

Conclusie en proceskosten

5.11. De conclusie is dat het hoger beroep van Wijngaarden B.V. niet slaagt. Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen en Wijngaarden B.V. als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op nihil.

6. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het bestreden vonnis;
- veroordeelt Wijngaarden B.V. in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op nihil.

198

Nieuwe pensioenregeling bij overgang van onderneming geen misbruik art. 7:664 lid 1 sub a BW

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
20 januari 2026, nr. 200.345.011/01,
ECLI:NL:GHSHE:2026:105
(mr. Korthuis-Becks, mr. Van Ham, mr. Rutten)
Noot mr. H.J. Willems

Intraconcernovergang van onderneming. Pensioenregeling. Misbruik van recht.

[BW art. 7:664 lid 1]

Binnen de in Nederland opererende onderdelen van XPO Logistics bestaat verschil van arbeidsvoorwaarden. In 2019 worden de onderdelen XPOI en XPOII door middel van een overgang van onderneming ondergebracht in het nieuw opgerichte XPOIII, met als doel arbeidsvoorwaardenharmonisatie. De arbeidsvoorwaardenregeling bevat een nieuwe pensioenregeling. De ex-werknemers van XPOI en XPOII vallen daardoor niet langer onder het voor hen gunstigere Bpf Vervoer, zoals voor de overgang het geval was. Vakbonden FNV en CNV stellen zich in een collectieve actie op grond van de WAMCA onder meer op het standpunt dat ten aanzien van deze werknemers de oude pensioenregeling is blijven gelden en moet worden toegepast. Volgens de bonden heeft XPO (onder andere) misbruik van recht gemaakt door onder toepassing van art. 7:664 lid 1 aanhef en

onder a BW een inferieure dan wel veel minder goede pensioenregeling in te voeren. Deze bepaling bevat één van de pensioenuitzonderingen op de hoofdregel van art. 7:662 BW, namelijk dat in geval zowel verkrijger als vervreemder een pensioenregeling heeft, de verkrijger zijn eigen pensioenregeling mag aanbieden. De kantonrechter heeft de vorderingen van de bonden afgewezen («JAR» 2024/11, m.nt. Van Haaren). De bonden komen in hoger beroep.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. Het feitencomplex geeft aanleiding om kritisch te kijken of sprake is van misbruik van recht, onder meer omdat XPOIII kort voor de overgang was opgericht en aanvankelijk geen activiteiten en werknemers had. Het aanbieden van de pensioenregeling levert in dit geval echter geen misbruik van bevoegdheid, strijd met goed werkgeverschap of onrechtmatig handelen op. Niet valt in te zien waarom kostenbesparing en arbeidsvoorwaardenharmonisering geen te respecteren bedrijfsbelangen kunnen zijn. Het enkele feit dat een pensioenregeling een materiële verslechtering is ten opzichte van de oude regeling, is niet voldoende om te kunnen spreken van misbruik van recht. De wetgever heeft immers uitdrukkelijk onderkend dat de uitzondering als bedoeld in art. 7:664 lid 1 onder a BW tot een verslechtering kan leiden voor werknemers. Ook kan niet worden gesproken van een inferieure regeling en een regeling die kort voor de overgang 'uit de lucht is komen vallen'. Het proces van de totstandkoming en de inwerkingtreding van de arbeidsvoorwaardenregeling is zorgvuldig verlopen: werknemers zijn voldoende geïnformeerd over de arbeidsvoorwaardenregeling en de ondernemingsraad was betrokken als onderhandelingspartner. Ook is het aanbod tijdig gedaan in de zin van art. 7:664 lid 1 onder a BW.

NB. Het hof is duidelijk in zijn oordeel dat een verslechtering van pensioenregeling niet aan toepassing van art. 7:664 lid 1 onder a BW in de weg hoeft te staan, waarbij hij verwijst naar de wetsgeschiedenis. Men kan zich afvragen of dit in alle gevallen onverkort geldt, of dat denkbaar is dat de verslechtering in een concreet geval dusdanig negatief uitpakt voor de overgenomen werknemers dat bijvoorbeeld de eis van goed werkgeverschap met zich brengt dat een overgangsregeling wordt getroffen of op een andere manier compensatie plaatsvindt.

1. *Federatie Nederlandse Vakbeweging*
en

2. *CNV*,

beiden gevestigd te Utrecht,
appellanten,

hierna aan te duiden als de bonden,

advocaat: mr. M.H.D. Vergouwen te Amsterdam,
tegen

GXO Logistics Netherlands III B.V. (voorheen:
XPO Supply Chain Netherlands III B.V.) te Eindhoven,

geïntimeerde,

hierna aan te duiden als XPO III,

advocaat: mr. R.J.C. Brouwer te Venlo.

1. *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/01/376378 / HA ZA 21-775)*
(...; red.)

2. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

3. *De beoordeling*

3.1. *De kern van het geschil*

Deze zaak betreft een arbeidsrechtelijke collectieve actie en gaat over de vraag of de verkrijger na overgang van onderneming, in dit geval XPO III, de eigen pensioenregeling mag toepassen op grond van artikel 7:664 lid 1 onder a. BW of de oude pensioenregeling moet voortzetten. De bonden stellen in deze door hen ingestelde collectieve actie – kort samengevat – dat sprake was van een misbruikconstructie met als doel om de gunstige middelloonregeling die gold voor circa 800 medewerkers om te zetten naar een inferieure pensioenregeling althans een van beduidend mindere kwaliteit. XPO III bestrijdt dit. De rechtbank heeft de bonden niet gevolgd in hun standpunt en de vorderingen van de bonden afgewezen. Hiertegen richt zich het hoger beroep. Het hof komt tot hetzelfde oordeel als de rechtbank.

3.2. *De feiten*

3.2.1. De bonden hebben een grief aangevoerd tegen het feitenoverzicht in het bestreden vonnis. Het hof zal zelf vaststellen van welke feiten het in hoger beroep uitgaat, rekening houdend met die grief. Het hof zal een nieuw overzicht geven van die feiten.

3.2.2. XPO III is op 17 december 2018 opgericht en maakt onderdeel uit van het GXO-concern

(hierna: GXO). GXO, voorheen genaamd XPO Logistics (hierna: XPO) was wereldwijd actief op het gebied van transport en logistieke services en heeft zich in 2015 in – onder meer – Nederland gevestigd c.q. kunnen vestigen door overname van de transportconcerns Norbert Dessentrangle en Con-Way. De naam van XPO III is na de overgang van onderneming gewijzigd in GXO Logistics Netherlands III B.V. Voor de leesbaarheid zal het hof steeds verwijzen naar XPO III.

3.2.3. De Nederlandse groepsvennootschappen van Norbert Dessentrangle, te weten ND Logistics B.V. en TD Holding B.V., zijn opgegaan in XPO Supply Chain Netherlands 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.

3.2.4. De werknemers binnen XPO I en XPO II waren aangesloten bij het Bedrijfstakpensioenfonds Vervoer (hierna: Bpf Vervoer). Dit kwam – kort gezegd – neer op een middelloonregeling. Voor werknemers binnen Menlo gold sinds 2017 een beschikbare premieregeling bij ASR (voorheen De Amersfoortse).

3.2.5. Op 10 oktober 2018 hebben de ondernemingsraad (hierna: de OR) enerzijds en XPO III in oprichting en Menlo anderzijds een convenant gesloten, waarin laatstgenoemden aan de OR (extra) bevoegdheden toekennen op grond van artikel 32 lid 2 van de Wet op de Ondernemingsraden, namelijk de bevoegdheden om te komen tot een arbeidsvoorwaardenregeling voor de medewerkers van XPO III en Menlo Nederland (hierna: AVR). Verder worden in het convenant afspraken vastgelegd over hoe zij de onderhandelingen over de AVR zullen voeren.

3.2.6. In de daaropvolgende periode heeft de OR onderhandelingen gevoerd over de AVR en, in verband met de tot stand te komen AVR, zogenaamde town hall meetings georganiseerd op diverse locaties, klankbordgroepen georganiseerd, presentaties gegeven, nieuwsbrieven, een interne memo verspreid en een enquête laten uitgaan.

3.2.7. Op 20 maart 2019 heeft GXO bij de OR een adviesaanvraag ingediend met betrekking tot de oprichting van XPO III. Op 18 april 2019 heeft de OR positief geadviseerd over de oprichting van XPO III.

3.2.8. Op 19 april 2019 hebben de onderhandelingsdelegaties overeenstemming bereikt over de

AVR en op 3 mei 2019 is het onderhandelingsresultaat ondertekend. Ten aanzien van het pensioen houdt dit in dat er een beschikbare premieregeling zal worden ingevoerd, waarbij:

- een 3% fiscale staffel van toepassing is;
- de wettelijke minimum franchise 2019 wordt toegepast;
- overuren niet worden meegenomen in de pensioengrondslag, maar de inconveniententoeslag wel;
- de werknemersbijdrage 5% bedraagt; en
- werknemers die in dienst waren bij XPO I dan wel XPO II op 1 april 2019 en die op dat moment ouder waren dan 32 jaar een compensatie ontvangen in de vorm van een percentage van het brutoloon, zolang ze in dienst zijn van XPO III.

Verder zullen de werknemers die gebruik willen maken van een persoonlijk adviesgesprek inzake pensioenen hierin gefaciliteerd worden door XPO III. Ze kunnen op kosten van de werkgever een persoonlijk pensioenadviesgesprek krijgen.

3.2.9. In de maand juni 2019 zijn 29 werknemers in dienst getreden bij XPO III. Deze werknemers hadden daarvoor geen arbeidsovereenkomst met XPO. In de arbeidsovereenkomsten van deze werknemers is de AVR en de nieuwe pensioenregeling van toepassing verklaard.

3.2.10. Bij brief van 3 juni 2019 zijn alle bij de overgang naar XPO III betrokken werknemers onder meer als volgt geïnformeerd:

“(…)

Met ingang van 1 juli 2019 zullen de activiteiten van Nieuwegein van XPO Supply Chain Netherlands II B.V. overgaan naar XPO Supply Chain Netherlands III B.V. Voor u betekent dit dat u door de werking van de wet, automatisch in dienst treedt bij deze nieuwe B.V. met tenminste een gelijkwaardig pakket arbeidsvoorwaarden.

(…) Binnen XPO Supply Chain Netherlands III B.V. wordt de met de Ondernemingsraad overeengekomen nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling gehanteerd, waarover we u hebben geïnformeerd in de town hall meeting. (Een samenvatting van de belangrijkste wijzigingen is bij deze toegevoegd).

We zullen u rond 15 juli 2019 een nieuwe arbeidsovereenkomst doen toekomen met het verzoek om deze te ondertekenen. (...)

Zoals besproken zal ook de pensioenregeling wijzigen. Stelt u een persoonlijk gesprek op prijs met een externe pensioenadviseur om u te laten adviseren over de wijzigingen en de gevolgen voor u persoonlijk, dan kunt u dit ook kenbaar maken op hetzelfde

formulier. We verzoeken u om dit formulier binnen één week in te leveren bij uw lokale HR-Advisor. (...)

3.2.11. Op 10 juli 2019 hebben XPO I, XPO II en XPO III een overnameovereenkomst gesloten. Daarin staat – kort samengevat – dat XPO I en XPO II per 1 juli 2019 delen van hun ondernemingen aan XPO III overgedragen, te weten ‘customer contracts’, ‘assets sufficiently know bij parties’ en (indien van toepassing) ‘lease of the warehouse’ op de vestigingen Venray 6, Venlo, Tilburg 2/3 en Nieuwegein. In de considerans staat als reden voor de overdracht vermeld de wens om het beloningssysteem en de arbeidsvoorwaarden binnen de groepsstructuur te harmoniseren.

3.3. *De vorderingen, het oordeel van de rechtbank en de beslispunten in hoger beroep*

3.3.1. De bonden hebben in eerste aanleg gevorderd (samengevat weergegeven):

Primair: te verklaren voor recht dat XPO III misbruik van haar wettelijke bevoegdheid heeft gemaakt, althans niet als goed werkgever, althans onrechtmatig heeft gehandeld door voor de bij haar op 1 juli 2019 in dienst getreden werknemers niet het deelnemerschap bij Bpf Vervoer voort te zetten, zodat het bepaalde in art. 7:664 lid 1 sub a. BW in dezen buiten toepassing dient te worden gelaten;

Subsidiair

A. te verklaren voor recht dat XPO III rechtens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt op het bepaalde in art. 7:664 lid 1 sub a. BW, zodat het bepaalde in art. 7:664 lid 1 sub a. BW bij de overgang van onderneming op 1 juli 2019 buiten toepassing dient te worden gelaten;

Meer subsidiair

te verklaren voor recht dat XPO III voor 1 juli 2019 geen aanbod heeft gedaan als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 sub a. BW, zodat het daarin bepaalde bij de overgang van onderneming op 1 juli 2019 buiten toepassing dient te worden gelaten;

In alle gevallen

XPO III, uitvoerbaar bij voorraad, te bevelen om het Bpf Vervoer te verzoeken om haar werknemers met terugwerkende kracht tot 1 juli 2019 tegen de gangbare premies en met toepassing van de gebruikelijke reglementen en voorwaarden als deelnemer bij het Bpf Vervoer te aanvaarden, op straffe van een dwangsom, en XPO III te veroordelen in de proceskosten.

3.3.2. De rechtbank heeft:

- de vorderingen van de bonden afgewezen;
- de bonden veroordeeld in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van het vonnis;
- het vonnis voor wat betreft de kostenveroordeling, uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

3.3.3. De bonden zijn met vijf grieven in hoger beroep gekomen. Het hoger beroep strekt ertoe dat het bestreden vonnis wordt vernietigd en dat het hof alsnog hun vorderingen in eerste aanleg toewijst en XPO III veroordeelt in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.3.4. XPO III heeft – samengevat weergegeven – geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van de bonden in de proceskosten van het hoger beroep beroep, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.3.5. De grieven van de bonden en de vorderingen in hoger beroep leggen in de kern ter beoordeling voor of het bepaalde in artikel 7:664 lid 1 sub a. BW buiten toepassing moet worden gelaten, omdat:

- i) de werknemers onder de werkingssfeer zijn blijven vallen van de cao Beroepsgoederenvervoer en het Verplichtstellingsbesluit van het Bpf Vervoer (de situatie bedoeld in artikel 7:664 lid 2 BW);
- ii) XPO III misbruik maakt van haar bevoegdheid (artikel 3:13 BW) en/of handelt in strijd met goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) en/of in strijd met de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) en/of onrechtmatig handelt (artikel 6:162 BW);
- iii) XPO III de op haar rustende informatieplichten heeft geschonden;
- iv) XPO III niet tijdig een aanbod heeft gedaan als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 onder a. BW.

De bonden hebben het hof verzocht om alles wat zij in eerste aanleg hebben aangevoerd als herhaald en ingelast te beschouwen. Het hof kan niet zonder meer aan dat verzoek gehoor geven. Het hof kan alleen acht slaan op hetgeen de bonden in eerste aanleg hebben aangevoerd, wanneer dat zowel voor het hof als voor GXO III voldoende duidelijk uit de memorie van grieven blijkt.

3.4. Ontvankelijkheid

Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank dat ter zake de ontvankelijkheid is voldaan aan de eisen van art. 3:305a BW.

3.5. Is het Verplichtstellingsbesluit van het Bpf Vervoer van toepassing?

3.5.1. De bonden stellen zich op het standpunt dat het Verplichtstellingsbesluit Bpf Vervoer van toepassing is gebleven op de werknemers die zijn overgegaan van XPO I en XPO II naar XPO III, omdat XPO III onder de verplichtstelling van Bpf Vervoer valt, zodat op grond van artikel 7:664 lid 2 BW de pensioenregeling van het Bpf Vervoer blijft gelden.

3.5.2. Voor zover de bonden hieraan ten grondslag leggen dat de cao Beroepsgoederenvervoer van toepassing is gebleven, omdat deze voor een groot aantal werknemers is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst, faalt het. Ook indien juist, geldt dat ook op een in een cao opgenomen pensioenregeling de uitzondering als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 onder a. BW van toepassing is (op grond van artikel 14a lid 3 Wet CAO juncto artikelen 7:663 BW en 7:664 BW). Ook is niet relevant of de functie van de overgegangene werknemers (de functie van warehousemedewerker) in de cao Beroepsgoederenvervoer staat. Het gaat erom of de activiteiten van XPO III onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen.

3.5.3. Volgens de bonden is dit het geval omdat sprake is van ‘Wegvervoer’ zoals gedefinieerd in het Verplichtstellingsbesluit onder 3, aanhef en onder a. Daar staat:

“(…)”

3. Wegvervoer

Het bedrijf van:

a. het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg, alsmede het tegen vergoeding vervoeren van goederen over niet voor het openbaar verkeer openstaand terrein;
(…)”.

3.5.4. XPO III heeft dit gemotiveerd betwist.

3.5.5. Naar vaste rechtspraak moeten verplichtstellingsbesluiten worden uitgelegd aan de hand van de zogenaamde cao norm. De Hoge Raad heeft dat als volgt geformuleerd (HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622). Dat betekent dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objec-

tieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao 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 cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen 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, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend. Een en ander geldt op overeenkomstige wijze voor andere regelingen dan een cao die aan de hand van de cao-norm moeten worden uitgelegd.

3.5.6. Het hof constateert dat de bonden kennelijk uitgaan van het Verplichtingstellingsbesluit Bpf Vervoer, zoals dat geldt per 1 januari 2024 (Staatscourant 2023 nr. 25767, 2 november 2023). De periode waarop de vordering van de bonden betrekking heeft ziet echter op de periode vanaf 1 juli 2019. Naar het oordeel van het hof is daarom van belang het Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg, geldend per 20 januari 2018 (Staatscourant 2018, nr. 3268, 19 januari 2018). De hiervoor weergegeven definitie van Wegvervoer onder 3 aanhef en onder a. van het Verplichtingstellingsbesluit is echter identiek aan die in artikel 5 aanhef en onder a) van het Verplichtstellingsbesluit geldend per 20 januari 2018 en het geschil spitst zich hierop toe.

3.5.7. Volgens de bonden kan uit het uittreksel uit het handelsregister van XPO III worden afgeleid dat XPO III zich bezig houdt met Wegvervoer. Daaruit volgt namelijk dat het een bedrijf is dat zich met name richt op opslag in distributiecentra en overige opslag (niet in tanks, koelhuizen e.d.), laad, los- en overslagactiviteiten (niet voor zeevaart) en expediteurs, cargadoors, bevrachters en andere tussenpersonen in het goederenvervoer. De bonden betogen dat de hoofdactiviteit van – destijds – XPO I en XPO II opslag, transport en logistiek was en dat dit bij XPO III nog steeds zo is. De bonden wijzen er opnieuw op dat

XPO III na de overgang net als ervoor ook zelf vrachtwagens had rijden en dat dit nog steeds zo is. Het gaat bij de werkingssfeer niet alleen om vervoer voor anderen maar ook om eigen vervoer tussen bijvoorbeeld vestigingen van XPO III, aldus de bonden.

Verder stellen de bonden dat XPO I en XPO II onder de werkingssfeer van het besluit vielen en dat, nu de activiteiten na de overgang niet zijn veranderd, dit na overgang van onderneming ook het geval is, aldus de bonden. Ook de werknemers die zijn overgegaan naar XPO III doen nog steeds hetzelfde werk, namelijk reguliere warehousactiviteiten.

3.5.8. Het hof is van oordeel dat de bonden niet hebben onderbouwd dat bij XPO III sprake is van vervoeren van goederen over de weg, dan wel vervoeren van goederen over niet voor het openbaar verkeer openstaand terrein. XPO III heeft al in eerste aanleg betwist dat zij zich bezig houdt met vervoer. De rechtbank heeft vervolgens in het bestreden vonnis geoordeeld dat XPO III gemotiveerd heeft betwist dat XPO III zich bezighoudt met vervoersactiviteiten en dat de bonden tegenover deze gemotiveerde betwisting onvoldoende hebben gemotiveerd en onderbouwd dat dit anders is.

Van de bonden had vervolgens verwacht mogen worden dat zij in hoger beroep – in reactie op de betwisting door XPO III in eerste aanleg en het oordeel van de rechtbank – concrete feiten hadden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat XPO III zich nog wel met Wegvervoer bezig houdt. Dat hebben zij niet gedaan. Zij hebben in hoger beroep volstaan met een blote stelling dat sprake is van het vervoeren van goederen over niet voor het openbaar verkeer openstaand terrein, op eigen terrein tussen vestigingen, en een verwijzing naar het uittreksel van de Kamer van Koophandel van XPO III. Dit acht het hof niet voldoende, nu hieruit niet, althans niet zonder nadere feiten kan worden afgeleid dat sprake is van Wegvervoer als omschreven in het Verplichtstellingsbesluit.

Ook het feit dat de werknemers eerder waren aangesloten bij het Bpf Vervoer en dat de werkzaamheden niet veranderd zijn, betekent niet dat de activiteiten van XPO III onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen. XPO III heeft in eerste aanleg betwist dat sprake was van verplichte aansluiting, omdat er een afdelingscriterium gold en de werknemers die door de over-

gang van onderneming in dienst zijn getreden van XPO III niet werkzaam waren op een afdeling waarin uitsluitend of in hoofdzaak – kort gezegd – wegvervoer werd verzorgd. Dat de werknemers voorheen aangesloten waren bij het Bpf Vervoer is vanuit de historie gegroeid en betrof een vrijwillige aansluiting. De werknemers vielen onder de uitzondering van het Verplichtstellingsbesluit. De bonden hebben daar in hoger beroep niets, althans onvoldoende tegenover gesteld, terwijl dat wel van hen verwacht had mogen worden.

Daarbij komt dat de bonden ook geen specifiek en ter zake dienend bewijs op dit punt hebben aangeboden. Het algemene bewijsaanbod volstaat niet. 3.5.9. Tot slot merkt het hof op dat XPO III erop heeft gewezen dat het Bpf Vervoer zich al die tijd niet op het standpunt heeft gesteld dat sprake is van verplichte aansluiting. Alhoewel niet doorslaggevend, vormt dit wel een indicatie dat XPO III het gelijk op dit punt aan haar zijde heeft.

Misbruik van bevoegdheid, strijd met goed werkgeverschap, redelijkheid en billijkheid en/of onrechtmatig handelen

3.5.10. De bonden beroepen zich voor hun stelling dat de uitzondering in artikel 7:664 lid 1 onder a. BW buiten toepassing moet blijven op meerdere – in het kopje vermelde – juridische grondslagen. Zij leggen daaraan bij iedere grondslag in de kern dezelfde feiten ten grondslag, namelijk dat bij de overname sprake was een misbruikconstructie, omdat XPO III als verkrijger pas kort voor de overgang van onderneming is opgericht en een aantal werknemers in dienst heeft genomen om vervolgens werknemers van een andere groepsmaatschappij binnen het concern, XPO I en XPO II, over te hevelen en een andere pensioenregeling aan te bieden. Op die manier kon bewerkstelligd worden dat een gunstige middelloonpensioen-regeling die gold voor circa 800 werknemers van XPO I en XPO II werd omgezet naar een inferieure, goedkopere, regeling, althans een van beduidend mindere kwaliteit.

3.5.11. Het hof stelt bij de beoordeling voorop dat het door de bonden geschetste feitencomplex, namelijk het feit dat XPO III als verkrijger, die vlak voor de overgangsdatum nog niet bestond, nog geen pensioenregeling had, geen werknemers en geen activiteiten had, in één maand tijd 29 werknemers in dienst heeft genomen en vervol-

gens werknemers van een andere groepsmaatschappij binnen het concern heeft overgeheveld en vervolgens een nieuwe pensioenregeling heeft aangeboden, aanleiding geeft om kritisch te kijken of er sprake is van misbruik van recht dan wel of aan een van de andere grondslagen is voldaan. Het hof is echter van oordeel dat dit niet het geval is om de hierna volgende redenen.

Aanleiding voor nieuwe AVR

3.5.12. Uit het dossier komt naar voren dat als gevolg van diverse overnames binnen het GXO-concern verschillende arbeidsvoorwaarden golden. Zo golden verschillende regelingen voor werknemers binnen het destijds nog geheten XPO I en XPO II enerzijds en Menlo anderzijds. Er vielen werknemers onder de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg, maar er waren er ook die onder de arbeidsvoorwaardenregeling van Menlo vielen. Binnen deze arbeidsvoorwaardenregeling bestonden weer verschillen in de manier waarop bijvoorbeeld inconveniëntentoeslagen of reiskosten werden afgewikkeld. Ook de pensioenregelingen liepen uiteen. De wens om tot een nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling te komen voor de warehouse werknemers van XPO I en XPO II en om die arbeidsvoorwaarden aan te laten sluiten bij die van de werknemers van Menlo, dat zich ook op warehouseactiviteiten richtte, was dan ook in ieder geval mede ingegeven door de wens om tot uniformering en harmonisering van de arbeidsvoorwaarden te komen. Dit staat al in de nieuwsbrief van de OR van maart 2018, dus geruime tijd voor de oprichting van XPO III en de overgang van de werknemers van XPO I en XPO II naar XPO III. Dit wordt ook bevestigd door de verklaring van de OR. Volgens de bonden ging het uitsluitend om kostenbesparingen en om harmonisatie van arbeidsvoorwaarden. De bonden insinueren dat dit bedenkelijke doelstellingen zijn voor overgang van onderneming, maar het hof ziet niet in waarom dat niet te respecteren bedrijfsbelangen kunnen zijn.

Betrokkenheid OR en verbetering diverse arbeidsvoorwaarden

3.5.13. Bij de totstandkoming van de nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling is de ondernemingsraad als onderhandelingspartner betrokken geweest. Deze nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling behelst niet alleen een wijziging van de pensioenregeling, maar ook een verbetering van andere ar-

beidsvoorwaarden. Zo is onder meer sprake geweest van een loonverbetering en zijn een inconviëntentoeslag en reiskostenvergoeding in het leven geroepen. Deze voortuitgang voor werknemers dient, anders dan waarvan de bonden kennelijk uitgaan, naar het oordeel van het hof ook betrokken te worden bij het oordeel of sprake is van misbruik van bevoegdheid (of een van de andere grondslagen).

Geen inferieure pensioenregeling

3.5.14. De bonden stellen dat deze nieuwe pensioenregeling een inferieure regeling is, althans een (aanmerkelijke) materiële verslechtering. Ter onderbouwing hebben zij verwezen naar het rapport van Mercer en het nadere rapport van Mercer, waarin Mercer concludeert dat het verschil tussen de regeling bij Bpf Vervoer en de nieuwe beschikbare premieregeling bij ASR met name voor jonge deelnemers en deelnemers met lagere salarissen meer dan 20% is. Mercer vindt dat verschil zeer materieel en concludeert dat de ASR-regeling op collectief niveau niet minimaal actuariel gelijkwaardig is aan de regeling die gold bij Bpf Vervoer. Alleen voor werknemers met een inkomen (ruim) boven het maximum pensioengevend salaris zoals Bpf Vervoer dat hanteert, geeft de ASR-regeling hogere uitkomsten. Bij XPO III gaat het echter volgens de bonden om relatief jongere deelnemers met relatief lagere salarissen.

3.5.15. Het hof stelt hierbij voorop dat het enkele feit dat een aangeboden pensioenregeling een materiële verslechtering is ten opzichte van de voor de overgang van onderneming geldende regeling, op zichzelf onvoldoende is om tot het oordeel te komen dat sprake is van misbruik van recht. De wetgever heeft immers uitdrukkelijk onderkend dat de uitzondering als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 onder a. BW tot een verslechtering kan leiden voor werknemers. Het hof verwijst naar de in het bestreden vonnis in r.o. 4.29 weergegeven passage uit de parlementaire geschiedenis.

3.5.16. Verder is het hof van oordeel dat de bonden de door hun gestelde verslechtering onvoldoende hebben onderbouwd, gelet op de door XPO III overgelegde verklaringen van [persoon A] van Willis Towers Watson, die als pensioenadviseur van GXO betrokken was bij de totstandkoming van de nieuwe pensioenregeling en van [persoon B] van pensioenadviesbureau Edmond Halley, die de ondernemingsraad heeft geadvi-

seerd bij de totstandkoming van de nieuwe pensioenregeling. Uit hun verklaringen en de door Edmond Halley uitgevoerde calculaties op basis van de daadwerkelijke werknemerspopulatie van XPO III, volgt dat de nieuwe regeling een verbetering is voor werknemers jonger dan 32 jaar. Doordat in de nieuwe regeling de doorsneepremie-systeematiek, die nog wel geldt bij Bpf Vervoer, niet langer wordt gehanteerd is er sprake van meer 'value for money'. Verder volgt uit die verklaringen dat er meer budget beschikbaar is voor de gemiddeld jongere populatie werknemers van XPO III, terwijl voorheen werd meebetaald aan de pensioenopbouw van werkgevers binnen Bpf Vervoer met vergrijsde werknemerspopulaties. Door het verlaten van de doorsnee-systeematiek kon ook de pensioenbijdrage worden gehalveerd. Deze is in de nieuwe regeling van XPO III ruim de helft lager en gedaald van 10,16% naar 5% van de pensioengrondslag. Dit betekent dat alle werknemers maandelijks netto meer salaris overhouden. Werknemers kunnen zelf beslissen of zij dit voordeel aanwenden voor aanvullende pensioenopbouw of voor andere doeleinden. Voor werknemers ouder dan 32 was de halvering van de deelnemersbijdrage onvoldoende om de lagere pensioenopbouw bij XPO III te compenseren. Zij ontvangen een compensatie in de vorm van een percentage van het brutoloon.

3.5.17. Het hof stelt vast dat het (nadere) rapport van Mercer geen rekening houdt met deze aspecten (lagere pensioenpremie vanwege niet langer hanteren van de doorsneepremie-systeematiek, een hoger netto loon en een compensatieregeling voor werknemers ouder dan 32 jaar). De verklaring hiervoor is dat een lagere deelnemersbijdrage niet meetelt bij de door Mercer (in opdracht van het Bpf Vervoer) uitgevoerde toets of beide regelingen actuariel gelijkwaardig zijn. Naar het oordeel van het hof dient echter bij de vraag of sprake is van een (aanzienlijk) slechtere regeling wel de gelijk te worden gekeken naar alle aspecten en dus ook naar deze voordelen van de nieuwe regeling. De rapporten van Mercer over de actuariële gelijkwaardigheid bieden dan ook een onvoldoende onderbouwing voor de gestelde verslechtering.

3.5.18. Het hof volgt de bonden ook niet in hun stelling dat de verslechtering al blijkt uit het feit dat de pensioenregeling tot een aanzienlijke besparing op de werkgeversbijdragen heeft geleid. Ook die stelling miskent dat de nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling ook tot aanzienlijke voor-

delen heeft geleid en dat XPO III een compensatieregeling in het leven heeft geroepen voor werknemers ouder dan 32 jaar. Dat de kostenbesparingen mogelijk niet geheel ten goede zijn gekomen aan de werknemers, maakt nog niet dat sprake is van een misbruikconstructie. Het behoort in beginsel tot de ondernemersvrijheid om de organisatie anders in te richten.

3.5.19. Het hof volgt de bonden evenmin in hun standpunt dat sprake is geweest van een situatie dat er geen pensioenregeling was voor 'zittende werknemers' (waarop artikel 7:664 lid 1 onder a. BW ziet), maar van een (te laat) in het leven geroepen pensioenregeling met het doel om van de bestaande pensioenregeling af te komen. Het hof volgt XPO III in haar standpunt dat zij de pensioenregeling van Menlo heeft toegepast, die al circa twee-en-een-half jaar bestond en voor circa 400 mensen gold. Dat blijkt afdoende uit het dossier. Deze is dus – in de bewoordingen van XPO III – niet kort voor de overgang van de werknemers 'uit de lucht komen vallen'. Het hof ziet niet in waarom de bonden van mening zijn dat er voor de door XPO III in juni 2019 nieuw in dienst genomen werknemers nog geen pensioenregeling was. Gelet op de met de OR gedeelde informatie was immers duidelijk wat de pensioenregeling bij XPO III ging inhouden (deze zou zijn conform de al jaren bestaande pensioenregeling van Menlo). Dat de in juni 2019 door XPO III nieuw in dienst genomen werknemers nog geen pensioenreglement hadden ontvangen, wil niet zeggen dat de pensioenregeling geen onderdeel uitmaakte van hun arbeidsovereenkomst. De offerte van ASR voor een pensioenregeling per 1 juni 2019 is vóór 1 juli 2019 door XPO III getekend en overigens zal de uitwerking van een dergelijke offerte in een pensioenreglement ook niet van de één op de andere dag zijn voltooid. Dat de door XPO III in juni 2019 in dienst genomen werknemers niet op de hoogte zijn gesteld van de inhoud van de voor hen geldende pensioenregeling, wil niet zeggen dat er voor hen geen pensioenregeling was. Die was er wel. Evenmin kan het hof de bonden volgen in hun standpunt dat de werknemers onder de verplichtstelling zijn blijven vallen omdat zij op 1 juli 2019 niet waren afgemeld bij Bpf Vervoer. De uitdiensttreding bij XPO I en XPO II was bepalend voor de beëindiging van het deelnemerschap bij Bpf Vervoer en een afmelding is slechts een administratieve handeling. Daaruit kan niet worden afgeleid dat de werknemers 'dus' nog on-

der de verplichtstelling vielen en ook niet dat XPO III nog geen pensioenregeling had.

Zorgvuldig proces en geen schending informatieplichten

3.5.20. Verder is het hof van oordeel dat het proces van de totstandkoming en inwerkingtreding van de AVR zorgvuldig is verlopen en dat werknemers voldoende zijn geïnformeerd over de nieuwe AVR, waaronder de pensioenregeling.

De OR is als onderhandelingspartner opgetreden bij de totstandkoming van de AVR. De bonden hebben onbetwist gelaten dat de OR deze taak zelf op zich wilde nemen vanwege de beperkte organisatiegraad van de bonden binnen XPO III en omdat de OR voor alle werknemers opkwam, hetgeen de OR ook zo met de bonden heeft besproken. In nieuwsbrieven van de OR en een town hall meeting die op iedere locatie / distributiecentra is gehouden, zijn werknemers op de hoogte gesteld van het feit dat de arbeidsvoorwaarden – waaronder de pensioenregeling – ging veranderen en hoe het proces werd vormgegeven. Er zijn vijf klankbordgroepen opgericht, waarin werknemers van XPO I en XPO II waren vertegenwoordigd. De OR heeft werknemers via nieuwsbrieven ook steeds op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen rondom de AVR. Zo zijn werknemers in de nieuwsbrief van november 2018 geïnformeerd over de start en het doel van de klankbordgroepen. In interne memo's van de OR van 1 november 2018 en 20 december 2018 zijn werknemers geïnformeerd over de status van de onderhandelingen. Er is een enquête in het Nederlands, Engels en Pools uitgezet onder werknemers over de AVR (waarvan de bonden in twijfel hebben getrokken of deze vóór de overgang is gehouden, maar dat acht het hof niet aannemelijk gelet op de vragen). In de nieuwsbrief van de OR van februari 2019 is aan werknemers medegedeeld dat de standpunten ten aanzien van de onderwerpen loon(ontwikkeling), pensioen, klokurenmatrix en reiskosten op hoofdlijnen dichter bij elkaar zijn komen te liggen.

In het interne memo van de OR van 1 mei 2019 zijn werknemers geïnformeerd dat er een onderhandelingsakkoord is getekend en dat de AVR per 1 juli 2019 ingaat, gevolgd door de aankondiging dat er in de weken 21 tot 24 town hall meetings plaatsvinden en in de weken 25 en 26 individuele informatie wordt verstrekt. Daarachter is een sa-

mentvatting gevoegd van het onderhandelingsresultaat. Daarin staat over pensioen:

“Voor de medewerkers van de andere sites betekent het een andere manier van pensioenopbouw. Indien medewerkers door de nieuwe pensioenregeling erop achteruit gaan ontvangen zij een bruto compensatie voor gederfde pensioen bij het loon. Daarmee kan de medewerker zelf het pensioen aanvullen als hij/zij daarvoor kiest. Medewerkers kunnen een adviesgesprek aanvragen, wat door XPO gefaciliteerd zal worden.”

Werknemers zijn dus op de hoogte gesteld dat de pensioenregeling zou veranderen en aan hen is de mogelijkheid geboden een persoonlijk adviesgesprek aan te vragen.

Ook tijdens de town hall meetings zijn werknemers geïnformeerd dat voor pensioen een ander systeem gaat gelden (pagina 17 van de presentatie) en dat wordt overgegaan van middelloon naar beschikbare premie met uitleg hoe het beschikbare premiestelsel werkt (pagina's 15 en 16 van de presentatie). Op pagina 17 van de presentatie wordt werknemers opnieuw medegedeeld dat zij persoonlijk advies kunnen vragen, *“ook als je er op vooruitgaat!”* Ook op de een-na-laatste pagina van de presentatie staat: *“Wil je pro forma's of pensioenadvies, vul formulier in”* en op de laatste pagina worden de werknemers nogmaals gewezen op de mogelijkheid om een individueel gesprek / pensioengesprek aan te vragen.

Ook in de brief van 3 juni 2019 gericht aan de individuele werknemers – waarin wordt medegedeeld dat de activiteiten van het bedrijfs onderdeel waar de betreffende werknemer werkzaam is per 1 juli 2019 zal overgaan naar XPO III en dat de met de OR overeengekomen nieuwe AVR zal worden gehanteerd (met daarbij gevoegd een samenvatting) – staat dat de pensioenregeling zal wijzigen. In die brief wordt wederom gewezen op de mogelijkheid om een persoonlijk gesprek te vragen met een externe pensioenadviseur om de werknemer te adviseren over de wijzigingen en de gevolgen voor deze persoonlijk. Bij die brief is een formulier gevoegd dat de werknemer moet invullen als deze een persoonlijk gesprek wenst.

Het hof is van oordeel dat het werknemers gelet op alle aan hen verstrekte informatie duidelijk had kunnen en moeten zijn dat de pensioenregeling anders vorm gegeven zou gaan worden en aan hen is aangeboden de gevolgen te laten onderzoeken door een pensioenadvies en pro forma berekening, waarbij compensatie is aangeboden

en een gesprek met de afdeling HR om een oplossing te bespreken. Zoals hierna nog nader zal worden besproken, is het hof van oordeel dat voldaan is aan de eis dat de werknemers een aanbod is gedaan als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 onder a. BW.

3.5.21. Gelet hierop is het hof van oordeel dat in lijn met artikel 7:655 lid 1 onder j) BW en artikel 7:611 BW heeft gehandeld en dat geen sprake is van een schending van de op haar rustende informatieplichten. Artikel 7:665a BW is hier niet van toepassing omdat dit artikel ziet op de – zich hier niet voordoende – situatie dat geen ondernemingsraad is ingesteld. Het beroep op schending van de informatieplichten faalt daarom. Dit geldt zowel voor de stelling van de bonden dat sprake is van misbruik van bevoegdheid (of een van de andere genoemde grondslagen) als voor de situatie dat de bonden dit als zelfstandige grondslag hebben aangevoerd.

Tussenconclusie

3.5.22. Volgens de bonden heeft XPO III (te laat) een geheel nieuwe pensioenregeling tot stand gebracht en heeft XPO zonder noodzaak bepaalde activiteiten bij XPO III ondergebracht, om – met misbruik van artikel 7:664 lid 1 onder a. BW – zich te ontdoen van de met de werknemers overeengekomen pensioenregeling bij Bpf Vervoer. Uit het voorgaande volgt dat het hof, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet van misbruik uit kan gaan.

Ondanks de hiervoor in r.o. 3.5.10 geschetste feiten die aanleiding vormden voor een kritische beoordeling, is het hof, gelet op de hiervoor geschetste omstandigheden waaronder de wijze waarop de AVR tot stand is gekomen en de uitkomst daarvan, van oordeel dat er onvoldoende feiten zijn gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat artikel 7:664 lid 1 onder a. BW buiten toepassing moet worden gelaten op grond van misbruik van bevoegdheid, strijd met goed werkgeverschap, redelijkheid en billijkheid en/of onrechtmatig handelen. Alleen al daarom komt het hof niet toe aan het geven van een bewijsopdracht aan de bonden, nog daargelaten dat zij geen specifiek en ter zake dienend bewijs hebben aangeboden.

Heeft XPO III tijdig een aanbod gedaan als bedoeld in artikel 664 lid 1, aanhef en onder a. BW

3.5.23. De bonden hebben gesteld dat artikel 7:664 lid 1 onder a. BW buiten toepassing moet

blijven omdat XPO III niet tijdig een aanbod heeft gedaan als bedoeld in dat artikel. Volgens de bonden moet een aanbod vóór de overgangdatum zijn gedaan aan de werknemers, op het moment dat zij nog werken bij de vervreemder. Dat is volgens de bonden niet gebeurd. Dat kon ook niet, omdat er nog geen pensioenregeling was tussen XPO III en ASR, hooguit een offerte. De werknemers waren in juli 2019 ook nog niet afgemeld bij Bpf Vervoer. Het aanbod moet bovendien voldoende bepaald en concreet zijn als bedoeld in artikel 6:227 BW. Ook daarvan was voor 1 juli 2019, maar ook daarna nog geen sprake omdat de werknemers pas in de nieuwsbrief van 12 september 2019 – tweeënhalve maand na de overgang van onderneming – op hoofdlijnen inzichtelijk is gemaakt wat de inhoud van de nieuwe pensioenregeling is.

3.5.24. Het hof volgt de bonden niet in hun stellingen. In 2002 is de huidige regeling (in toen andere bewoordingen) in de wet opgenomen. Daarvoor was artikel 7:663 BW niet van toepassing op pensioen. De rechtbank heeft in de overwegingen 4.50 tot en met 4.51 van het bestreden vonnis uiteengezet wat de achtergrond en de bedoeling is geweest van de wetgever. Het hof verenigt zich volledig met deze overwegingen en ook met de overweging in 4.52 dat XPO III tijdig de pensioenregeling heeft aangeboden (zoals hiervoor al is overwogen).

3.6. Slotsom

De slotsom is dat de vorderingen van de bonden ook in hoger beroep niet toewijsbaar zijn. De grieven van de bonden falen, althans kunnen niet tot vernietiging leiden. Het hof zal daarom het bestreden vonnis bekrachtigen.

3.7. Proceskosten

3.7.1. Het hof zal de bonden, als de in dit hoger beroep in het ongelijk gestelde partijen, veroordelen in de door XPO III in hoger beroep gemaakte proceskosten.

Die kosten aan de zijde van XPO III komen uit op:
– griffierechten: € 798,-

– salaris advocaat: € 1.214,- (1 punt x tarief II)

– nakosten: € 178,- (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal: € 2.190,-

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

3.7.2. In dit geval is sprake van een veroordeling van meerdere partijen tot betaling van proceskosten. Dan geldt als uitgangspunt dat zij ieder voor het geheel aansprakelijk zijn en dus hoofdelijk zijn verbonden tot nakoming van die veroordeling. Het hof ziet in de omstandigheden van het geval geen aanleiding om anders te bepalen.

4. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch van 15 mei 2024;

veroordeelt de bonden hoofdelijk in de proceskosten van het hoger beroep die worden bepaald op € 2.190,- te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe; als de bonden niet tijdig aan de veroordeling voldoen en het arrest daarna wordt betekend, dan moeten de bonden € 92,- extra betalen vermeerderd met de kosten van betekening;

veroordeelt de bonden hoofdelijk tot betaling van de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 Burgerlijk Wetboek over de proceskosten als deze niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest zijn voldaan;

verklaart deze proceskostenveroordeling en de wettelijke rente daarover uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Op grond van art. 7:663 BW gaan in het geval van een overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege over van de vervreemder op de verkrijger. Tot 1 juli 2002 was in art. 7:664 BW voor pensioen een uitzondering gemaakt in die zin dat pensioen niet overging. Sinds 1 juli 2002 is echter de hoofdregel dat de rechten en verplichtingen volgend uit de pensioenregeling ook overgaan op de verkrijger. Op deze hoofdregel (lees: de pensioenregeling gaat over) bestaan drie uitzonderingen. Voor onderhavige zaak is met name de uitzondering die is opgenomen in art. 7:664 lid 1 sub a BW relevant; de verkrijger doet vóór de overgang de overgenomen werknemers eenzelfde pensioenvoorstel als hij reeds aan zijn eigen werknemers heeft gedaan. De verkrijger heeft hier dus een keuzemogelijkheid.

Indien de verkrijger van de genoemde uitzondering gebruik heeft gemaakt en dus vóór de overgang een pensioenvoorstel heeft gedaan, gaat de pensioenregeling niet over en geldt in plaats daarvan de bij de verkrijger geldende pensioenregeling. Het is hierbij niet relevant of de pensioenregeling bij de verkrijger voor de werknemers een verslechtering betekent ten opzichte van de pensioenregeling die zij hadden bij de vervreemder. Dit heeft de wetgever zich ten tijde van de invoering gerealiseerd en ten aanzien hiervan toegelicht: 'uitgangspunt van die bescherming is niet dat de pensioenregeling van werknemers er nooit op achteruit mag gaan' maar in plaats daarvan om een minimumwaarborg te realiseren (*Kamerstukken I 2000/02, 27469, nr. 163, p. 5*).

Het hiervoor beschreven keuzerecht van de verkrijger wordt beperkt door (onder andere) misbruik van recht en goed werkgeverschap. Alhoewel voor het aannemen van beide grondslagen hoge drempels gelden, is in de literatuur door Lutjens wel betoogd dat hiervan snel sprake zou kunnen zijn indien 'de verkrijgende werkgever die geen pensioenregeling kent, gauw voor de overdracht een inferieure pensioentoezegging aan zijn werknemers doet om vervolgens via de keuze af te komen van een goede – duurdere – pensioenregeling die bij de overdragende werkgever heeft gegolden' (E. Lutjens, *Overgang van ondernemingen: de pensioenrechten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 54).

De situatie zoals die in onderhavige kwestie aan de orde was, lijkt op de door Lutjens geschetste gang van zaken. XPO III was namelijk een partij als verkrijger die vlak voor de overgangsdatum nog niet bestond, geen pensioenregeling en geen activiteiten had. Vervolgens heeft XPO III binnen één maand 29 werknemers in dienst genomen, werknemers van andere groepsmaatschappijen naar zich overgeheveld en hun een nieuwe pensioenregeling aangeboden.

In eerste aanleg hebben de vakbonden onder verwijzing naar de hierboven geciteerde opmerking van Lutjens gesteld dat de vergelijking met onderhavige zaak zich meer dan opdringt. De rechtbank heeft overwogen dat er weliswaar gevallen denkbaar kunnen zijn dat sprake zou zijn van misbruik van recht, maar dat daarvoor meer is 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.

Hoewel het hof niet naar Lutjens verwijst, sluit de benadering van het hof naar mijn mening nadrukkelijker dan het oordeel van de rechtbank aan op het door Lutjens geschetste uitgangspunt. Anders dan de rechtbank overweegt het hof namelijk expliciet dat de gekozen constructie aanleiding geeft om kritisch te beoordelen of sprake is van misbruik van recht dan wel strijd met goed werkgeverschap. Daaruit leid ik af dat het hof een kritischere toets passend acht indien de verkrijger de overgang en de toepasselijkheid van art. 7:664 lid 1 sub a BW in belangrijke mate zelf heeft kunnen vormgeven. Dat lijkt mij een verdedigbare benadering, omdat juist in dergelijke gevallen het risico bestaat dat de wettelijke uitzondering wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is bedoeld.

Ondanks deze kritische houding (waarvan het belang ook later in het arrest nogmaals wordt benadrukt), heeft het hof, net als de rechtbank eerder, geoordeeld dat van misbruik van recht dan wel schending van goed werkgeverschap geen sprake was. De harmonisatie van arbeidsvoorwaarden en kostenbesparing vormen volgens het hof op zichzelf legitieme bedrijfsbelangen. Daarbij acht het hof van belang dat de ondernemingsraad intensief bij de totstandkoming van de nieuwe arbeidsvoorwaardenregeling is betrokken en dat diverse arbeidsvoorwaarden juist zijn verbeterd. Ook acht het hof het informatie- en implementatieproces zorgvuldig, zodat ook geen sprake is van schending van de informatieplichten. Vervolgens gaat het hof in dit kader tevens uitgebreid in op het standpunt van de vakbonden dat uit de Mercer-rapporten volgt dat de beschikbare premieregeling materieel inferieur is aan de regeling van Bpf Vervoer. Terecht overweegt het hof dat een materiële verslechtering op zichzelf onvoldoende is om misbruik van recht aan te nemen. De wetgever heeft immers uitdrukkelijk aanvaard dat toepassing van art. 7:664 lid 1 sub a BW ertoe kan leiden dat werknemers een minder gunstige pensioenregeling krijgen. Ondanks dat het hof het hierbij had kunnen laten, heeft het tevens de Mercer-rapporten inhoudelijk beoordeeld. Volgens het hof houden deze rapporten onvoldoende rekening met relevante voordelen van de nieuwe regeling, zoals de lagere werknemersbijdrage, het hogere netto salaris en de compensatieregeling voor werknemers ouder

dan 32 jaar. Bij de beoordeling moet het totale arbeidsvoorwaardenpakket worden betrokken. Om die reden bieden de Mercer-rapporten onvoldoende grond voor de conclusie dat sprake is van een wezenlijk slechtere pensioenregeling. Hoewel XPO III op het eerste gezicht de schijn tegen heeft, is het oordeel van het hof dat geen sprake is van misbruik van recht of schending van goed werkgeverschap naar mijn mening juist. Het oordeel sluit aan bij de uitgangspunten uit de parlementaire geschiedenis, waarin bewust is aanvaard dat toepassing van art. 7:664 lid 1 sub a BW kan leiden tot een minder gunstige pensioenregeling. Het sluit tevens aan op de (weliswaar) zeer beperkt beschikbare jurisprudentie over dit onderwerp (zie in dit kader bijvoorbeeld de uitspraak van rb. Amsterdam 10 november 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7868 als vervolg op hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB0038) alsmede de heersende opvattingen hierover in de literatuur (zie onder J.P.H. Zwemmer & T.O. Boot, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, aant. 2.3 bij art. 7:664 BW). De belangrijkste betekenis van dit arrest ligt naar mijn mening echter elders. Het hof maakt duidelijk dat constructies waarbij een verkrijger kort vóór de overgang bewust een beroep op art. 7:664 lid 1 sub a BW creëert, kritisch moeten worden beoordeeld. Dat die kritische toets in dit geval niet tot misbruik van recht dan wel schending van goed werkgeverschap leidt, betekent niet dat dergelijke constructies steeds geoorloofd zijn. Daarmee biedt het arrest een bruikbaar beoordelingskader voor toekomstige gevallen.

mr. H.J. Willems
advocaat bij Lexence N.V.

199

**Niet automatisch recht op aanvullende
cao-uitkering na ernstige schending
re-integratieverplichtingen door werkgever**

Hoge Raad
3 juli 2026, nr. 25/01790,
ECLI:NL:HR:2026:1160
(mr. Kroeze, mr. Du Perron, mr. Wattendorff,
mr. Lock, mr. Schaafsma)
(Concl. A-G De Bock)
Noot mr. G.H. Boelens

**Arbeidsongeschikt. Cao-uitkering. Ambte-
naar. Buitensporige omstandigheden.**

[Cao Gemeenten art. 7.3; RO art. 81 lid 1]

Een medewerkster van een gemeente is in 1996 aangesteld als ambtenaar en heeft sinds de normalisering per 1 januari 2020 een arbeidsovereenkomst. Na veelvuldige en langdurige arbeidsongeschiktheid valt zij in maart 2017 opnieuw uit met fysieke en mentale klachten. Zij ervaart communicatieproblemen en hoge werkdruk. Per 30 juli 2018 is de werknemer gere-integreerd en arbeidsgeschikt, maar per 28 maart 2019 valt zij opnieuw volledig uit. Sindsdien komt re-integratie niet meer van de grond en heeft zij geen werkzaamheden meer verricht. Per april 2021 ontvangt de werknemer een WGA- en later een IVA-uitkering. De gemeente zegt de arbeidsovereenkomst op met UWV-toestemming en betaalt de transitievergoeding. Een andere procedure leidt tot een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen door ernstig tekortschieten van de gemeente in de re-integratie. Nu vordert de werknemer nakoming van de bovenwettelijke cao-uitkering bij 'arbeidsongeschiktheid in en door de dienst'. Kantonrechter en hof (11 februari 2025, ECLI:NL:GHARL:2025:842) wijzen de vordering af.

De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep van de werknemer met toepassing van art. 81 lid 1 RO, nadat A-G De Bock tot verwerping concludeerde. De A-G bespreekt dat de cao-regeling in vergelijkbare vorm voorkomt in andere overheidscao's en rechtspositieregelingen. Volgens