

## RECHTSPRAAK

***Overgang van onderneming geen schijnconstructie om tot een goedkopere pensioenregeling te komen. Verkrijger komt 'toepassingsrecht' toe en hoeft regeling niet 'aan te bieden'.****Feiten*

XPO Logistics is een concern dat wereldwijd actief is op het gebied van transport en logistieke services. XPO heeft zich in 2015 in - onder meer - Nederland gevestigd c.q. kunnen vestigen door overname van transportconcerns Norbert Dessentrangle en Con-Way. De Nederlandse groepsvennootschappen van Norbert Dessentrangle, te weten ND Logistics B.V. en TD Holding B.V., zijn opgegaan in XPO Supply Chain Netherlands I B.V. (hierna: XPO I), respectievelijk XPO Supply Chain Netherlands II B.V. (hierna: XPO II). Van Con-Way maakte Menlo Worldwide B.V. (hierna: Menlo) onderdeel uit, dat onder dezelfde naam is blijven voortbestaan. In 2018 is een proces in gang gezet om de arbeidsvoorwaarden van de verschillende 'XPO-onderdelen' in Nederland te harmoniseren. Daartoe is in samenspraak met de OR van XPO Logistics Nederland een nieuwe entiteit opgericht XPO III. Bij XPO III is kort voor de overgang (1 juli 2019) van activiteiten van de andere vennootschappen naar XPO III een pensioenregeling met een aantal werknemers overeengekomen, die afwijkt van de bestaande pensioenregelingen bij de andere XPO-onderdelen. In deze procedure staat door middel van een collectieve actie (WAMCA) van de FNV en CNV de vraag centraal of de verkrijger (XPO III) de eigen pensioenregeling mag toepassen of (toch) gehouden is de oude pensioenregeling te handhaven. De bonden stellen zich op het standpunt dat XPO III in de gegeven omstandigheden rechtens geen beroep toekomt op artikel 7:664 lid 1, aanhef en onder a BW. Zij voeren daartoe - samengevat - aan dat XPO III met de invoering van een veel goedkopere pensioenregeling de Wet overgang van onderneming zodanig heeft misbruikt dat haar een beroep op die wet moet worden ontzegd. Daarmee heeft zij zich ook niet als goed werkgever gedragen, heeft zij haar rechten en bevoegdheid misbruikt, onrechtmatig gehandeld en/of is haar handelen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, met aanzienlijk nadeel voor de betrokken werknemers tot gevolg.

*Oordeel*

De kantonrechter Den Bosch oordeelt als volgt.

*Overgang van pensioenregeling*

Sinds 1 juli 2002 is de hoofdregel dat de rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst overgaan op de verkrijger. Op grond van deze hoofdregel dient de

pensioenregeling dus op dezelfde condities te worden voortgezet. Er zijn drie uitzonderingen op de hoofdregel dat de pensioenregeling bij overgang van onderneming ongewijzigd moet worden voortgezet:

- (1) de verkrijger doet de overgenomen werknemers eenzelfde pensioenvoorstel als hij reeds aan zijn andere werknemers had gedaan (artikel 7:664 lid 1 sub a BW);
- (2) de verkrijger neemt ingevolge de Wet Bpf 2000 verplicht deel in een bedrijfstakpensioenfonds (artikel 7:664 lid 1 sub b BW);
- (3) bij cao of bij regeling van een bestuursorgaan is afgeweken van de pensioenovereenkomst (artikel 7:664 lid 1 sub c BW).

De hoofdregel (ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling bij overgang van onderneming) geldt - in afwijking van het in artikel 7:664 lid 1 sub b BW genoemde uitzonderingsgeval - wel indien de overgenomen werknemers vóór en na de overgang verplicht deelnemen in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds (artikel 7:664 lid 2 BW). Uit het verplichtstellingsbesluit blijkt dat het er, naar de kern genomen, om gaat of de rechtspersoon (in dit geval XPO III) uitsluitend of in hoofdzaak activiteiten uitvoert, die bestaan uit het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg. XPO III heeft gemotiveerd betwist dat zij zich bezighoudt met vervoersactiviteiten. Tegenover deze gemotiveerde betwisting hebben de bonden onvoldoende gemotiveerd en onderbouwd dat dit anders is.

*Sub a (aanbod eigen pensioenregeling): geen schijnconstructie*

De bonden stellen dat het oprichten van XPO III (volgens hen feitelijk een lege werkgevershuls), in combinatie met het vlak voor de overgang van onderneming aanbieden van de nieuwe pensioenregeling aan enkele nieuwe werknemers, vrijwel uitsluitend in gang is gezet om eenzijdig binnen het eigen concern de ene (gunstiger) pensioenregeling voor de andere (slechtere) pensioenregeling in te ruilen. De bonden benadrukken herhaaldelijk dat de pensioenregeling die binnen XPO III is gaan gelden (een beschikbare premiereregeling) een verslechtering betekent ten opzichte van de pensioenregeling die voorheen gold binnen XPO I en XPO II (een middelloonregeling). Op dit punt overweegt de rechtbank dat het voor de mogelijkheid van de verkrijger om aan de overgaande werknemers de pensioenregeling van de eigen werknemers aan te bieden, niet uitmaakt dat deze in het voorkomende geval slechter is - voor zover daar in het onderhavige geval al sprake van is, waarover hierna meer - dan die van de vervreemder. De rechtbank verwijst in dit verband naar de wetsgeschiedenis behorende bij artikel 7:664 BW (Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 5, p. 4-5 (vergelijk ook Kamerstukken I 2001/02, 27469, nr. 163, p. 5)).

Dat de uitzondering als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 sub a BW kan leiden tot een verslechtering voor de werknemers is - zo volgt uit het voorgaande - uitdrukkelijk onderkend door de wetgever bij de wetwijziging in 2002 (vergelijk overweging 4.19). Dat sprake zou zijn van een verslechtering van de arbeidsvoorwaarde pensioen kan, indien en voor zover daar al

sprake van zou zijn, als zodanig dan ook geen zelfstandige ondersteuning vormen voor het standpunt van de bonden dat het oprichten van XPO III vrijwel uitsluitend in gang is gezet om eenzijdig binnen het eigen concern de ene (gunstiger) pensioenregeling voor de andere (slechtere) pensioenregeling in te ruilen. De bonden hebben nog aangevoerd dat in de literatuur al is overwogen dat een werkgever bij gebruikmaking van de uitzondering als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 sub a BW zich als goed werkgever dient te gedragen, geen misbruik mag maken van zijn bevoegdheid en dat de wet zich daarmee onder omstandigheden tegen het beroep van de werkgever daarop zou kunnen verzetten. Voor zover de bonden het standpunt innemen dat XPO III gauw voor de overdracht een inferieure pensioentoezegging aan de betrokken werknemers heeft gedaan, volgt de rechtbank hen ook daarin niet. Er zijn (inderdaad) gevallen denkbaar waarin geconcludeerd moet worden dat het beroep van de verkrijger op de uitzondering van artikel 7:664 lid 1 sub a BW misbruik van recht als bedoeld in artikel 3:13 BW of strijd met goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW oplevert. Daarvoor is echter méér vereist dan het enkele feit dat eerst kort voor de overgang de verkrijger werknemers in dienst heeft genomen en/of dat de pensioenregeling van de verkrijger mogelijk slechter is dan die van de vervreemder.

Dat de nieuwe regeling een beschikbare premieregeling inhoudt en de oude een middelloonsysteem kent, is onvoldoende om van een inferieure regeling te spreken. In verband met het voorgaande acht de rechtbank van belang dat XPO III er terecht op heeft gewezen dat op 1 juli 2023 de Wet toekomst pensioenen (Wtp) in werking is getreden. De Wtp bepaalt dat (in de toekomst) alleen nog premieovereenkomsten als karakter van een tweedepijlerpensioenregeling zijn toegestaan. De premieovereenkomst wordt voorgeschreven als enig toegelaten karakter van een pensioenregeling. Op dit moment hebben de door pensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen overwegend het karakter van een uitkeringsovereenkomst, zo ook in het geval van het Bpf Vervoer. Voor pensioenfondsen gaat het overstappen op een ander karakter van de pensioenregeling gepaard met het voorschrift dat als “standaard” de onder de “oude” pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten door een collectieve waardeoverdracht worden omgezet naar aanspraken en rechten in de nieuwe premieovereenkomst. De bestaande pensioenaanspraken en -rechten komen daarbij te vallen onder de regels van de nieuwe premieovereenkomst.

#### *Duidelijk en tijdig aanbod*

De bonden stellen zich - kort gezegd - op het standpunt dat sprake is geweest van het opleggen van een pensioenregeling en niet van een aanbod zoals de wet vereist. Zij wijzen er in dit verband op dat de nieuwe arbeidsovereenkomst, met daarin vervat de toepasselijkheid van de AVR en de nieuwe pensioenregeling, pas half juli 2019 aan de betrokken werknemers is aangeboden. Op basis daarvan concluderen de bonden dat XPO III niet tijdig voorafgaand aan 1 juli 2019 een aanbod voor een nieuwe pensioenregeling heeft gedaan als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 sub a BW. De rechtbank volgt de bonden daarin niet, waartoe als volgt wordt overwogen. De rechtbank wijst op de wetsgeschiedenis van artikel 7:664 BW lid 1 sub a BW. Uit de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met artikel 7:664 lid 1 sub a BW heeft beoogd een eenzijdig keuzerecht te scheppen voor de verkrijger van de

onderneming, los van de eventuele wens van de werknemer om de oude pensioenregeling te behouden. De werkgever heeft de mogelijkheid om de eigen pensioenregeling op de overgenomen werknemers “toe te passen”, waaruit volgt dat daarvoor geen overeenstemming nodig is met de werknemer. De rechtbank heeft in haar oordeelsvorming ook betrokken dat, zoals hiervoor al is overwogen, de uitzondering als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 sub a BW kan leiden tot een slechtere pensioenregeling voor de werknemers. Dit heeft de wetgever uitdrukkelijk erkend en het bevestigt naar het oordeel van de rechtbank het keuzerecht van de werkgever. Niet goed voorstelbaar is immers dat de werknemer een slechtere pensioenregeling zou aanvaarden indien hij de oude, betere pensioenregeling kan behouden door de pensioenregeling van de verkrijger te weigeren. Voor zover de bonden zich op het standpunt stellen dat het keuzerecht van de werkgever alleen doorgang kan vinden als de werknemer het pensioenaanbod accepteert (bijvoorbeeld door het ondertekenen van de nieuwe arbeidsovereenkomst), verwerpt de rechtbank dat standpunt.

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 15-05-2024

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2024:2514

**Zaaknummer:** C/01/376278 / HA ZA 21-775

**Rechters:** K.A. Maarschalkerweerd, J.M.J. Godrie en J.A.M. van den Berk

**Advocaten:** M.H.D. Vergouwen en R.J.C. Brouwer

**Wetsartikelen:** 7:664 BW