kan die mogelijkheid wel bieden. Dit zal echter vooral aan de

⁴¹ J. van der Hulst, *Het sociaal plan*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-168.

orde zijn in grote ondernemingen die veelvuldig met reorganisaties van doen hebben en die daarom beschikken over min of meer permanente sociale plannen. Daarnaast is het de vraag of de binding zo belangrijk is. Immers, in de meeste gevallen zal het sociaal plan voorzieningen bieden die aan de werknemers worden aangeboden en die zij graag zullen ontvangen. Het probleem van de binding doet zich met name voor indien een in een sociaal plan aangeboden vergoeding beperkter is dan de vergoeding die de rechter eventueel zou toekennen, omdat de ondernemer geringe financiële mogelijkheden heeft. In dit gevallen zal de werkgever willen bewerkstelligen dat de niet aan het sociaal plan gebonden werknemers geen hogere vergoedingen krijgen toegewezen dan de wel gebonden werknemers. Ten aanzien van kennelijk onredelijk ontslag overwoog de Hoge Raad dat voor een werknemer een sociaal plan dat met vakorganisaties tot stand gekomen is, maar waaraan hij niet als lid is gebonden, toch betekenis heeft voor de bepaling van de ontslagvergoeding. In een dergelijke situatie vormt bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan, een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.⁴² Nog onduidelijk is wat in dit opzicht de betekenis is van een met de ondernemingsraad afgesloten sociaal plan.

Volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bestaat bij een uitsluitend met de ondernemingsraad afgesproken sociaal plan “in zijn algemeenheid onvoldoende grond om bij de toekenning van de vergoeding ex artikel 7:685 BW af te wijken van de Aanbevelingen. Het is immers de vraag in hoeverre de Ondernemingsraad zeker bij kleinere bedrijven voldoende afstand tot de ondernemer kan nemen om een objectieve uitspraak te doen over de noodzaak van een reorganisatie en het treffen van afvloeiingsregelingen die lager zijn dan de Aanbevelingen. Bovendien geldt dat de ondernemingsraad een overlegorgaan is dat de werknemers niet kan binden (art. 3 WOR).”

⁴² HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324, *JAR* 2002/165 (Bulut/Troost).

Hoewel deze formulering nog een mogelijkheid open laat dat in een concreet geval anders wordt beslist omdat de ondernemingsraad wel serieus wordt genomen, getuigt deze passage van een neerbuigende houding ten aanzien van ondernemingsraden, die ook weinig recht doet aan de juridische positie van dit orgaan (de verwijzing naar artikel 3 valt al helemaal niet te plaatsen). Wel ben ik het er mee eens, dat de rechter bij sociale plannen die zijn overeengekomen met de ondernemingsraad wat kritischer bewaakt of deze in onafhankelijkheid en objectiviteit tot stand zijn gekomen.

13. Conclusie

De ondernemingsovereenkomst is een 'bijzondere' overeenkomst. Een overeenkomst met een eigen karakter die slechts zeer summier in de wet is geregeld, maar steeds vaker voorkomt en grote implicaties voor de werknemers in een onderneming kan hebben. De rechtsgevolgen zijn met nogal wat onzekerheden omgeven. De huidige regeling in artikel 32 WOR is te beperkt wat betreft de onderwerpen die geregeld kunnen worden en ook onvoldoende uitgewerkt wat betreft de rechtsvragen die de overeenkomst oproept.

Hoewel men op basis van het algemene overeenkomstenrecht allerlei oplossingen wel kan beargumenteren, lijkt een duidelijker regeling in de wet geboden. Daarbij zou het mijns inziens het meest voor de hand liggen om de ondernemingsovereenkomst te gaan beschouwen als een 'echte' overeenkomst die een eigen juridische regeling behoeft. Deze zou dan kunnen worden geregeld bij de bijzondere overeenkomsten in boek 7 BW. Daar hoort de regeling van door de wet geregelde privaatrechtelijke overeenkomsten niet alleen systematisch thuis. Daarmee komt ook tot uitdrukking dat de ondernemingsovereenkomst niet alleen maar betrekking heeft op de bevoegdheden van de ondernemingsraad, maar ook een 'normale' overeenkomst is, waarop alle regels van het overeenkomstenrecht van toepassing zijn.