

# Advies

**Rolnummer: RP. 093**

DE BEDRIJFSKOMMISSIEKAMER VOOR RIJK EN POLITIE,  
ADVISERENDE NAAR AANLEIDING VAN EEN VERZOEK OM  
BEMIDDELING EN ADVIES INZAKE EEN GESCHIL TUSSEN:

De ondernemingsraad van de Nederlandse Organisatie voor Energie en Milieu,  
hierna te noemen : de ondernemingsraad, enerzijds

en

de directeur van de Nederlandse Organisatie voor Energie en Milieu (Novem, de  
onderneming), hierna te noemen : de bestuurder anderzijds.

## **Verloop van de procedure**

Tot 1 juli 2002 waren de activiteiten van Novem ondergebracht in de Novem B.V.,  
waarvan de Staat de enige aandeelhouder was.

Per genoemde datum is Novem B.V. gedeprivatiseerd. De onderneming (thans  
genoemd: Novem) is nu een agentschap van de Staat der Nederlanden, het Ministerie  
van Economische Zaken.

In verband met de overgang van de onderneming is aan de ondernemingsraad van  
Novem B.V. het advies en - voorzover vereist - de instemming gevraagd (het  
migratieplan d.d. 24 april 2002).

De ondernemingsraad heeft op 23 mei 2002 positief geadviseerd ten aanzien van dit  
migratieplan, waar in hoofdstuk vijf de nadere maatregelen met betrekking tot o.a.  
het pensioen zijn vastgelegd.

Over de arbeidsvoorwaardelijke gevolgen van de overgang zijn voorts met de  
vakorganisaties afspraken gemaakt.

De pensioenvoorziening van Novem B.V. was ondergebracht bij  
pensioenverzekeraar Centraal Beheer Achmea, de ambtenaren in dienst van de Staat  
der Nederlanden nemen deel in het Pensioenfonds ABP.

De door de bestuurder ingestelde pensioenwerkgroep faciliteert en bereidt de  
(mogelijke) overdracht van pensioenaanspraken van de Novem-medewerkers van  
Centraal Beheer Achmea naar het ABP voor. Ook de ondernemingsraad is in de  
gelegenheid om suggesties bij deze werkgroep in te dienen met betrekking tot de  
mogelijke oplossingen voor gesignaleerde knelpunten, aangezien hij participeert in  
deze werkgroep.

Op of omstreeks 27 oktober 2002 claimt de ondernemingsraad het instemmingrecht  
ex artikel 27, eerste lid, onder a, WOR, de pensioenverzekering.

Bij brief d.d. 11 november 2002 zet de bestuurder uiteen dat de ondernemingsraad naar zijn mening geen instemmingsrecht toekomt. De ondernemingsraad roept de nietigheid in van de voorgenomen besluiten m.b.t. de pensioenen (brief d.d. 6 december 2002).

### **Behandeling van het geschil**

Bij brief van 31 maart 2003, aangevuld bij brief d.d. 23 april 2003, heeft de ondernemingsraad het geschil ter bemiddeling c.q. advisering als bedoeld in artikel 36, derde lid, van de WOR voorgelegd aan de Bedrijfscommissie voor de Overheid. Dit geschil is door de Bedrijfscommissie ter behandeling doorverwezen naar de Bedrijfscommissiekamer voor Rijk en Politie (hierna: de Kamer).

De bestuurder heeft bij schrijven d.d. 1 mei 2003, zijn visie gegeven betreffende het geschil.

De Kamer heeft partijen in de gelegenheid gesteld om op 19 juni 2003 tijdens een zitting van de Kleine Commissie – welke de Kamer uit haar midden heeft samengesteld voor de uitvoering van het mondelinge gedeelte van de bemiddelingsprocedure – hun standpunten toe te lichten.

Namens de ondernemingsraad zijn verschenen, de heer W.F. de Vries (voorzitter), de heer I.H.H. van der Deen (voormalig voorzitter), de heer C.J.H. van den Bosch (lid) en de heer B.B. du Pré (voormalig secretaris), bijgestaan door zijn raadsman, de heer mr. P.L.J. Bosch (advocaat te Amsterdam).

De bestuurder, de heer drs. J.B.V.N. Pleumeekers, is ter zitting in persoon verschenen, tezamen met de heer P. Weijers (hoofd P&O), mevrouw mr. J.J. Ottenhoff (jurist) en de heer R. van de Mierakker (actuaris/pensioenadviseur), bijgestaan door zijn raadsman de heer mr. J.L.A. Nicolai (advocaat te Den Haag).

Desgevraagd hebben partijen aangegeven te kunnen instemmen met een verlenging van de 2-maanden-termijn waarbinnen de Kamer het advies behoort uit te brengen.

Voorts hebben partijen laten weten het advies niet als bindend te beschouwen.

### **Omvang van het geschil**

Ter beoordeling wordt voorgelegd de beantwoording van de vraag of de bestuurder een instemmingsplichtig besluit heeft genomen, op grond van artikel 27, eerste lid, onder a, WOR.

Bij bevestigende beantwoording van die vraag komt vervolgens aan de orde of de ondernemingsraad tijdig de nietigheid heeft ingeroepen.

### **Standpunt van de ondernemingsraad**

De ondernemingsraad is van mening dat sprake is van een instemmingsplichtig besluit.

Weliswaar is de overgang van de pensioenverzekeraar Centraal Beheer Achmea naar het bedrijfspensioenfonds van het ABP een gevolg van de verplichtstelling en staat die overgang als zodanig niet ter vrije beoordeling van de bestuurder, maar de wijze waarop de gevolgen van het beëindigen van de pensioenverzekering en de overgang naar het ABP worden geregeld behoren wel tot de vrije bevoegdheid van de bestuurder.

Het staat de bestuurder immers vrij om een voorziening te treffen bij het ABP of een andere pensioenverzekeraar ter opvang van de nadelige gevolgen van de beëindiging van de pensioenverzekering bij Centraal Beheer Achmea en de overgang naar het ABP.

Naar de mening van de ondernemingsraad gaat het om een besluit van algemene strekking dat betrekking heeft op alle in de onderneming werkzame personen, ongeacht of de individuele medewerkers gebruik maken van het recht van waardeoverdracht.

De ondernemingsraad geeft tot slot een overzicht van de nadelige gevolgen die zouden moeten gecompenseerd.

### **Standpunt van de bestuurder**

Naar de mening van de bestuurder is artikel 27, eerste lid, onder a, WOR niet aan de orde, aangezien door Novem geen besluit tot beëindiging van de pensioenverzekering is genomen dan wel enig ander besluit in de zin van artikel 27, eerste lid, onder a WOR. De deelneming in het ABP is verplicht en vloeit rechtstreeks voort uit het ambtenaarschap.

De overgang en alle rechtspositionele gevolgen zijn onderwerp van uitvoerig overleg geweest tussen Novem B.V. en de vakorganisaties.

Het migratieplan, met daarin het onderdeel pensioenafspraken, is in het voorjaar van het jaar 2002 ter advisering en - voorzover vereist - ter instemming aan de ondernemingsraad van de Novem B.V. voorgelegd. De ondernemingsraad heeft toen positief geadviseerd en geen voorbehoud gemaakt, noch een instemmingsrecht geclaimd.

De ondernemingsraad kan dan ook geen concreet besluit van deze bestuurder/ondernemer noemen, aangezien geen besluit als bedoeld in artikel 27, eerste lid, onder a, WOR is genomen.

Voor zover de ondernemingsraad doelt op het besluit inzake het migratieplan, wijst de bestuurder er op dat dit een besluit van Novem B.V. is en niet van deze bestuurder/ondernemer.

Ook indien de Bedrijfscommissie tot de conclusie zou komen dat dit besluit aan deze bestuurder/ondernemer moet worden toegerekend, kan het beroep op artikel 27, eerste lid, onder a, Wor niet slagen, omdat de ondernemingsraad de nietigheid er van niet tijdig heeft ingeroepen.

De nieuwe werkgever, de Staat der Nederlanden, heeft jegens de medewerkers voldaan aan zijn wettelijke verplichtingen ex artikel 7:662 e. v. BW door zijn eigen, reeds bestaande pensioenregeling, aan hen aan te bieden.

De medewerkers van Novem hebben de keuze om hun bij Centraal Achmea opgebouwde pensioen in te brengen bij het ABP dan wel bij Centraal Beheer Achmea te laten.

Ten aanzien van de waardeoverdracht gelden wettelijke regels die door het ABP zonder meer moeten worden toegepast. Ook in deze regels kan de bestuurder/ondernemer geen wijzigingen aanbrengen.

Teneinde knelpunten, die kunnen ontstaan ten gevolge van de overdracht van pensioenaanspraken, op te lossen heeft de bestuurder zich ingespannen in de richting van het ABP om oplossingen aan te dragen. De ondernemingsraad heeft hierin ook een rol gespeeld. Het gaat alhier om het treffen van incidentele voorzieningen en niet om het treffen van een regeling van algemene strekking als bedoeld in artikel 27 WOR.

### **Ter zitting verkregen inlichtingen**

De ondernemingsraad verwijt de bestuurder dat hij onderdelen uit de pensioenregeling die voorheen gold bij Novem B.V. niet wenst te continueren, terwijl het hem wel vrijstaat om dat te doen. De bestuurder had immers een aanvullende verzekering (bij welke verzekeringsmaatschappij of pensioenfonds dan ook) kunnen afsluiten teneinde bepaalde pijnpunten te elimineren. Bij wijze van voorbeeld wordt gewezen op het prépensioen. Deze regeling is van toepassing bij Centraal Beheer Achmea en ontbreekt bij het ABP. De bestuurder had de voortzetting daarvan kunnen onderbrengen in een aanvullende verzekering.

Andere voorbeelden betreffen het omgaan met de regels inzake afkoop, de gehanteerde rekenrente bij waardeoverdracht, de gehanteerde peildatum en het inkopen van nabestaandenpensioen (mannen mogen bij nader inzien inkopen, vrouwen niet).

Ten aanzien van al deze voorbeelden geldt, dat de bestuurder had moeten komen met besluiten om de overgang van Centraal Beheer Achmea naar ABP soepel te laten verlopen. Ook het nalaten om te komen tot dergelijke besluiten is instemmingsplichtig, er zijn bovendien geen uitputtende regelingen ex artikel 27, derde lid, WOR (overeengekomen met de vakbonden, dan wel op grond van de pensioenwetgeving en/of het ABP-reglement) die hieraan in de weg staan. De ondernemer heeft beleidsvrijheid.

Het besluit om de pensioenregeling bij Centraal Beheer Achmea niet voort te zetten en het besluit om geen aanvullende regelingen te treffen is genomen door de ondernemer. Naar de mening van de ondernemingsraad is dat de Staat der Nederlanden (voorheen enig aandeelhouder in de Novem B.V., thans rechtstreeks). De ondernemingsraad vindt het moeilijk om een datum aan te wijzen waarop de besluiten door de bestuurder/ondernemer zijn genomen, aangezien die besluiten niet schriftelijk kenbaar zijn gemaakt. In de periode die is gevolgd op de deprivatisering heeft geregeld overleg tussen partijen plaatsgevonden over de pijnpunten die door de ondernemingsraad zijn opgeworpen. De aard en omvang van de problematiek is gaandeweg duidelijk geworden. Bij brief d.d. 11 november 2002 werd voor het eerst duidelijk dat de bestuurder/ondernemer geen verderstreckende aanvullende maatregelen meer wilde treffen en op dat moment is, naar de mening van de ondernemingsraad, de besluitvorming definitief. De ondernemer dient overigens de risico's van onduidelijke besluitvorming zijnerzijds te dragen, aldus de ondernemingsraad.

Van de zijde van de bestuurder wordt ter zitting benadrukt dat er een grondslag moet zijn om te kunnen komen tot het oordeel dat er een besluit moet worden genomen om de pensioenverzekering te veranderen. Die grondslag kan in dit geval slechts zijn dat de ondernemer gebonden is om de op het personeel van toepassing zijnde pensioenregeling van voor 1 juli 2002 voort te zetten. Een dergelijke grondslag ontbreekt, de wetgeving verplicht de ondernemer hier niet toe. Er zijn voorts ook geen afspraken gemaakt met de vakbonden die hiertoe verplichten.

De huidige werkgever heeft een andere pensioenregeling, hij is wettelijk niet verplicht om de oude pensioenregeling van Centraal Beheer Achmea voort te zetten, bovendien is voortzetting in dit geval voor hem onmogelijk. De werkgever heeft zijn eigen, wettelijk verplicht gestelde ABP-pensioenregeling op de medewerkers van Novem toegepast met ingang van 1 juli 2002.

Door de bestuurder/ondernemer zijn dan ook geen instemmingsplichtige besluiten ter zake genomen, hetgeen verklaart waarom de ondernemingsraad een of meer van zulke besluiten niet kan aanwijzen.

Er is slechts één besluit in de zin van de WOR ten aanzien van de pensioenregeling genomen en dat besluit betreft de waardeoverdracht, het maakt deel uit van de adviesaanvraag d.d. 24 april 2002 inzake de deprivatisering van Novem B.V. De ondernemingsraad heeft positief geadviseerd ten aanzien van de deprivatisering en heeft geen enkel voorbehoud gemaakt ten aanzien van de pensioenvoorziening. De ondernemingsraad heeft ter zake destijds kenbaar gemaakt dat hij er van uitgaat dat de overdracht van de pensioenen plaatsvindt in overeenstemming met de wettelijke rekenregels. Zo'n regel is bijvoorbeeld dat overdracht altijd plaatsvindt met ingang van 1 januari van enig jaar. De wettelijke systematiek bij overdracht van waarde is toegepast.

Er is in dit opzicht geen beleidsvrijheid voor de ondernemer om de systematiek te wijzigen. De ondernemer heeft eveneens geen extra voorzieningen getroffen. Novem heeft zich – geheel onverplicht -wel ingespannen teneinde het ABP te bewegen om op een andere wijze om te gaan met de waardeoverdracht. Dit overleg heeft soms resultaat gehad. Zo heeft het ABP besloten om toch een prepensioenregeling toe te kennen aan mannen, dit is dus geen besluit van Novem, maar van het ABP.

Juridisch bezien is het moment van beëindiging van de pensioenverzekering bij Centraal Beheer Achmea vast te stellen op 1 juli 2002, de datum van in diensttreding bij de Staat. Op deze datum is de bij de Staat bestaande ABP-pensioenregeling van toepassing, er wordt vanaf dat tijdstip niet meer afgedragen aan Centraal Beheer Achmea.

De bestuurder/ondernemer verwijt de ondernemingsraad dat hij zijn eigen positie gedurende een periode van ca. 1 jaar in het vage heeft gelaten. Als de ondernemingsraad van oordeel is dat hij een instemmingsrecht kan claimen ten aanzien van de beslissing over de overdracht van de pensioenen dan had hij dat veel eerder kenbaar moeten maken en wel door het inroepen van de nietigheid van het besluit d.d. 24 april 2002 binnen de wettelijk voorgeschreven termijn van één maand. De weigering van de bestuurder/ondernemer om iets te veranderen, waartoe de grondslag ontbreekt, is niet instemmingsplichtig.

Desgevraagd door de Kleine Commissie geeft de ondernemingsraad een toelichting op de gevolgde procedure in de periode die aanvangt in april 2002 en eindigt bij het indienen van het verzoek om bemiddeling en advies. De adviesaanvraag bevatte principeafspraken, zoals het principe van de individuele waardeoverdracht, waarbij bescherming zou worden geboden tegen waardeverlies, de ondernemingsraad was daar niet tegen. Nadat het advies is uitgebracht moest het onderdeel betreffende de overdracht van de pensioenen nader worden uitgewerkt.

Er is tussen partijen overleg geweest op bepaalde punten, van een volledig uitgewerkt voorstel dat ter instemming aan de ondernemingsraad is voorgelegd, is geen sprake geweest. Toen de ondernemingsraad de bestuurder daarop heeft aangesproken, bleek dat de laatste dat ook niet van plan was.

De ondernemingsraad meent dat hij in april 2002 de nietigheid niet had kunnen inroepen, omdat op dat tijdstip nog geen sprake was van een besluit waarin alle gevolgen duidelijk worden geschetst.

De consequenties waren toen niet duidelijk.

De ondernemingsraad geeft aan dat de wijze van communiceren met de bestuurder niet uitnodigend is geweest. De ondernemingsraad moest telkenmale vragen naar informatie, de informatie werd nooit uit eigen beweging door de bestuurder overgelegd. Het overleg tussen partijen was informerend van aard, van onderhandelingen was geen sprake.

Pas in oktober 2002 is sprake van een min of meer uitgewerkt voorstel, de ondernemingsraad geeft aan dat pas in mei 2003 alles is uitgekristalliseerd.

De bestuurder zet desgevraagd uiteen dat er over tal van punten overleg tussen partijen geweest, de ondernemer heeft vervolgens met het ABP gesproken over pijnpunten. Het ABP heeft in een aantal situaties de voorgeschreven systematiek anders benaderd, waardoor knelpunten konden worden opgelost. In november 2002 is duidelijk geworden waartoe de toepassing van de voorgeschreven regels leidde. De bestuurder geeft desgevraagd aan dat hij geen aanleiding heeft gezien om in november 2002 opnieuw in overleg te treden met de vakbonden, aangezien aan de gemaakte afspraak, inhoudende dat de wettelijke systematiek zou worden gevolgd, niet is getornd.

Van de zijde van ondernemingsraad wordt aangegeven dat de systematiek bij waardeoverdracht niet altijd zo vastligt, als door de bestuurder wordt beweerd. Er is ruimte voor beleid. Voorts verbiedt artikel 663 BW niet dat de ondernemer de pluspunten, die wegvallen door de overgang van de ene pensioenvoorziening naar de andere, compenseert c.q. repareert.

Van de zijde van de bestuurder wordt nadrukkelijk er op gewezen dat hij geen besluiten tot compensatie c.q. reparatie heeft genomen dan wel wenst te nemen, maar dat hij bij het ABP heeft aangedrongen op de volle benutting van de mogelijkheden die de wet- en regelgeving biedt, ten gunste van de medewerkers. De wettelijke systematiek laat het ABP kennelijk ruimte om af te wijken.

De werking van artikel 662 e.v. BW – overgang van rechten en plichten voortvloeiende uit de arbeidsverhouding- bestrijkt niet de pensioenvoorziening.

Desgevraagd door de Kleine Commissie zet de ondernemingsraad uiteen dat op dit moment nog twee grote knelpunten kunnen worden geconstateerd: a) het niet meenemen in de berekeningen van de waarde van de pensioenaanspraken van de salarisverhoging per 1 april 2002 (3,5% en eventueel ook incidentele verhogingen), hetgeen uiteindelijk maanden tot een jaar inkoop kan schelen, en b) de berekening van de koopsommen ter vervanging van de CVP-garantie (prepensioen), de gemiddelde koopsom is 20-30% te laag.

Tot slot wijst de bestuurder er op dat de ondernemingsraad ten onrechte uitsluitend de negatieve aspecten benadrukt, die na het afsluiten van de onderhandelingen zijn gebleken. Er zijn ook onderdelen van de pensioenvoorziening die positiever zijn uitpakket dan voorzien. De pluspunten moeten worden afgewogen tegen de minpunten. Het voortbestaan van Novem B.V. was voorts allerminst zeker, de medewerkers zijn thans ambtenaar met alle voordelen van dien.

Door de ondernemingsraad wordt tenslotte opgemerkt dat de vakbonden de onderhandelingen hebben gevoerd. De ondernemingsraad komt eerst in beeld op het moment dat de ondernemer gebruik maakt van zijn resterende ruimte om beleid te voeren. Het afwegen van de voor- en nadelen komt pas aan de orde in het instemmingstraject en dat traject is nog niet aangevangen.

**Relevante bepalingen uit de WOR:**

Art. 27.

1. 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. tot en met l.

een en ander voor zover betrekking hebbende op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen.

2. De ondernemer legt het te nemen besluit schriftelijk aan de ondernemingsraad voor. Hij verstrekt daarbij een overzicht van de beweegredenen voor het besluit, alsmede van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben. De ondernemingsraad beslist niet dan nadat over de betrokken aangelegenheid ten minste éénmaal overleg is gepleegd in een overlegvergadering. Na het overleg deelt de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk schriftelijk en met redenen omkleed zijn beslissing aan de ondernemer mee. Na de beslissing van de ondernemingsraad deelt de ondernemer zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de ondernemingsraad mee welk besluit hij heeft genomen en met ingang van welke datum hij dat besluit zal uitvoeren.

3. De in het eerste lid bedoelde instemming is niet vereist, voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.

4. (...).

5. Een besluit als bedoeld in het eerste lid, genomen zonder de instemming van de ondernemingsraad of de toestemming van de kantonrechter, is nietig, indien de ondernemingsraad tegenover de ondernemer schriftelijk een beroep op de nietigheid heeft gedaan. De ondernemingsraad kan slechts een beroep op de nietigheid doen binnen een maand nadat hetzij de ondernemer hem zijn besluit overeenkomstig de laatste volzin van het tweede lid heeft meegedeeld, hetzij – bij gebreke van deze mededeling – de ondernemingsraad is gebleken dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan zijn besluit.

6. (..).

## **Overige van belang zijnde informatie**

### **Uit: boek 7 Burgerlijk Wetboek**

#### Afdeling 8. Rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming

##### Artikel 662

1.

In afwijking van artikel 615 is deze afdeling ook van toepassing op de werknemer die arbeid verricht in een onderneming die in stand wordt gehouden door staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam.

2.

Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:

a.

overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt;

b.

economische eenheid: een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit.

3.

Voor de toepassing van deze afdeling wordt een vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging beschouwd als een onderneming.

##### Artikel 663

Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.

##### Artikel 664

1.

Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een toezegging omtrent pensioen als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, van de Pensioen- en spaarfondsenwet indien:

a.

de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in artikel 663, dezelfde toezegging doet, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers;

b.

de verkrijger op grond van artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en de werknemer, bedoeld in artikel 663, gaat deelnemen in dat fonds;

c.

bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgeweken van de toezegging omtrent pensioen, bedoeld in de aanhef.

2.

Het eerste lid is niet van toepassing indien de werknemer, bedoeld in artikel 663, voor de overgang op grond van artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en deze zelfde verplichting blijft gelden na de overgang.

3.

Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een spaarregeling als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet indien de verkrijger de werknemer, bedoeld in artikel 663, opneemt in de spaarregeling die reeds voor het tijdstip van overgang gold voor zijn werknemers.

### **Overwegingen van de Kamer bij haar advies**

Met betrekking tot het door partijen naar voren gebrachte en het ter zitting besprokene, overweegt de Kamer het volgende.

Ingevolge artikel 27, eerste lid, onder a, WOR dient de ondernemer elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenverzekering ter instemming aan de ondernemingsraad voor te leggen.

De eerste voorwaarde waaraan moet zijn voldaan betreft het vereiste van het voorgenomen besluit van de ondernemer op het genoemde terrein.

Door de ondernemingsraad wordt gesteld dat de bestuurder één (of meer) besluit(en) als bedoeld in de WOR heeft genomen.

De Kamer wijst er op dat uit de schriftelijk en mondeling door partijen verstrekte informatie niet aannemelijk is geworden dat de bestuurder een besluit ex artikel 27, eerste lid, onder a, WOR heeft genomen.

Uit de schriftelijke informatie blijkt dat slechts één besluit is genomen, waarbij de pensioenvoorziening –in het bijzonder de afspraken met betrekking tot overdracht, afhechting en compensatie – deel uitmaakt en wel het (voorgenomen) besluit tot de deprivatisering van Novem B.V. dat op 24 april 2002 ter advisering en voorzover vereist tevens ter instemming door de toenmalige ondernemer Novem B.V. is voorgelegd aan haar ondernemingsraad.

De ondernemingsraad heeft toen positief geadviseerd. Door de bestuurder is schriftelijk en mondeling opgemerkt -hetgeen door de ondernemingsraad niet is bestreden - dat de ondernemingsraad in zijn advies heeft aangegeven dat hij er van uitgaat dat de overdracht van de pensioenen plaatsvindt in overeenstemming met de wettelijke rekenregels.

Ter zake van de pensioenvoorziening heeft de ondernemingsraad toen geen instemmingsrecht geclaimd. Eveneens heeft hij geen voorbehoud gemaakt omdat hij de (rechtspositionele) gevolgen van de overgang voor de pensioenvoorziening nog niet kon overzien, of omdat hij van mening was dat hij niet beschikte over voldoende informatie om te kunnen adviseren en/of beslissen, dan wel omdat hij eerst een deskundige wilde raadplegen alvorens de advies- c.q. instemmingprocedure te kunnen vervolgen.

Deze adviesprocedure is in het voorjaar van 2002 afgerond door Novem B.V. en haar ondernemingsraad.

Uit de mondeling door de ondernemingsraad verstrekte informatie blijkt dat hij van mening is dat – nu naderhand is gebleken dat de overgang van Centraal Beheer Achmea naar het ABP tot gevolg had dat bepaalde onderdelen uit de oude pensioenvoorziening niet op gelijke wijze zouden worden gecontinueerd - de ondernemer besluiten had moeten nemen om de knelpunten op te vangen.

De ondernemer heeft de vrijheid om een aanvullende verzekering bij een verzekeringsmaatschappij of pensioenfonds af te sluiten. Volgens de ondernemingsraad heeft de ondernemer soms gebruik gemaakt van zijn beleidsvrijheid, zo heeft hij zich ingespannen om te bewerkstelligen dat voor mannen alsnog een prepensioenregeling tot stand zou komen, met positief resultaat. Het niet benutten van de mogelijkheden om compensatie te bieden dan wel voor reparatie te verzorgen wordt door de ondernemingsraad aangemerkt als het nemen van een instemmingsplichtig besluit, te weten het intrekken van een regeling met betrekking tot de pensioenvoorziening.

De Kamer kan zich met deze zienswijze van de ondernemingsraad niet verenigen. Allereerst wijst zij er op dat de weigering om mogelijkheden te benutten om naderhand gebleken nadelige gevolgen van de overgang te compenseren of te repareren in zijn algemeenheid niet is gelijk te stellen met het nemen van een besluit in de zin van de WOR.

De toepassing van de Wet op de ondernemingsraden brengt in casu in redelijkheid niet met zich mede dat de ondernemingsraad een instemmingrecht kan claimen jegens de ondernemer die om hem moverende reden weigert een besluit in de zin van artikel 27, eerste lid, onder a, WOR te nemen.

Dit zou slechts anders zijn indien de ondernemer op grond van de wet of op grond van overeenkomst verplicht is om besluiten ex artikel 27 WOR te nemen.

Van een dusdanige verplichting is in casu niet gebleken. Artikel 663 B.W. verplicht de ondernemer niet om de pensioenvoorziening van Centraal Beheer Achmea voort te zetten c.q. nadelige verschillen te compenseren dan wel te repareren, nu de medewerkers van Novem thans verplicht deelnemen in de voor de overheid geldende ABP-pensioenvoorziening. De ondernemer heeft aan zijn wettelijke verplichting voldaan door zijn reeds bestaande pensioenvoorziening aan te bieden.

Een grondslag voor het nemen van instemmingsplichtige besluiten is voorts niet te ontlenen aan het bepaalde in het met de bonden overeengekomen migratieplan, dat kennelijk onderdeel is geweest van de adviesprocedure.

De zienswijze van de ondernemingsraad dat de ondernemer in een aantal gevallen wel heeft besloten om de knelpunten van de overgang op te lossen, waardoor volgens de ondernemingsraad is aangetoond dat de ondernemer in de periode juli 2002 tot mei 2003 besluiten in de zin van artikel 27, eerste lid, onder a, WOR heeft genomen, deelt de Kamer niet.

Slechts is aannemelijk geworden dat de ondernemer zich heeft ingespannen om het ABP te bewegen om de pensioenwet- en regelgeving toe te passen op een wijze die gunstig is voor intredende Novem-personeelsleden, met goed resultaat.

Voorzover er enige beleidsvrijheid is bij de uitvoering van de pensioenwetgeving, komt deze toe aan het ABP en niet aan de ondernemer.

Het voormelde in haar overwegingen betreffende komt de Kamer tot het oordeel dat niet is aangetoond dat de door de ondernemer een besluit in de zin van artikel 27, eerste lid, onder a, WOR is genomen.

De beantwoording van de vraag of de ondernemingsraad tijdig de nietigheid heeft ingeroepen kan dientengevolge achterwege blijven.

### **Advies**

De ondernemingsraad wordt geadviseerd de procedure ex artikel 36 WOR niet voort te zetten.

Den Haag, d.d. 31 juli 2003

De Bedrijfscommissiekamer voor Rijk en Politie,  
namens deze,

Mw. E. Merlijn  
Voorzitter

mw. J. Dekker  
Secretaris

**Wanneer partijen ook na dit advies niet tot overeenstemming komen, kunnen zij het geschil, onder overlegging van dit advies, binnen dertig dagen na verzending daarvan, bij gemotiveerd schrijven voorleggen aan de Rechtbank, sectie Kanton, (artikel 36, vierde lid, van de WOR).**