

DAGVAARDING

COLLECTIEVE VORDERING EX ARTIKEL 3:305a BW

Vandaag,

op verzoek van:

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Federatie Nederlandse Vakbeweging** en de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **CNV Vakmensen**, beide gevestigd te Utrecht, die in deze zaak woonplaats kiezen te (1075 BL) Amsterdam aan de Sophialaan 33 aan het kantoor van De Koning Vergouwen Advocaten van welk kantoor mr. drs. M.H.D. Vergouwen en mr. F.A. Chorus door deze verenigingen als advocaten worden gesteld en als zodanig voor deze verenigingen in rechte zullen optreden met het recht van vervanging,

HEB IK:

GEDAGVAARD:

de besloten vennootschap **XPO Supply Chain NETHERLANDS III B.V.**, statutair gevestigd te Eindhoven en kantoorhoudend te (5651 GG) Eindhoven, Achtseweg Noord 27, aldaar mijn exploit doende en afschrift daarvan latend aan:

OM:

op2021 (twee-duizend-een-en-twintig) om uur, niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de rechtbank Oost-Brabant, sector Civiel recht. De terechtzitting wordt gehouden in een van de zittingszalen in het gerechtshuisgebouw in (5611 EM) Eindhoven aan het Stadhuisplein 4.

MET AANZEGGING

- a. dat indien gedaagde verzuimt advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
- b. dat bij verschijning in het geding een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- c. de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;
- d. dat van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

1^e een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel

2^e een verklaring van het bestuur van de raad voor de rechtsbijstand als bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand, waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;

TENEINDE

Alsdan het navolgende te horen eisen en concluderen:

Toelichting op de vordering

Eiseressen

1. Eiseressen zijn Federatie Nederlandse Vakbeweging (verder ook: FNV) en CNV Vakmensen (verder ook: CNV). Eiseressen worden hierna ook aangeduid als 'de vakbonden'. Zij stellen zich (statutair) ten doel de materiële en immateriële belangen te behartigen van werkenden en niet-werkenden, onder meer door het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden en/of niet-werkenden of groepen van werkenden en/of niet-werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie, als bedoeld in art. 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Gedaagde

2. Gedaagde is XPO Supply Chain Netherlands III B.V. (verder ook: XPO III), een in december 2018 opgerichte vennootschap die zich blijkens de SBI-codes in het handelsregister 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. Enig aandeelhouder van XPO III is XPO Supply Chain International S.A.S., gevestigd in Frankrijk.
3. XPO III is onderdeel van XPO Logistics, een wereldwijde dienstverlener op het gebied van transport, logistiek en warehousing, beursgenoteerd in New York, actief in 34 landen met in totaal circa 80.000 werknemers. XPO Logistics heeft zich in 2015 in Nederland gevestigd door overname van ND Logistics BV, TD Holding BV en Menlo Worldwide BV (verder: Menlo), drie bedrijven met diverse vestigingen in Nederland. ND Logistics BV is opgegaan in XPO Supply Chain Netherlands BV (verder: XPO I) en TD Holding BV in XPO Supply Chain Netherlands II BV (verder: XPO II). Per 1 juli 2019 hebben XPO I en XPO II een aantal activiteiten overgedragen aan XPO III. Bij deze transactie zijn ongeveer 1200 werknemers uit dienst van XPO I en XPO II en in dienst van XPO III getreden.

Bevoegde rechter

4. Op grond van art. 1018b lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is art. 93 Rv, waarin de absolute bevoegdheid van de kantonrechter is geregeld, niet van toepassing. XPO

III is gevestigd in het rechtsgebied van Rechtbank Oost-Brabant. Deze rechtbank, sector Civiel recht, is derhalve bevoegd om van de ingestelde vorderingen kennis te nemen.

Eerdere procedure

De vakbonden hebben met dagvaarding van 23 juni 2020 vorderingen ingesteld bij de kantonrechter in de rechtbank Oost-Brabant ten behoeve van werknemers van XPO III. Gelet op art. 1018b lid 3 Rechtsvordering was de kantonrechter echter niet bevoegd om van de vorderingen kennis te nemen. Hij heeft de zaak bij vonnis van 3 juni 2021 (**productie 1**) derhalve in de stand waarin die zich bevond verwezen naar de kamer voor handelszaken van Rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven.

5. In de dagvaarding van 23 juni 2020 – en ook in de onderhavige dagvaarding – gaat het om een collectieve actie zoals bedoeld in art. 3:305a BW. In de dagvaarding van 23 juni 2020 is echter niet voldaan aan de processuele vereisten die met de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie vanaf 1 januari 2020 in art. 3:305a BW worden gesteld. Om die reden heeft de Rechtbank de vakbonden bij vonnis van 21 juli 2021 (**productie 2**) niet-ontvankelijk in hun vordering verklaard.
6. In de onderhavige dagvaarding worden de gebreken uit de dagvaarding van 23 juni 2020, zie hierna, hersteld en wordt deze bij de bevoegde rechter aangebracht. Voorts hebben de vakbonden aanleiding gezien hun stellingen en vorderingen zoals vervat in de dagvaarding van 23 juni 2020 op onderdelen te wijzigen respectievelijk aan te vullen, en daarbij onder andere mede aandacht te besteden aan de stellingen van XPO III waarmee de vakbonden in de vorige procedure bekend zijn geworden.
7. In dat kader zullen de vakbonden tevens het integrale procesdossier in de vorige procedure aan de Rechtbank overleggen als **productie 3**. Dat betreft de dagvaarding met producties 1 t/m 12 zijdens de vakbonden d.d. 23 juni 2020, de conclusie van antwoord met producties 1 t/m 39 zijdens XPO III d.d. 27 augustus 2020, het tussenvonnissen van de kantonrechter d.d. 24 september 2020, de conclusie van repliek met productie 13 en 14 zijdens de vakbonden d.d. 28 januari 2021 en de conclusie van dupliek met productie 40 en 41 zijdens XPO III d.d. 25 februari 2021.
8. De in deze dagvaarding genoemde producties zullen tijdig op de eerst dienende dag in het geding worden gebracht.

Ontvankelijkheid en bevoegdheid ex art. 3:305a BW

9. Art. 1018c Rv regelt de ontvankelijkheid in een collectieve actie. Lid 1 sub a t/m f van dat artikel schrijft voor welke aanvullende informatie de dagvaarding in een collectieve actie dient te bevatten.

Art. 1018c Rv

10. Conform art. 1018c lid 1 sub a jo. sub b Rv dient de dagvaarding een omschrijving te vermelden van de gebeurtenis waarop de collectieve vordering betrekking heeft en tot bescherming van wier belangen deze strekt. De onderhavige collectieve vordering heeft betrekking op de werknemers in dienst van XPO I en XPO II die op 1 juli 2019 in dienst zijn getreden van XPO III waarbij XPO III vanaf die datum een andere pensioenregeling op hen heeft toegepast. De rechtsvraag die centraal staat is of de betreffende werknemers – ook na 1 juli 2019 – deelnemer zijn gebleven bij Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg (verder: het Pensioenfonds Vervoer). De rechtsvraag is hiermee (geheel) soortgelijk, waarmee ook wordt voldaan aan art. 1018c lid 1 sub c Rv, hetgeen voorschrijft dat de dagvaarding een omschrijving van de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn dient te bevatten.

Art. 3:305a BW

11. Art. 1018c lid 1 sub d Rv bepaalt dat de dagvaarding tevens een omschrijving geeft van de wijze waarop is voldaan aan de ontvankelijkheidseisen zoals neergelegd in art. 3:305a lid 1 tot en met lid 3 BW.
12. FNV en CNV zijn verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid. Beide vakorganisaties behartigen blijkens hun statuten de materiële en immateriële belangen van werkenden en niet-werkenden. Daarnaast is vereist dat de rechtsovername die wordt ingesteld, strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen. Het gelijksoortigheidsvereiste houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsovername strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsovername ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd.¹ Doel hiervan is dat in één procedure geoordeeld kan worden over de door de rechtsovername aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden

¹ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (*Staat der Nederlanden en SGP/Clara Wichmann c.s.*), r.o.v. 4.3.2; HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

betrokken hoeven te worden.² Het gaat erom dat de belangen zich voldoende laten veralgemeniseren. De omstandigheid dat een deel van de personen niet instemt met het doel van de rechtsvordering of zelfs een tegenovergesteld standpunt inneemt, staat bovendien op zichzelf niet in de weg aan het oordeel dat de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen.³ Zowel door de wetgever⁴ als in de rechtspraak⁵ wordt in de ontvankelijkheidsfase een ruime benadering gekozen voor de eis van gelijksoortigheid. De omstandigheid dat de feitelijke situaties tussen verschillende betrokkenen ongelijksoortig zijn neemt niet weg dat bepaalde belangen binnen die groep van betrokkenen voldoende met elkaar overeenstemmen om in een collectieve actie beoordeeld te kunnen worden.⁶

13. XPO III heeft in haar conclusie van antwoord van 27 augustus 2020 in de hieraan voorafgaande procedure gesteld dat geen sprake zou zijn van voldoende gelijksoortige belangen omdat de belangen van de betrokken werknemers onderling te veel zouden verschillen en zich hierdoor niet zouden lenen voor bundeling in één procedure. Welke onderlinge verschillen dat zouden zijn wordt door XPO III niet duidelijk gemaakt. Enkel wordt gesteld dat de werknemers van XPO III *'beslist niet over "een kam te scheren zijn"*. Enkel verwezen wordt naar de omstandigheid dat de hoogte van de premies die betaald zijn aan a.s.r. afhankelijk is van de leeftijd van de deelnemers. Dit zou er volgens XPO III toe leiden dat het afgedragen premiepercentage per werknemer verschillend is.
14. Voldoende gelijksoortigheid van belangen hoeft echter niet mee te brengen dat de posities, achtergronden en belangen van degenen ten behoeve van wie een collectieve actie wordt ingesteld identiek of zelfs overwegend gelijk zijn.⁷ Bovendien geldt dat de collectieve actie strekt tot het verkrijgen van een algemeen oordeel over de juridische onhoudbaarheid van het feit dat voor de bij haar op 1 juli 2019 in dienst getreden werknemers niet het deelnemerschap bij het Pensioenfonds Vervoer is voortgezet. Bij deze beoordeling van de onrechtmatigheid als zodanig kan worden geabstraheerd van specifieke individuele factoren zoals onder andere de leeftijd van de werknemers. De collectieve actie ziet niet op (en dwingt ook niet tot) beoordeling van de hoogte van individuele aanspraken van werknemers van XPO III, waarbij – indien nodig – de leeftijd van de individuele werknemers kan worden betrokken. Hiermee is voldaan aan het gelijksoortigheidsvereiste.

² HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), r.o.v. 4.2; Hoge Raad 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, (*WorldOnline*), r.o. 4.8.1; HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245.

³ Hoge Raad 26 februari 2010, NJ 2011/473, r.o. 4.2.

⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 40-41.

⁵ Rechtbank Amsterdam 24 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5392; Rechtbank Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614.

⁶ Rechtbank Amsterdam 20 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741, r.o. 5.8.

⁷ Hoge Raad 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, (*WorldOnline*), r.o. 4.8.

15. Deze gelijksoortige belangen dienen conform art. 3:305a lid 1 BW ingevolge de statuten van eisers te worden behartigd en voldoende te zijn gewaarborgd. Beide vakbonden trachten hun doelen te bereiken onder meer door het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden en/of niet-werkenden of groepen van werkenden en/of niet-werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie, als bedoeld in art. 3:305a BW.
16. De belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de onderhavige rechtsvorderingen strekken, zijn bij deze twee grootste vakbonden in Nederland voldoende gewaarborgd. Zo heeft FNV circa 1.000.000 en CNV circa 361.000 leden in Nederland, waaronder overigens ook leden die werkzaam zijn bij XPO I, XPO II en XPO III. In de ruime doelomschrijving van de statuten van FNV (art. 8.2 sub i) is onder meer opgenomen: het voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van werkenden. De doelomschrijving van CNV kent een vergelijkbare bepaling. Het beschermen van de pensioenrechten zoals in onderhavige procedure wordt nagestreefd, valt daaronder. Eisers voldoen derhalve aan de eisen zoals opgenomen in art. 3:305a lid 1 en lid 2, aanhef BW.
17. Onderhavige rechtsvorderingen worden ingesteld met een ideëel doel, passend binnen de ideële doelstellingen van beide vakbonden. De collectieve vordering strekt tot bescherming van de (pensioen)rechten van de werknemers van XPO III, waaronder leden van beide vakbonden. Naar hun aard behoren onderhavige rechtsvorderingen tot het werkveld van beide vakbonden. Naast het ideële doel van de vorderingen, maakt derhalve ook de aard van deze vorderingen dat, voor de ontvankelijkheid van deze vorderingen, beide vakbonden niet hoeven te voldoen aan de vereisten van art. 3:305a lid 2, subonderdelen a t/m e, en lid 5 BW (zie art. 3:305a lid 6 BW). Het is aan uw rechtbank om te beoordelen of, gelet op het ideële doel en gelet op de aard van de vordering, beide vakbonden in aanmerking komen voor de uitzondering van lid 6.⁸ Beide vakbonden komen voor die uitzondering in aanmerking.⁹
18. Bij toepassing van het verlichte regime van art. 3:305a lid 6 BW kan de rechtsvordering niet strekken tot een schadevergoeding in geld. De vordering van beide vakbonden, in zoverre die is gebaseerd op art. 3:305a BW, strekt niet tot schadevergoeding in geld en betaling van

⁸ Zie MvT, 2016-2017, 34608, nr. 3, pagina 29.

⁹ Zie in dit kader ook de 'Wibra-uitspraak' (Rb Gelderland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414), waarbij de rechtbank oordeelde dat nog daargelaten dat FNV een beroep toekomt op het verlichte regime van lid 6, FNV voldoet aan de vereisten van art. 3:305a BW.

buitengerechtelijke incassokosten ex art. 6:96 lid 2 sub b en c BW. In onderhavige procedure wordt een verklaring voor recht gevorderd dat XPO III onrechtmatig heeft gehandeld, respectievelijk in strijd met het goed werkgeverschap, respectievelijk misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar heeft gehandeld door voor de bij haar op 1 juli 2019 in dienst getreden werknemer niet het deelnemerschap bij het Pensioenfonds Vervoer voort te zetten. Tevens wordt verzocht XPO III te bevelen het deelnemerschap van haar werknemers bij het Pensioenfonds Vervoer alsnog met terugwerkende kracht vanaf 1 juli 2019 voort te zetten.

19. De vakbonden wijzen er op dat zij in ieder geval (ook) voldoen aan de vereisten van art. 3:305a lid 2, subonderdelen a t/m e en lid 5 BW. Zij lichten dit hierna nader toe.
20. Voor wat betreft het vereiste dat de rechtspersoon beschikt over een toezichthoudend orgaan (vereiste sub a), geldt het volgende. Het bestuur van FNV bestaat uit een Algemeen Bestuur van 17 personen, waarvan een Dagelijks Bestuur van zeven personen, deel uitmaakt. Op grond van art. 23.2 van de statuten houden de leden van het algemeen bestuur, die niet behoren tot het dagelijks bestuur, toezicht op het beleid en de taakuitoefening van de leden van het dagelijks bestuur en op de algemene gang van zaken in de FNV.
21. Het hoogste orgaan van de CNV, de algemene vergadering, is de bondsraad bestaande uit 24 vertegenwoordigers van zes sectorraden, raden voor senioren, anders actieven en zelfstandige professionals (art. 11 van de statuten). De belangrijkste taak van de bondsraad is het vaststellen van het bondsbeleid op hoofdlijnen. Daarbij gaat het onder meer om het algemene arbeidsvoorwaardebeleid (art. 38 van het Huishoudelijk Reglement). Dat vormt de basis voor de diverse cao-onderhandelingen. Het bondsbestuur van CNV bestaat op grond van art. 19 van de statuten uit een door de bondsraad vast te stellen aantal van tenminste twee bestuurders. Het bondsbestuur is belast met het besturen van CNV en met de voorbereiding en de uitvoering van het bondsbeleid. Op grond van art. 22 jo. 23 van de statuten wordt CNV vertegenwoordigd door het bondsbestuur. Daarnaast bestaat binnen CNV een Raad van Toezicht, benoemd door de bondsraad, bestaande uit ten minste drie en ten hoogste vijf personen die op grond van art. 15 jo. 17 van de statuten tot taak heeft integraal toezicht te houden op het beleid van het bondsbestuur en op de algemene gang van zaken binnen CNV.
22. Voor wat betreft het vereiste dat de rechtspersoon beschikt over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de

personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt (vereiste sub b), merkt FNV het volgende op. Op grond van art. 28.3 van de statuten behoort ieder lid-natuurlijke persoon tot één directe sectorale afdeling en kan ieder lid daarbinnen tot één subsector behoren. Ten aanzien van ieder lid-natuurlijke persoon zal worden vastgesteld tot welke directe sectorale afdeling hij behoort. Op grond van art. 29.1 van de statuten heeft ieder lid-natuurlijke persoon in een vergadering van een directe sectorale afdeling dat tot die directe sectorale afdeling behoort, één stem, waarbij op grond van art. 29.2 van de statuten besluiten van een directe sectorale afdeling worden genomen met gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen (voor Reglement Directe Sectorale Afdelingen en Reglementen per sector zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag>). Naast de statuten geldt bij FNV een 'Huishoudelijk Reglement' (**productie 4**) waarin onder meer is geregeld wanneer en hoe leden dienen te worden geraadpleegd, alsook hoe vervolgens besluiten worden genomen. Voorts heeft FNV een ledenparlement waaraan alle bevoegdheden toekomen die niet door de wet of de statuten aan andere organen van de FNV zijn opgedragen (zie art. 31 van de statuten).

23. CNV merkt ten aanzien van dit vereiste op dat art. 25 van de statuten bepaalt dat CNV uit ten minste zes sectoren bestaat ter behandeling van aangelegenheden van leden die in dezelfde bedrijfstakken, sectoren of ambachten werkzaam zijn of laatstelijk werkzaam zijn geweest en van leden die een beroepsopleiding volgen binnen het aandachtsgebied van één van de sectoren. Iedere sector heeft voorts een sectorraad. Binnen de sectorraad worden onder meer besproken: de algemene economische situatie binnen de sector, de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid binnen de sector en de profilering en positionering van CNV in de betreffende sector. Ieder lid wordt op grond van art. 7 lid 5 van de statuten door het bondsbestuur ingedeeld bij de sector waarin het betreffende lid werkzaam is of bij de sector waarin het betreffende lid laatstelijk werkzaam is geweest. Ieder lid kan zich op grond van art. 26 van de statuten kandidaat stellen voor deelname aan de sectorraad. Iedere sectorraad benoemt uit zijn midden drie leden die zitting hebben in de bondsraad als afgevaardigde van de desbetreffende sector. Daarnaast kent CNV cao-commissies met een centrale- of decentrale overlegstructuur met bijbehorende kaderstructuur waarbinnen kaderleden actief zijn (art. 32. van de statuten).
24. FNV en CNV beschikken aldus over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt.

25. Beide vakbonden beschikken over ruimschoots voldoende middelen om de kosten voor het instellen van onderhavige rechtsvordering te dragen (vereiste sub c). De zeggenschap over de rechtsvordering ligt in voldoende mate bij FNV en CNV.
26. FNV en CNV hebben een algemeen toegankelijke internetpagina waarop de volgende vereiste informatie beschikbaar is (vereiste sub d):
1. de statuten (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
 2. de bestuursstructuur (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
 3. de laatstelijk vastgestelde jaarlijkse verantwoording van het toezichthoudend orgaan (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
 4. het laatstelijk vastgestelde bestuursverslag: het bestuursverslag van FNV wordt vastgesteld in de bestuursvergadering in juni van elk jaar en binnen acht dagen na vaststelling gepubliceerd op de internetpagina van FNV (zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en voor CNV zie <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
 5. de bezoldiging van de bestuurders en de leden van het toezichthoudend orgaan: op de website is opgenomen (voor FNV zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag> en voor CNV zie <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
 6. de doelstellingen en werkwijzen van de rechtspersoon (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/meerjarenbeleid-2017-2021> en <https://www.fnv.nl/doelen> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/visie> en <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance> onder downloads in de pdf statuten en reglementen);
 7. een overzicht van de stand van zaken van de lopende procedures (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/fnv-advocaten> bij CNV zijn momenteel geen lopende procedures <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>);
 8. wanneer een bijdrage wordt gevraagd van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, is vereist inzicht in de berekening van

deze bijdrage: de leden van FNV en CNV betalen contributie (zie voor FNV <https://www.fnv.nl/service-contact/contributie> en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance> onder downloads art. 9 van de statuten en reglementen);

9. een overzicht van de wijze waarop personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen (zie voor FNV www.fnv.nl/lidmaatschap/voordelen-van-het-lidmaatschap?formstep=contributie en www.fnv.nl/service-contact/opzeggen en zie voor CNV <https://www.cnvvakmensen.nl/lidwoorden> en <https://www.cnvvakmensen.nl/lidwoorden/opzeggen>).
27. Beide vakbonden beschikken over voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering (vereiste sub e).¹⁰ Bij beide vakbonden zijn zeer veel juristen en advocaten werkzaam. Beide vakbonden laten zich in deze procedure vertegenwoordigen door externe advocaten.
28. Art. 3:305a lid 3 BW stelt nog een aantal aanvullende eisen aan de ontvankelijkheid (sub a t/m c). Beide vakbonden voldoen ook aan deze eisen. Ze zijn beide ideële organisaties zonder winstoogmerk (vereiste sub a). Daarnaast heeft onderhavige rechtsvordering een voldoende nauwe band met de Nederlands rechtssfeer (vereiste sub b) nu, (1) het merendeel, zo niet alle van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt de gewone verblijfplaats in Nederland heeft, (2) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer en (3) de gebeurtenis(sen) waarop de rechtsvordering betrekking heeft in Nederland heeft, dan wel hebben plaatsgevonden.
29. De vakbonden hebben in de gegeven omstandigheden voldoende getracht het gevorderde door het voeren van overleg met gedaagde(n) te bereiken (vereiste sub c), zie hierna onder 'nadere vragen van de vakbonden'.
30. Tot slot eist art. 3:305a lid 5 BW dat de rechtspersoon een bestuursverslag en een jaarrekening opstelt overeenkomstig het bepaalde voor verenigingen en stichtingen in respectievelijk de artikelen 49 en 300 en in titel 9 van Boek 2 BW. Onverminderd het in titel 9 bepaalde,

¹⁰ Zie 'Collectief procederen door de vakbond', mrs Van den Bor en Bij de Vaate, TRA 2020/12: van de 103 door de schrijvers onderzochte collectieve acties, waren 91 ingesteld door een vakbond, waarvan het overgrote deel door FNV.

wordt het bestuursverslag binnen acht dagen na vaststelling op de algemene toegankelijke internetpagina van de rechtspersoon gepubliceerd.

31. Ook hieraan voldoen de vakbonden. Het bestuursverslag van FNV wordt vastgesteld in de bestuursvergadering in juni van elk jaar en binnen acht dagen na vaststelling gepubliceerd op de internetpagina (zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag>). Bij CNV wordt het bestuursverslag tevens gepubliceerd op de internetpagina van CNV (zie <https://www.cnvvakmensen.nl/wie-we-zijn/governance>).
32. Kortom, ofschoon beide vakbonden menen in aanmerking te komen voor de uitzondering van art. 3:305a BW lid 6 en daarom niet hoeven te voldoen aan de vereisten van art. 3:305a lid 2, subonderdelen a t/m e, en lid 5, wordt aan álle in art. 3:305a BW opgenomen eisen voldaan. Onderhavige vorderingen zijn, ook in zoverre zij zijn gebaseerd op art. 3:305a BW, reeds daarom ontvankelijk.

Exclusieve Belangenbehartiger

33. De vakbonden dienen gegevens te vermelden die uw rechtbank in staat stellen een Exclusieve Belangenbehartiger aan te wijzen, voor het geval andere collectieve vorderingen voor dezelfde gebeurtenis worden ingesteld (art. 1018c lid 1 sub e Rv).
34. Voor zover een andere rechtspersoon binnen drie maanden na de aantekening in het centraal register een collectieve vordering instelt voor dezelfde gebeurtenis(en) waarop onderhavige collectieve vordering betrekking heeft over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen, verzoeken de vakbonden u hen aan te wijzen als de Exclusieve Belangenbehartigers in de zin van art. 1018e Rv nu eisers de grootste vakbonden van Nederland zijn en opkomen voor de grootste groep van personen die tezamen het grootste financiële belang vertegenwoordigen.
35. De vakbonden dienen ook als Exclusieve Belangenbehartigers te worden aangewezen gelet op de andere werkzaamheden die zij verrichten voor de personen voor wie zij opkomen, alsook de eerder door hen verrichte werkzaamheden en ingestelde vorderingen.

Aantekening centraal register

36. Art. 3:305a lid 7 BW stelt dat er een centraal register is voor collectieve vorderingen als bedoeld in dat artikel. Art. 1018c lid 2 Rv bepaalt dat, op straffe van niet ontvankelijkheid, het exploit van dagvaarding binnen twee dagen na de dag van dagvaarding ter griffie wordt

ingediend, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties. Deze aantekening gaat vergezeld van een afschrift van de dagvaarding.

37. Onderhavige dagvaarding zal binnen twee dagen na de dag van de dagvaarding bij de griffie van uw rechtbank worden ingediend, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register, dit met opname van een afschrift van de dagvaarding. Het doel van deze aantekening in het collectieve register is kenbaarheid van een ingestelde vordering voor anderen, gedupeerden of belangenorganisaties, zodat ook andere belangenorganisaties op de hoogte zijn van een ingediende collectieve vordering en zich kunnen melden om als exclusieve belangenbehartiger te worden aangewezen (art. 1018c lid 1 sub f Rv).

Waar gaat de vordering van de vakbonden over?

38. Per 1 juli 2019 hebben XPO I en XPO II, als gezegd, een aantal activiteiten, meer bepaald: een aantal klanten en locaties, overgedragen aan XPO III. Deze transactie had specifiek tot doel het **creëren** van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW. Bij de transactie zijn als gevolg van overgang van onderneming ongeveer 1200 werknemers uit dienst van XPO I en XPO II en in dienst van XPO III getreden. Met het oog op deze transactie hebben enerzijds XPO I en XPO II, en anderzijds XPO III op 10 juli 2019 een overeenkomst gesloten die door XPO III in de vorige procedure is overgelegd als productie 1. Deze overeenkomst bestaat uit een beknopt document, dat naast het handtekeningenvol en de namen van partijen bestaat uit krap twee pagina's overwegingen en afspraken. In de considerans van de overeenkomst is met zoveel woorden overwogen dat de overdracht van de betreffende activiteiten aan XPO III voortkomt uit *“de wens van (alle drie) de partijen om hun beloningssysteem / arbeidsvoorwaarden te harmoniseren binnen hun Nederlandse groepsstructuur”*.
39. Op 20 maart 2019 heeft XPO I aan haar ondernemingsraad over de voormelde voorgenomen transactie advies gevraagd (in de vorige procedure door XPO III overgelegd als productie 15). Daartoe heeft zij de ondernemingsraad een adviesaanvraag voorgelegd die bestaat uit amper drie pagina's, waarvan een kleine twee pagina's uitleg en 1 pagina een 'concern overzicht' betreft. In de adviesaanvraag wordt bevestigd dat de oprichting van XPO III en de overdracht van enkele activiteiten naar XPO III geheel met elkaar verbonden zijn, en enkel zijn ingegeven door de wens (kort gezegd) arbeidsvoorwaarden en pensioen van het personeel aan te passen.

40. XPO I geeft in dit kader namelijk expliciet in de adviesaanvraag aan dat XPO I, om business te behouden dan wel te winnen in een concurrerende omgeving, arbeidsvoorwaarden en pensioen “wil laten aansluiten bij de arbeidsmarkt” en daartoe haar activiteiten wenst over te brengen naar een andere entiteit, zijnde XPO III. Het voornemen is daartoe enkele logistieke activiteiten op bepaalde locaties naar XPO III over te brengen, aldus XPO I, hetgeen meebrengt dat het personeel werkzaam op deze sites van rechtswege zal overgaan naar XPO III. Op de betrokken werknemers wenst XPO I na de overgang de Arbeidsvoorwaardenregeling (AVR) toe te passen die zij in maart 2019 met de ondernemingsraad is overeengekomen, inclusief de daarin vermelde pensioenregeling (in de vorige procedure door XPO III overgelegd als productie 25).
41. Verdere inhoudelijke uitleg of onderbouwing wordt in de adviesaanvraag niet gegeven. De ondernemingsraad heeft positief advies uitgebracht en de transactie is in gelijke zin uitgevoerd. In het uiterst beknopte positief advies (in de vorige procedure door XPO III overgelegd als productie 15) van de ondernemingsraad heeft hij bevestigd dat de aard van de werkzaamheden van de over te dragen locaties, zoals XPO I heeft aangegeven, niet zou wijzigen.
42. De overdracht van de voornoemde activiteiten en werknemers van XPO I en XPO II naar XPO III is dus, blijkens de stukken van meet af aan en met zoveel woorden door partijen erkend en bevestigd, expliciet ingegeven door de wens van partijen om in te grijpen in het beloningssysteem en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in dienst van XPO I en XPO II die zij per 1 juli 2019 naar XPO III heeft ‘overgeheveld’. Oftewel: de geconstrueerde overgang van onderneming hangt nadrukkelijk samen met, en vloeit zelfs direct voort uit, de wens van partijen de arbeidsvoorwaarden van hun personeel (eenzijdig) te wijzigen. Een andere, laat staan: onderbouwde reden is in het kader van de besluitvorming tot overgang van onderneming in ieder geval niet gegeven.
43. In het verlengde van de overgang van onderneming, en met ingang van de datum van overgang van onderneming (1 juli 2019) heeft XPO III een geheel nieuw arbeidsvoorwaardenregime op 800 van de 1200 overgehevelde werknemers van toepassing verklaard, zijnde de met de ondernemingsraad van XPO I overeengekomen, reeds genoemde, AVR.
44. Onderdeel van de AVR vormt een nieuwe pensioenregeling bij De Amersfoortse. XPO III wenst deze op grond van art. 7:664 lid 1 sub a BW vanaf 1 juli 2019 op de arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemers van toepassing te verklaren. Zij is namelijk van

mening dat zij in dezen langs de lijnen van deze wetsbepaling de hoofdregel van art. 7:663 BW, eerste volzin (*kort gezegd, de rechten en plichten van de 'vervreemder' jegens de werknemer gaan per datum overgang van rechtswege over naar de 'verkrijger'*) de rechten voortvloeiend uit de pensioenovereenkomst met de vervreemder voor de overgedragen werknemers buiten toepassing kan stellen.

45. XPO III heeft conform deze redenering besloten voor de overgenomen werknemers met ingang van 1 juli 2019 niet langer de voorheen voor hen geldende regeling conform het Pensioenfonds Vervoer, maar de nieuw met de ondernemingsraad afgestemde pensioenregeling bij De Amersfoortse toe te passen. Zoals zal worden toegelicht, vormt deze nieuwe regeling voor de betrokken werknemers een aanmerkelijke verslechtering ten opzichte van de voorheen (in dienst van XPO I en XPO II) op hen toegepaste regeling conform het Pensioenfonds Vervoer.
46. De vakbonden bestrijden met klem dat het in het onderhavige geval rechtens mogelijk is door deze opgetuigde overgang van onderneming de pensioenrechten van de betrokken werknemers terzijde te schuiven – en aanmerkelijk te verslechteren. Hier is allereerst sprake van een oneigenlijke en ondeugdelijke, door XPO III c.s. uitgedokterde (pseudo-)juridische constructie die enkel, althans hoofdzakelijk tot doel heeft gehad het personeel van (thans) XPO III hun pensioenrechten te ontnemen. De vakbonden zullen in dat kader allereerst beargumenteren en onderbouwen dat XPO III onrechtmatig en/of zich niet als goed werkgever heeft gedragen (art. 7:611 BW) en misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt (art. 3:13 BW) door oneigenlijk gebruik te maken van het bepaalde in art. 7:664 lid 1 sub a BW, en dat het haar op die grond(en) niet is toegestaan zich op dit wetsartikel te beroepen, en voor zover nodig ook dat XPO III gelet op art. 6:2 lid 2 jo 6:248 lid 2 BW geen beroep op deze wetsbepaling toekomt. Dit brengt mee dat de voormelde hoofdregel ex art. 7:663, 1^e volzin BW opgeld doet en XPO III ook na 30 juni 2019 gehouden is jegens de overgenomen werknemers de geldende regeling conform het Pensioenfonds Vervoer toe te (blijven) passen.
47. Voor zover de vakbonden niet in het (de) voormelde standpunt(en) zouden worden gevolgd, en de Rechtbank van mening zou zijn dat art. 7:664 lid 1 sub a BW in dezen (onverkort) van toepassing is c.q. dat de onderhavige overgang van onderneming aan de kaders van dit wetsartikel(lid en sub) moet worden getoetst, geldt dat XPO III niet heeft voldaan aan de eisen waaraan uit hoofde van deze wetsbepaling evenwel moet zijn voldaan om (kort gezegd) de bij XPO I en XPO II geldende pensioenregeling niet ex art. 7:663 BW, 1^e volzin mee

naar XPO III over te laten gaan.

48. Allereerst is namelijk niet voldaan aan het vereiste dat XPO III de over te nemen werknemers van XPO I en XPO II een daadwerkelijk (concreet) aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst heeft gedaan. Voor zover überhaupt al op enig moment van zo'n aanbod sprake zou zijn geweest, heeft XPO III dit aanbod sowieso niet voorafgaand aan 1 juli 2019 gedaan aan de werknemers die zij van XPO III heeft overgenomen. Ook daarmee heeft XPO III de voor hen bij XPO I en XPO II geldende pensioenregeling niet opzij kunnen zetten. Daarbij speelt mede dat XPO III c.s. in strijd heeft gehandeld met haar informatieplicht ex art. 7:665a BW, en voorts met een door haar gedane toezegging aan de vakbonden (in de persoon van de heren Veltink en Orie) dat de bij de overgang van onderneming betrokken werknemers de keuze zou worden geboden ook na 30 juni 2019 bij XPO I of XPO II in dienst te blijven, met handhaving van de regeling ex het Pensioenfonds Vervoer.
49. Gezien het bovenstaande is XPO III gehouden haar werknemers op en na 1 juli 2019 - zoals bij XPO I en XPO II het geval was – (met terugwerkende kracht) deelnemer te laten blijven bij Pensioenfonds Vervoer.
50. Gezien het bovenstaande hebben de vakbonden XPO III bij brief van 30 januari 2020 aangeschreven (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 8). De vakbonden hebben XPO III verzocht de betrokken werknemers alsnog en binnen 1 maand met terugwerkende kracht tot 1 juli 2019 als deelnemer aan te melden op de wijze die daarvoor door het Pensioenfonds Vervoer is voorgeschreven. Voorts hebben de vakbonden erop gewezen dat werknemers die na 1 juli 2019 bij XPO III in dienst zijn getreden, op grond van art. 7 lid 4 van de Pensioenwet (Pw) eveneens deelnemer in de pensioenregeling van Pensioenfonds Vervoer worden. Ook voor deze werknemers hebben de vakbonden van XPO III verlangd dat zij hen vanaf datum indiensttreding als deelnemer bij Pensioenfonds Vervoer zal aanmelden.
51. XPO III heeft geweigerd aan dit verzoek tegemoet te komen. Haar betoog is verwoord in de brief van 10 februari 2020 (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 9) en luidt, samengevat, als volgt. Op het moment dat werknemers die werkzaam waren bij XPO I en XPO II, in dienst kwamen van XPO III waren daar reeds andere werknemers in dienst waarvoor een pensioenregeling gold die overigens gelijk was aan de pensioenregeling die binnen (zustermaatschappij) Menlo werd gehanteerd voor circa 400 werknemers. Op grond van het bepaalde in art. 7:665 lid 1 sub a BW is deze

pensioenregeling, die reeds voor het moment van overgang van onderneming binnen de onderneming van XPO III gold en werd toegepast, aangeboden aan de werknemers die eerder in dienst waren van XPO I en XPO II. Daarmee is beoogd dat de werknemers, afkomstig van XPO I en XPO II, geen deelnemer zijn gebleven van Pensioenfonds Vervoer, maar onder de door XPO III afgesloten pensioenregeling zijn komen te vallen.

Nadere vragen van de vakbonden

52. Naar aanleiding van de reactie van XPO III van 10 februari 2020 hebben partijen getracht een bijeenkomst voor nader overleg te organiseren. Door de coronamaatregelen is dat mislukt. In plaats daarvan hebben de vakbonden aan XPO III nadere vragen gesteld in het e-mailbericht van 3 april 2020 (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 10). Deze vragen waren:

1. *Wat was het specifieke motief om XPO III op te richten?*
2. *Welke afwegingen zijn gemaakt om vestigingen van XPO I en XPO II over te hevelen naar XPO III?*
3. *Welke afwegingen zijn gemaakt om andere vestigingen van XPO I en XPO II niet over te hevelen naar XPO III?*
4. *Hoeveel andere werknemers en in welke functies waren al in dienst bij XPO III op het moment dat werknemers van XPO I en XPO II bij XPO III in dienst kwamen?*
5. *Wanneer zijn die andere werknemers in dienst getreden?*
6. *Waren die eerder elders in het concern werkzaam?*
7. *Hadden zij daar een pensioenregeling en zo ja, welke?*
8. *Was ook voor hen sprake van een situatie van overgang van onderneming?*
9. *Bij wie en per wanneer is de DC regeling van XPO III ondergebracht?*

10. *Wat is de exacte inhoud van de DC regeling?*

11. *Hoe en wanneer zijn de van XPO I en XPO II afkomstige bij XPO III in dienst getreden werknemers geïnformeerd (door XPO I of XPO II dan wel XPO III) dat zij niet langer deelnemer waren van Pensioenfonds Vervoer?*

12. *Hoe en wanneer zijn de van XPO I en XPO II afkomstige bij XPO III in dienst getreden werknemers door XPO III geïnformeerd over de inhoud van de voor hen nieuwe DC regeling?*

Nadere reactie van XPO III

53. Met e-mailbericht van 16 april 2020 (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 11) heeft XPO geantwoord op de nadere vragen van de vakbonden. De antwoorden waren als volgt:

1. *XPO Logistics in Nederland heeft zich de laatste jaren ontwikkeld tot een marktleider op het gebied van e-commerce. Ook in de toekomst wil XPO blijven groeien in deze markt en een aantrekkelijke speler zijn voor (e-commerce) klanten. Deze relatief nieuwe activiteiten vragen om een aangepaste marktbenadering met ook bijpassende arbeidsvoorwaarden. Dat vormt de reden en achtergrond van de oprichting van XPO III.*
2. *De vestigingen binnen XPO I en XPO II welke zich richten op e-commerce zijn overgeheveld naar XPO III. Daarnaast is ook de vestiging in Nieuwegein overgeheveld naar XPO III. Binnen deze vestiging worden diverse werkroosters gehanteerd. De gekozen arbeidsvoorwaardenregelingen binnen XPO III sluiten beter aan op de in Nieuwegein feitelijk bestaande situatie.*
3. *Andere vestingen van XPO I en XPO II hebben vooralsnog minder behoefte aan de flexibilisering welke in XPO III is gerealiseerd en noodzakelijk is (zie hiervoor antwoord 1). Daarnaast geldt dat binnen XPO I sprake is van vergunningsplichtig vervoer waarop de Cao Beroepsgoederenvervoer van toepassing is. XPO III valt niet onder de werkingssfeer van deze Cao.*
4. *Vóórdat werknemers van XPO I en XPO II in dienst zijn getreden van XPO III, waren er al 29 andere werknemers in dienst bij XPO III. De functies variëren van warehouse*

employees, coördinator, teamleider, hr advisor en facility manager.

5. *De in antwoord 4 vermelde werknemers zijn in dienst getreden vanaf 1 juni 2019.*
6. *De in antwoord 4 genoemde 29 werknemers waren voor 1 juni 2019 niet reeds in dienst binnen het concern van XPO.*
7. *Gelet op antwoord 6 is de vraag of de 29 werknemers bij een eerdere werkgever een pensioenregeling hadden, niet relevant. Er is geen sprake van opvolgend werkgeverschap en de betreffende werknemers zijn dus nieuw in dienst getreden bij XPO III.*
8. *Volgend uit de antwoorden 6 en 7 is met betrekking tot de genoemde 29 werknemers geen sprake geweest van overgang van onderneming.*
9. *Voor XPO III is vanaf 1 juni 2019 een pensioenregeling gaan gelden die is ondergebracht bij De Amersfoortse.*
10. *De in antwoord 9 vermelde pensioenregeling betreft een DC regeling waarbij de werkgever conform de 3% fiscale staffel de pensioenpremie afdraagt. Werknemers betalen 5% pensioenpremie. XPO III betaalt het overige deel van de pensioenpremie. De franchise welke bij de start is overeengekomen bedraagt EUR 13.785, -. De inconvenientoeslag is pensioengevend. Het is een hybride DC regeling wat betekent dat mensen kunnen kiezen uit 3 beleggingsprofielen (offensief, defensief, neutraal). Indien een werknemer niet kiest, dan geldt automatisch het neutrale profiel. Vanaf bepaalde leeftijd wordt de mix in de beleggingsportefeuille aangepast ter bescherming van de werknemer.*
11. *Met betrekking tot de pensioenregeling zijn meerdere informatiebijeenkomsten belegd. Voorafgaand aan de start van het overleg met de ondernemingsraad omtrent de arbeidsvoorwaardenregeling (september – oktober 2018) die zou gelden voor de op te richten vennootschap XPO III, is ook het pensioen onderwerp van gesprek geweest. Verder hebben per site diverse bijeenkomsten plaatsgevonden vanaf 1 juni 2019 waarin in 3 talen ook het pensioen aan de orde is gebracht. Verder zijn er nog specifieke bijeenkomsten geweest in september-november 2019 over het pensioen. Hierbij was een adviseur van ASR aanwezig die specifiek is ingegaan op de regeling. Ook hebben de mensen gebruik kunnen maken van een individueel gesprek met een*

pensioenadviseur.

12. *Zie hiervoor antwoord 11.*

54. In de antwoorden van XPO III zagen de vakbonden geen aanleiding hun standpunt uit de brief van 30 januari 2020 te herzien. XPO III heeft geweigerd om aan het die brief opgenomen verzoek van de vakbonden gevolg te geven. Om die reden zijn de vakbonden genoodzaakt de Rechtbank te verzoeken XPO III daartoe rechtens te veroordelen.

Nadere toelichting op het standpunt van de vakbonden

Art. 7:664 lid 1 sub a BW dient buiten toepassing te worden gelaten

55. Art. 7:663 BW bepaalt dat de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voor de vervreemder voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst door die overgang van rechtswege overgaan op de verkrijger. De overgang van rechtswege geldt ook voor pensioenregelingen. Dat is op basis van de wettekst (onder andere) slechts niet het geval als de verkrijger (in casu, XPO III) aan de werknemer een zelfde aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst als hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers (waarmee de werknemers worden bedoeld die al vóór de overgang bij de verkrijger in dienst waren), zie art. 7:664 lid 1 aanhef en onder a BW.
56. XPO III beroept zich in dezen op de laatstgenoemde uitzondering op de wettelijke hoofdregel van art. 7:663 BW, zijnde art. 7:664 lid 1 aanhef en onder a BW. Zoals hierboven reeds is aangegeven komt haar in de gegeven omstandigheden evenwel rechtens geen beroep op de betreffende uitzondering toe, en wel omwille van de volgende redenen en omstandigheden.
57. Het antwoord van XPO III op vraag 1 van de vakbonden bevestigt wederom waar het bij de oprichting van XPO III om te doen is geweest, namelijk een forse besparing op de arbeidskosten. In de terminologie van XPO III heet dat een “aangepaste marktbenadering met ook bijpassende arbeidsvoorwaarden”. Van een aangepaste marktbenadering is echter niet gebleken. De doelgroep van XPO III is dezelfde gebleven als die van XPO I en XPO II, zo heeft zij ook steeds bevestigd, en deze wordt bij XPO III op dezelfde manier benaderd als bij XPO I en XPO II.

58. Het onderscheid tussen XPO I, XPO II en XPO III is kunstmatig en wordt aan de buitenwereld niet getoond. Er wordt ook gecommuniceerd door “XPO Logistics” voor alle entiteiten, zie daarvoor ook het briefpapier. Daarbij is het derhalve kennelijk niet van belang of wordt opgetreden namens XPO I, XPO II of XPO III. Hetzelfde geldt voor de website van XPO Logistics NL en haar pagina op Facebook. Het onderscheid bestaat in de jaarrekeningen en bij de inschrijvingen in het handelsregister, maar voor de buitenwereld is er maar één XPO Nederland. Het oprichten van een B.V. binnen het concern en schuiven met vestigingen van de ene naar de andere vennootschap wordt slechts – of in ieder geval vrijwel hoofdzakelijk – bepaald door kostenoverwegingen. Ook in de interne organisatie is voor een gewone werknemer het verschil tussen XPO I, XPO II en XPO III niet waarneembaar.
59. Als het om de arbeidskosten gaat, is het XPO wat betreft “arbeidsvoorwaarden uitgezonderd pensioen” gelukt met haar ondernemingsraad een arbeidsvoorwaardenregeling af te spreken in de zin van de AVR, die voor nieuwe werknemers aanmerkelijk minder gunstig is dan de cao die eerder werd toegepast. De vakbonden hebben zich daar vooralsnog niet bij moeten neerleggen omdat XPO Nederland weigert om met de vakbonden afspraken te maken over een voor alle werknemers bij XPO geldende ondernemings-CAO. Voor dit moment is dat niet anders. Bij haar zoektocht nog verder op arbeidskosten te bezuinigen met invoering van een veel goedkopere pensioenregeling heeft XPO III echter de wet overgang van onderneming zodanig misbruikt dat haar een beroep op die wet moet worden ontzegd. XPO III heeft zich door zo te handelen ook niet als goed werkgever gedragen, haar rechten en bevoegdheid misbruikt en voorts onrechtmatig gehandeld, alsmede naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, met aanzienlijk nadeel voor de werknemers tot gevolg. Dat is de reden dat de vakbonden deze procedure zijn gestart.
60. De ratio van de wettelijke regelgeving omtrent overgang van onderneming is, kort gezegd, het behoud van rechten van werknemers na een overgang van onderneming. Werknemers dienen niet de dupe te worden van het feit dat de onderneming waarvoor zij werkzaam zijn, aan een andere partij (rechtspersoon) wordt overgedragen. Boek 7 titel 10 afdeling 8 BW, waarin de betreffende wettelijke regeling is neergelegd, vormt als zodanig bij uitstek wetgeving waarin werknemersbescherming centraal is gesteld.
61. De desbetreffende wetgeving voorziet concreet in de bescherming van werknemers voor de gevolgen van het gegeven dat een bepaalde feitelijke situatie rechtens kan worden aangemerkt als een overgang van onderneming; met als uitgangspunt, *rechtsbehoud*. Het ‘creëren’ van een overgang van onderneming kan in die redenering nooit het *doel* op zich zijn:

overgang van onderneming is veeleer een *juridische consequentie* van een bepaald feiten-complex, met rechtsbescherming voor de werknemers als gevolg. De in de wet neergelegde, op een Europese richtlijn (laatstelijk *PbEG* 22 maart 2001, L82/16) gebaseerde wetgeving leent zich er dan ook geenszins voor om, a contrario, juist te worden *gebruikt* (want dan: *misbruikt*), en daarmee als *doel* te dienen om ervoor te zorgen dat werknemers hun arbeidsvoorwaardelijke rechten worden *ontnomen*.

62. Toch is dit laatste exact wat hier is gebeurd. XPO III heeft namelijk zonder enige rechtens deugdelijke grond, en laat staan noodzaak, een overgang van onderneming geconstrueerd, kennelijk met als enkel doel het met behulp van de daarvoor geldende wetgeving ertoe te doen geleiden dat de arbeidsvoorwaardelijke rechten van de onderhavige werknemers ernstig worden aangetast op een voor hen zeer wezenlijk onderdeel: hun pensioenrechten. Daarmee is overgang van onderneming opgetuigd en geconstrueerd om precies datgene te bewerkstelligen waartegen de overgang van onderneming in principe juist behoort te beschermen, namelijk verlies van arbeidsvoorwaarden, en dat is als gezegd zowel in strijd met het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), misbruik van recht (art. 3:13 BW) als een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), en kan derhalve rechtens nadrukkelijk geen stand houden.
63. Het feit dat art. 7:664 lid 1 sub a BW - naar de tekst van de wet - op zichzelf de mogelijkheid biedt om in geval van overgang van onderneming onder een bepaalde omstandigheid te bewerkstelligen dat de rechten voortvloeiend uit een pensioenovereenkomst met de werkgever bij overgang van onderneming niet mee overgaan, maakt dit niet anders.
64. In de literatuur is al overwogen dat een werkgever bij het gebruikmaken van deze mogelijkheid zich (als altijd) wel als goed werkgever zal moeten gedragen, geen misbruik mag maken van zijn bevoegdheid, en dat de wet zich daarmee onder omstandigheden tegen het gebruik maken van deze keuze zou kunnen verzetten.¹¹ Prof. Dr. Lutjens overweegt daarover als volgt: “*Dat zal dunkt mij vrijwel altijd mogelijk 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.*” Dat is - terecht - duidelijke taal, en de vergelijking met de onderhavige zaak dringt zich meer dan op.

¹¹ Prof. Dr. E. Lutjens, “*Pensioen bij overgang van een onderneming*” SMA september 2002 (9).

65. Daartoe benadrukken de vakbonden dat de pensioenregeling die binnen XPO III is gaan gelden, nadrukkelijk een verslechtering betekent ten opzichte van de pensioenregeling die voorheen gold binnen XPO I. De vakbonden lichten dat toe.
66. Van de werknemers in dienst van XPO I en XPO II die als gevolg van de transactie en overgang van onderneming op 1 juli 2019 in dienst zijn getreden van XPO III, bouwden ongeveer 800 werknemers tot 1 juli 2019 pensioen op bij Pensioenfonds Vervoer. Bij dit pensioenfonds wordt pensioen opgebouwd volgens het zogeheten middelloon systeem. Het uiteindelijke pensioen is daarbij, afhankelijk ook van het aantal deelnemersjaren, een bepaald percentage van de pensioengrondslag die na franchise wordt bepaald door het geïndexeerde salaris dat de werknemer in zijn arbeidzame leven gemiddeld heeft verdiend.
67. De bij XPO III op 1 juli 2019 in dienst getreden werknemers worden sinds die datum door XPO III echter niet meer aangemerkt als deelnemer bij het Pensioenfonds Vervoer. Op hen is vanaf 1 juli 2019 de voormelde AVR en de daarin opgenomen pensioenregeling toegepast. In dat kader heeft XPO III haar pensioenregeling ondergebracht bij De Amersfoortse, en de betreffende werknemers sinds die datum aan deze pensioenregeling laten deelnemen. Het gaat hierbij om een zogeheten DC-regeling waarbij in de regel aanzienlijk minder pensioen wordt opgebouwd.
68. Een DC-regeling (afkorting van Defined Contribution-regeling) is een beschikbare premie-systeemregeling waarbij de begunstigde twee grote risico's, namelijk het beleggingsrisico en het transformatierisico, volledig voor zijn rekening neemt. Het beleggingsrisico is het risico dat het belegde pensioenvermogen bij pensionering minder waard is door ongunstige ontwikkelingen. Het transformatierisico hangt samen met het feit dat de beleggingsuitkomst van het ingelegde bedrag bij pensionering zal moeten worden gebruikt om een lijfrente van in te kopen. De hoogte van die lijfrente, lees: van het pensioen, is dan niet alleen afhankelijk van de inleg en het beleggingsresultaat, maar ook van de rentestand op het moment van pensionering. Hoe lager de rente op dat moment, hoe lager de lijfrente en hoe lager het pensioen. Zowel het beleggingsrisico als het transformatierisico vormen daarmee dus grote financiële pensioenrisico's die in het kader van een DC-regeling volledig op het bordje van de begunstigde, de werknemer worden gelegd.
69. De wijziging van de pensioenregeling betreft als gezegd ongeveer 800 werknemers. Bij het Pensioenfonds Vervoer bouwt de deelnemer per jaar 1,788 % van de pensioengrondslag op. De franchise bij Pensioenfonds Vervoer was in 2019 € 12.270,- (inmiddels is deze hoger).

De pensioengrondslag bij een (voorbeeld-) salaris op jaarbasis van € 30.000, - bruto bedraagt zo afgerond € 18.000, -. Voor ieder gewerkt jaar bouwt de werknemer met dit salaris ongeveer € 320, - pensioen op. Bij de nieuwe regeling van XPO III is niet alleen de pensioenuitkomst ongewis (hetgeen bij een DC-regeling vanzelfsprekend zo is) maar wordt bovendien standaard veel minder pensioen opgebouwd. XPO III betaalt de verzekeraar, zie onder 10 van het bericht van 16 april 2020 (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 11), conform de 3 procent fiscale staffel. Daarbij wordt een franchise van € 13.785, - gehanteerd. De premie is, anders dan bij de regeling van Pensioenfonds Vervoer, mede afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer. Hoe ouder de werknemer, hoe hoger de premie. Zo bedraagt deze voor werknemers van 20 tot en met 24 jaar voor het ouderdomspensioen 3,5 procent en voor werknemers van 65 tot en met 67 jaar 21,3 procent. In de praktijk bij XPO III betekent dit dat de werknemers niet of nauwelijks meer pensioen zullen opbouwen en in ieder geval fors minder dan bij XPO II het geval is.

70. Ter vergelijking: de pensioenpremie bij Pensioenfonds Vervoer bedraagt - in 2020 - voor het ouderdomspensioen 30 procent waarvan de werkgever 19,84 procent voor zijn rekening neemt. Bij de franchise van € 12.270, - per jaar en een (voorbeeld-) salaris van € 30.000, - bruto per jaar ontloopt XPO III zo aan pensioenpremie bij Pensioenfonds Vervoer per jaar afgerond € 3.500, - per werknemer. Voor 800 werknemers is dat € 2.800.000, - op jaarbasis. De premie die XPO III voor deze werknemers kwijt is voor de regeling bij De Amersfoortse, is daar maar een fractie van.
71. XPO III heeft zich in de vorige procedure overigens op het standpunt gesteld dat de pensioenregeling bij De Amersfoortse eigenlijk net zo goed zou zijn of zelfs beter dan de regeling bij Pensioenfonds Vervoer, en in dit verband onder andere dat de vakbonden premies en opbouw door elkaar zouden halen. Volgens de vakbonden is de regeling die bij Pensioenfonds Vervoer gold echter om genoemde redenen nadrukkelijk gunstiger voor de betrokken werknemers dan de regeling bij De Amersfoortse, zodat van een achteruitgang in de arbeidsvoorwaarde pensioen wel degelijk sprake is.
72. De vakbonden weten zich met hun opvatting over de slechtere kwaliteit van de nieuwe pensioenregeling gesteund door een rapportage van Mercer, een deskundige organisatie op het gebied van pensioenen. Op verzoek van het Pensioenfonds Vervoer heeft Mercer de nieuwe pensioenregeling van XPO beoordeeld (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 13). Mercer concludeert dat de bestaande regeling (van het Pensioenfonds Vervoer die vóór de overgang werd toegepast) gemiddeld tot hogere pensioenuitkomsten

leidt dan de nieuwe regeling bij XPO. Zo bevestigt Mercer dat het verschil met name voor jongere deelnemers en deelnemers met lagere salarissen meer dan 20 % is, en dus zeer groot.

73. Bij dit alles moet nog worden bedacht dat het bij XPO III met name gaat om relatief jongere deelnemers en deelnemers met relatief lagere salarissen, die er in de nieuwe pensioenregeling dus duidelijk en significant op achteruit gaan. Dat de nieuwe regeling echter ook voor werknemers van 32 jaar en ouder een forse achteruitgang betekent, wordt bevestigd door het feit dat zij ter compensatie van die achteruitgang een compensatie in hun maandelijks loon ontvangen - zie de bijdragen van de externe adviseurs van XPO III (in de vorige procedure overgelegd door XPO III als productie 31 en 32) en de AVR zelf (in de vorige procedure overgelegd door XPO III als productie 25). Ten overvloede, een extra maandelijks betaling is uiteraard volstrekt iets anders dan beter pensioen.
74. In de middelloonregeling wist de werknemer verder precies waar hij aan toe was. Hij bouwt ieder jaar een vast percentage van zijn salaris op aan pensioen. Dat kost wat maar dan heeft de werknemer ook wat, namelijk aanzienlijk meer zekerheid. Bij de beschikbare premieregeling moet de werknemer maar afwachten wat de door hem ingelegde premies hem uiteindelijk aan pensioen opleveren. De premies moeten renderen, maar het resultaat is volledig ongewis. Die onzekerheid is evenzeer een aanzienlijke verslechtering, en maakt dat de sinds 1 juli 2019 gehanteerde DC regeling zeker niet als een even goede of zelfs betere regeling kan worden aangemerkt als / dan de regeling conform het Pensioenfonds Vervoer. Dat de werknemers als gevolg van de nieuwe pensioenregeling dus vanaf 1 juli 2019 in een aanmerkelijk slechtere positie komen, behoeft gezien dit alles geen nader betoog.
75. Wat XPO III bij De Amersfoortse voor de nieuwe regeling aan premie kwijt is en wat haar rechtsvoorgangster(s) met betrekking tot de overgekomen werknemers in totaal aan het Pensioenfonds Vervoer aan premie betaalden, heeft zij overigens nimmer willen toelichten. De vakbonden hebben gezien het bovenstaande reden te veronderstellen dat het hier om een bedrag gaat van om en nabij de € 2.100.000,- op jaarbasis, ten gunste van XPO III en het concern waarvan zij onderdeel uitmaakt, maar ten nadele dus van de werknemers die bij de overname betrokken zijn. Dat een eventueel "overschot" van deze premie aan de werknemers zou worden uitbetaald althans toegekend, zoals XPO III heeft aangevoerd, blijkt uit niets en wordt door de vakbonden betwist. Het staat ook haaks op de 'openhartig' geuite wens van XPO III om kostenbesparend bezig te zijn, en is dus ook ongeloofwaardig. En dit oogmerk van XPO III, om op een dergelijke wijze kosten te besparen ten koste van haar

werknemers, staat daarmee haaks op de beschermingsgedachte die aan de bepalingen over overgang van onderneming ten grondslag ligt, en maakt temeer dat deze oneigenlijke constructie rechtens onacceptabel is en geen stand kan houden.

76. Verder staat vast dat de regeling bij De Amersfoortse zeker niet kan worden aangemerkt als een pensioenregeling die al sinds jaar en dag binnen XPO III gold, nu de toepasselijkheid daarvan binnen XPO III pas vlak voor – en met het oog op - de overgang van onderneming is bewerkstelligd. Dat laatste is juist duidelijk enkel en alleen (en specifiek) gebeurd om de voorheen bij de vervreemders geldende pensioenregeling per de datum van de overgang van onderneming opzij te zetten.

77. De vakbonden verwijzen ter zake opnieuw naar wat zij hierover in het vorengaande hebben aangevoerd, mede onder verwijzing naar de reeds genoemde overwegingen in de overnameovereenkomst en de adviesaanvraag die bij de ondernemingsraad is neergelegd, en de correspondentie vanuit XPO III. Dat daarbij het (enkele) oogmerk van kostenbesparing ten laste van arbeidsvoorwaarden voorop staat, is van meet af aan zelfs door alle betrokken rechtspersonen gecommuniceerd en daarmee evident. De vakbonden worden in die opvatting gesterkt door een artikel eind 2018 in het Personeelsblad van XPO (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 14). In de linker kolom iets onder het midden wordt in dat artikel vermeld:

“Op de vestigingen die in XPO I of II blijven, zijn veel mensen met stevige pensioenrechten. Het is niet wenselijk om deze medewerkers in een nieuwe AVR met een andere pensioenregeling onder te brengen, omdat dit nadelig uit zou pakken voor hen”.

78. Pensioenaanspraken blijken de kernreden te zijn bij het besluit of activiteiten wel of niet in XPO III worden ondergebracht. In dat kader wordt geen enkele inhoudelijk uitleg gegeven over e-commerce activiteiten en het specifieke karakter daarvan, wat XPO III op zeker moment zonder enige serieuze onderbouwing ter rechtvaardiging van haar handelwijze heeft aangevoerd (en welk argument de vakbonden met klem betwisten).

79. De vakbonden gaan in dat kader nu nader in op het standpunt van XPO III dat haar activiteiten zich specifiek zouden richten op “e-commerce”, en dat dit (ook) een reden zou zijn om haar op te richten c.q. de bij de overgang van onderneming betrokken werknemers naar haar te laten overgaan. Dit standpunt is onjuist en blijkt ook uit niets. Allereerst staat hierover niets inhoudelijks genoemd in de overnameovereenkomst (in de vorige procedure door XPO III

overgelegd als productie 1) en de adviesaanvraag die in dit verband aan de ondernemingsraad is voorgelegd (in de vorige procedure door XPO III overgelegd als productie 15). Er wordt daarin enkel gesproken over kostenbesparing en het plaatsen van enkele locaties in een nieuwe BV. Wat dit met e-commerce c.q. de reden dan wel noodzaak om e-commerce activiteiten in een andere BV te plaatsen te maken zou hebben, wordt de facto niet benoemd, laat staan onderbouwd.

80. In dat verband is verder van belang dat XPO III geen online platform faciliteert, zoals zij vagelijk heeft beweerd, dat zij voor zover bekend geen onlinedata verhandelt, dat zij geen eigen goederen bezorgt en dat XPO III niet primair is ingericht om producenten en consumenten bij elkaar te brengen. Van e-commerce is dus geen sprake, en de werknemers die zijn overgegaan doen ook na de overgang exact hetzelfde werk als zij deden in dienst van XPO I en/of XPO II, lees: voordat zij formeel bij XPO III in dienst traden, zijnde reguliere warehouse activiteiten. Ook dit bevestigt dat er geen enkele rationele, valide, zakelijke reden was om XPO III op te richten c.q. vestigingen met werknemers naar deze B.V. over te hevelen, behoudens het ondeugdelijke en oneigenlijke argument van kostenbesparing in arbeidsvoorwaarden (lees: het afpakken van pensioenrechten).
81. De opmerkingen van XPO III in de vorige procedure dat zij vanwege de specifieke andere, e-commerce, activiteiten behoefte zou hebben aan een ander 'beloningspakket' snijden reeds om vorenstaande redenen geen hout. Maar, dat kan sowieso geen grond zijn om voor een nieuwe pensioenregeling te kiezen, laat staan een aanzienlijk minder gunstige dan welke voorheen binnen XPO I en XPO II gold. Dat zustermaatschappij Menlo ook een vergelijkbare DC-regeling heeft, is (anders dan XPO III betoogt) evenmin een goede reden om deze nu binnen XPO III toe te passen. Voor alle betrokken werknemers gold namelijk bij andere zustermaatschappijen XPO I en XPO II al een regeling die binnen het concern bekend was en ook prima 'werkte': de regeling conform Pensioenfonds Vervoer. Niet valt in te zien waarom XPO III deze terzijde zou willen (moeten) schuiven, anders dan vanuit het oneigenlijke argument van kostenbesparing.
82. In aanvulling daarop geldt nog het volgende. De rechtsvoorgangster van XPO II is haar activiteiten gestart op 19 april 1974. Bij de onder XPO II vallende vestigingen was (en is nog) steeds de pensioenregeling van Pensioenfonds Vervoer van toepassing, deels op grond van de CAO Beroepsgoederenvervoer en / of de verplichtstelling van deze regeling door de minister, deels op basis van de feitelijke situatie / afspraken, zoals bij de bedrijven die op 1

juli 2019 door XPO II aan XPO III zijn overgedragen.

83. XPO III is opgericht op 1 december 2018. Tot 1 juni 2019 was er bij deze vennootschap niemand in dienst, zie de nummers 4, 5 en 6 in het e-mailbericht van 16 april 2020 (in de vorige procedure door de vakbonden overgelegd als productie 11). Dan treden er in de loop van juni 2019 in totaal 29 werknemers in dienst van XPO III. Van deze 29 werknemers zijn er vier, namelijk een coördinator, een teamleider, een hr advisor en een facility manager, geen warehouse employees, zie antwoord 4 in het e-mailbericht van 16 april 2020. De andere 25 werknemers waren dus wel warehouse employees maar zij kunnen onmogelijk zijn gaan werken in een vestiging van XPO III omdat in juni 2019 nog geen overgang van onderneming van XPO II naar XPO III was gerealiseerd. Als deze werknemers in juni 2019 hebben gewerkt, zal dat zijn geweest bij vestigingen onder beheer van XPO II waarvan de werknemers op dat moment deelnemer waren bij Pensioenfonds Vervoer, aan welke vennootschappen zij dan zijn gedetacheerd. Voor deze 25 werknemers valt überhaupt geen enkele valide reden te bedenken waarom zij (al) voorafgaand aan 1 juli 2019 bij XPO III in dienst zijn getreden; als kwartiermakers (wat ook zij van de relevantie van die 'positie'), zoals XPO II beweert, kunnen zij voorzeker niet worden aangemerkt. En voor zover zij dit al waren, valt geenszins in te zien dat zij om die reden krap een maand voor de overgang van onderneming bij (lege huls) XPO III in dienst moesten treden. Het had voor de hand gelegen hen, net als de andere (overgegangene) medewerkers, eerst bij XPO I of II in dienst te laten treden en mee over te laten gaan.
84. De verdwijning van de pensioenrechten op basis van middelloon bij Pensioenfonds Vervoer vanaf 1 juli 2019 van vele honderden werknemers bij XPO III heeft zij dus feitelijk gerealiseerd door slechts 1 maand, en dus vlak voor de overgang van onderneming, aan vier kersvers in dienst genomen werknemers in dienst van haar BV een DC pensioen-regeling aan te bieden. Dit bevestigt evenzeer dat sprake is van een vooropgezet plan om werknemers van hun pensioenrechten te ontdoen. Het kan volgens de vakbonden nooit de bedoeling van de nationale wetgever zijn geweest - en ook niet van de Europese wetgever - om dit via een uitzonderingsbepaling in de regelgeving te faciliteren.
85. Gezien deze omstandigheden is hier sprake van een geheel ander geval dan de situatie waarvoor art. 7:664 lid 1 sub a BW in de wet is neergelegd. Daarmee is immers voorzien in een tegemoetkoming richting de bij een overgang van onderneming betrokken partijen voor mogelijke potentieel complexe, en onwenselijke overnameproblemen met betrekking tot de altijd binnen de organisatie van de verkrijger geldende pensioenregeling. De vakbonden

onderkennen dat het onder omstandigheden inderdaad ongewenst zou kunnen zijn als de verkrijger wordt geconfronteerd met de plicht een - op het bedrijf van de vervreemder toegespitste - pensioenregeling over te nemen die voor (de organisatie van) de verkrijger volledig vreemd is, terwijl binnen de verkrijger zelf al (sinds jaar en dag) een geheel andere pensioenregeling geldt die op het bedrijf van de verkrijger is toegespitst. Daarvoor lijkt art. 7:664 lid 1 sub a BW een passende oplossing te bieden, en dit lijkt in lijn met de ratio van deze wetsbepaling.

86. Van zo'n situatie is in dit geval echter overduidelijk geen sprake, integendeel zelfs. Vervreemders XPO I en XPO II en verkrijger XPO III behoren allen tot hetzelfde concern, waarin al jarenlang de regeling van het Pensioenfonds Vervoer wordt toegepast. Het oprichten van XPO III, feitelijk als het ware een lege werkgevershuls, in combinatie met het snel vlak voor de overgang van onderneming aanbieden van de nieuwe pensioenregeling aan een plukje brandnieuwe werknemers, is duidelijk vrijwel uitsluitend in gang gezet om eenzijdig binnen het eigen concern de ene (gunstiger) pensioenregeling voor de andere (slechtere) pensioenregeling in te ruilen. Waar het, zie ook de hierboven geciteerde overweging van Lutjens, in het algemeen reeds kan worden gezegd dat het snel voor een overname laten gelden van een nieuwe pensioenregeling bij de verkrijger om de oudere (gunstigere) pensioenregeling bij de vervreemder opzij te zetten ontoelaatbaar is, geldt dat in het onderhavige geval des te meer. Dit gezien de concernrelatie tussen de betrokken partijen, waarbij vervreemder en verkrijger in dezelfde vennootschapsrechtelijke hand zijn, het proces volledig sturen en bepalen, en dit alles met het oog op de overduidelijk centraal gestelde wens tot kostenbesparing, met overgang van onderneming en art. 7:664 lid 1 sub a BW als oneigenlijk 'construct'.
87. De vakbonden concluderen daarmee als volgt. Hier is sprake geweest van een de facto neerwaartse bijstelling van de essentiële arbeidsvoorwaarde 'pensioen', waarbij overgang van onderneming als een 'tool' is ingezet om exact datgene te doen waartegen de regeling in art. 7:662 e.v. BW de betrokken werknemers juist beoogde en beoogt te beschermen. Hier is sprake van schending van het goed werkgeverschap (art. 7:661 BW), misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en overigens ook handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, zijnde een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW). In de gegeven omstandigheden is daarenboven gelet op art. 6:2 lid 2 jo 6:248 lid 2 BW een beroep op art. 7:664 lid 1 sub a BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De vakbonden concluderen daarmee dat art. 7:664 lid 1 sub a BW toepassing mist, zodat XPO III ten onrechte op grond van dit artikel per 1 juli 2019 de pensioenregeling conform

Pensioenfonds Vervoer voor de betrokken werknemers buiten werking heeft gesteld.

88. Voor zover art. 7:664 lid 1 sub a BW door de Rechtbank in weerwil van het bovenstaande wel van toepassing zou worden geacht geldt dat niet aan de in dit wetsartikel gestelde eisen is voldaan, zodat ook op die grond art. 7:663, eerste volzin na 1 juli 2019 onverkort op de pensioenregeling conform Pensioenfonds Vervoer van toepassing blijft. Daartoe is het volgende van belang.

XPO III heeft niet tijdig voorafgaand aan 1 juli 2019 een aanbod voor een nieuwe pensioenregeling gedaan als bedoeld in art. 7:664 lid 1 sub a BW

89. Om op grond van art. 7:664 lid 1 sub a BW de bij De Amersfoortse afgesloten DC-regeling op de van XPO I en XPO II overgekomen werknemers van toepassing te kunnen verklaren, zal (ook) moeten zijn voldaan aan het vereiste dat XPO III aan hen tijdig (dat wil zeggen vóór 1 juli 2019) en een concreet aanbod tot deze regeling heeft gedaan, zo bevestigt XPO III zelf ook in randnummer 24 van haar conclusie van dupliek. Als dat niet zo is, is de uitzondering van art. 7:664 lid 1 sub a BW niet van toepassing en blijft op grond van de in art. 7:663 BW vervatte hoofdregel de pensioenregeling van Pensioenfonds Vervoer op en na 1 juli 2019 ook om die reden onverkort gelden.
90. Het is aan XPO III te bewijzen dat het hierboven bedoelde aanbod tijdig is gedaan. Dat zij niet aan dit vereiste heeft voldaan, blijkt overigens al uit de brief die XPO Logistics in juni 2019 heeft gestuurd aan de betreffende werknemers, in de vorige procedure door XPO III overgelegd als productie 1. Het een en ander is ook niet als zodanig in de brief verwoord. Deze tekortkoming is exemplarisch voor de schijnconstructie, waarin het aanbod blijkbaar nog niet gedaan kon worden door XPO III omdat die onderneming hoegenaamd nog niet actief was. XPO Logistics kan niet worden beschouwd als degene die namens XPO III tijdig een aanbod heeft gedaan. Het is aan XPO III te bewijzen dat XPO Logistics in juni 2019 namens haar heeft gehandeld – hetgeen de vakbonden betwisten.
91. Bovendien blijkt uit de brief van XPO Logistics dat het aanbod in ieder geval niet tijdig is gedaan. De brief rept van een ‘town hall meeting’ die op een eerder tijdstip heeft plaatsgevonden en waarin ook de voorgenomen wijziging van de pensioenregeling zou zijn besproken. Een dergelijke meeting heeft inderdaad plaatsgevonden, maar van een *concreet aanbod* is tijdens die meeting, noch op enige andere meeting sprake geweest. De brief, nog daargelaten of XPO Logistics in die brief handelde namens XPO III, bevestigt die status quo

ook, want laat juist zien dat dit aanbod pas in juli 2019, dus na de overgang, zal worden gedaan. De verzender schrijft immers:

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

Het persoonlijke voornaamwoord “We” duidt op het concern c.q. het geheel van moeder- en zustervennootschappen, of als pluralis majestatis: een wel heel voorname aanduiding van de nog niet actieve onderneming XPO III.

92. Daarmee geeft de verzender verder aan dat er vóór de overgang op 1 juli 2019 nog geen sprake is geweest van een concreet aanbod dat ook door de werknemer (door ondertekening van de aangeboden overeenkomst) kon worden aanvaard. Daarmee staat vast dat bij (want, op het moment van) de overgang van onderneming op 1 juli 2019 uitsluitend art. 7:663 BW en niet de uitzondering van art. 7: 664 lid 1 sub a BW van toepassing was. De brief van 3 juni 2019 geeft immers helder aan dat de nieuwe arbeidsovereenkomst, met daarin vervat de toepasselijkheid van de AVR en de pensioenregeling bij De Amersfoortse, pas half juli 2019 zal worden aangeboden, en dat is ook wat uiteindelijk daadwerkelijk is gebeurd. Dat is dus na 1 juli 2019, oftewel nadat de overgang van onderneming en overname van de regeling van het Pensioenfonds Vervoer reeds een feit was.
93. De stelling van XPO III dat, kort gezegd, het door haar genoemde traject van townhall meetings in combinatie met het verzenden van de presentatie die tijdens (1 van) die meetings aan de werknemers is gegeven ook kan worden aangemerkt als een aanbod in de vorenbedoelde zin, kan niet worden gevolgd. Zoals XPO III ook in haar conclusie van antwoord en dupliek heeft bevestigd, is er ook tijdens die presentatie(s) enkel sprake geweest van mededelingen dat de betreffende AVR en pensioenregeling per 1 juli 2019 “gaan gelden”. Daarmee is dus sprake geweest van een aan de werknemers als zodanig gepresenteerd voldongen feit, oftewel: het imperatief opleggen van een pensioenregeling, en niet een aanbod zoals de wet vereist. Overigens kan ook de als productie 22 bij de conclusie van antwoord door XPO III overgelegde presentatie niet worden aangemerkt als een duidelijke uitleg over wat de opgelegde wijziging in pensioenregeling nu eigenlijk behelsde. Dit is niet een uitleg die in een vijftal slides met grafiekjes kan worden samengevat.
94. Vanzelfsprekend zal een aanbod zoals in de vorige alinea bedoeld aan de werknemer die overkomt, en anders dan XPO III beweert, verder moeten worden gedaan vóór het tijdstip

waarop de overgang plaatsvindt. Als dat niet vóór dat tijdstip gebeurt, is immers niet voldaan aan de voorwaarde van art. 7:664 lid 1 aanhef en onder a en treedt om die reden de algemene regel in werking, te weten: alle rechten en verplichtingen gaan over. “Te laat is te laat”. Daarbij dient het dus een **concreet** aanbod te betreffen en niet een enkele **mededeling** van de werkgever dat er een andere pensioenregeling van toepassing **zal zijn**, zoals XPO in de (presentaties en) voormelde brief heeft gedaan. Zo’n mededeling is geen aanbod maar hoogstens een vooraankondiging van een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang onderneming. Van een onderbouwd pensioenaanbod dat een werknemer naar waarde kan schatten c.q. voorafgaand aan de overgang kan afwegen, is daarmee geen sprake geweest.

95. De eis van tijdige concretisering van het pensioenaanbod strookt met de reeds genoemde grote zorgvuldigheid die in het kader van een overgang van onderneming jegens de betrokken werknemers te allen tijde in acht dient te worden genomen. Bij overgang van onderneming staat immers de bescherming van de essentialia van de arbeidsovereenkomst, namelijk de arbeidsvoorwaarden, steeds centraal. In het verlengde hiervan dient in het kader van een overgang van onderneming naar vaste rechtspraak steeds glashelder en volledig transparant met de werknemers, respectievelijk medezeggenschapsorganen over de overgang van onderneming te worden gecommuniceerd en gecorrespondeerd.
96. In dat kader bepaalt art. 7:665a BW onder andere dat de ondernemingsraad, respectievelijk de werknemers die betrokken zijn bij de overgang van onderneming tijdig in kennis worden gesteld van het voorgenomen besluit tot overgang, de voorgenomen datum van de overgang, de reden van de overgang, de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen. Overtrekking van deze wetsbepaling leidt tot een onrechtmatige daad jegens de werknemers¹². Daarenboven dient de werkgever op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) zijn werknemers volledig in te lichten omtrent de gevolgen van een overgang van onderneming, zie onder andere vaste rechtspraak van de Hoge Raad¹³. Deze informatieplicht rust zowel op de vervreemder als de verkrijger. Informatieverstrekking dient voorts tijdig plaats te vinden, dus op een moment (ruim) tijdig voorafgaand aan de overgang van onderneming.
97. In dit licht beschouwd kan een verkrijger enkel een (concreet) aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst doen indien dit een daadwerkelijk, concreet aanbod betreft en de

¹² *Kamerstukken II 2000/01, 27469, 5, p.9*.

¹³ HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (*Rabobank*) en HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (*Bos/Pax*).

desbetreffende verkrijger daarbij zelf volledig openheid verschaft over de beweerdelijk bij hem geldende pensioenovereenkomst en alle aspecten die daaraan zijn verbonden, en de vervreemder uitlegt welke rechten (mogelijk) worden prijsgegeven. Ook aan die eisen is hier voorzeker niet voldaan. Nog daargelaten dat het “aanbod” niet een daadwerkelijk aanbod was en niet tijdig is gedaan, is een reële toelichting daarop uitgebleven.

98. Kortom, XPO III heeft aldus nagelaten de over te nemen werknemers tijdig en volledig te informeren. De informatie die met name door de ondernemingsraad is verstrekt tijdens het traject van de totstandkoming van de pensioenregeling, en dus niet door XPO III zelf, kan niet als zodanig worden beschouwd. Pas in september 2019, ruim twee maanden na de overgang, zijn de werknemers enigszins beter geïnformeerd, maar dat is uiteraard te laat om aan de vereiste informatieverplichting te voldoen.
99. In dit verband is verder relevant dat uit niets blijkt dat XPO I de betreffende werknemers op enig moment daadwerkelijk als deelnemer bij het Pensioenfonds Vervoer heeft afgemeld. Volgens XPO III heeft zij dit wel degelijk gedaan, en zou dit blijken uit een e-mail met bijlage die mevrouw R. Stienen volgend op een telefonisch onderhoud van 21 juni 2019 op 5 juli 2019 heeft verzonden aan de heer W. Brugman, algemeen directeur van het Pensioenfonds Vervoer (door XPO III in de vorige procedure overgelegd als productie 40). In de betreffende e-mail wordt echter enkel aangegeven dat de desbetreffende werknemers in de loop van de maand juli 2019 nog bij het Pensioenfonds Vervoer *zullen worden afgemeld*. A contrario volgt uit deze e-mail dus alleen maar dat die afmelding op dat moment sowieso (c.q. door middel van die e-mail) nog niet had plaatsgevonden (c.q. plaatsvond). Uit niets is verder gebleken dat in navolging op deze e-mail, die dus geen afmelding was, ooit enige correcte (formele) afmeldingshandeling zijdens XPO I heeft plaatsgevonden. Dit strookt ook met de e-mail die op 25 juli 2019 door het Pensioenfonds Vervoer aan de heer E. Veltink van FNV is verstuurd, waarin het Pensioenfonds Vervoer expliciet aangeeft ‘*Er wordt momenteel nog niemand afgemeld*’ (**productie 5**).
100. De vakbonden kunnen het er dan ook gevoeglijk voor houden dat de betreffende werknemers tot op heden nog niet bij het Pensioenfonds Vervoer zijn afgemeld. Immers, als dat anders was geweest, had XPO III het bewijs van deze afmelding al lang en breed in de vorige procedure aan de rechter overgelegd. De desbetreffende werknemers zijn overigens zelf ook nooit van enige afmelding op de hoogte gesteld. Sowieso staat ook vast dat een afmelding voorafgaand aan de datum van de overgang van onderneming, 1 juli 2019, nooit aan de orde is geweest. Ook dit onderstreept dat de regeling geldend bij het Pensioenfonds Vervoer op

het moment van de datum van overgang van onderneming een arbeidsvoorwaarde was die van rechtswege met de arbeidsovereenkomsten van de desbetreffende werknemers naar de verkrijger is overgegaan, en aldus ook na 1 juli 2019 ten volle door de verkrijger (XPO III) jegens de overgenomen werknemers diende te worden gerespecteerd en nageleefd. Verder dient XPO III ook om die reden (geen formele opzegging) ook na 1 juli 2019 afdrachten aan het Pensioenfonds Vervoer te blijven doen.

101. Voorts is de informatie over de pensioenregeling in het kader van de informatieverstrekking steeds gekoppeld aan andere arbeidsvoorwaarden in de AVR, waarbij zijdens de verkrijger is betoogd dat andere arbeidsvoorwaarden erop vooruit zouden gaan en dat daarmee de verslechtering in de pensioenregeling gecompenseerd werd. Maar zodanige pakketvergelijking is nu juist niet toegestaan, en de rechtspraak is daar duidelijk in: zie met name de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Daddy's Dance Hall.¹⁴ Voor zover voorafgaand aan de overgang van onderneming dus al informatie aan de over te nemen werknemers is verstrekt, is dit gekleurd door een onjuiste juridische duiding daarvan, en zijn zij aldus met foute informatie op het verkeerde been gezet.
102. Voor zover tussen XPO en de ondernemingsraad over deze situatie gesproken is, maakt dat de onderhavige situatie voorts niet anders, en dat geldt eveneens voor het feit dat XPO met de ondernemingsraad de AVR heeft gesloten.
103. Om te beginnen heeft de ondernemingsraad de belangen van de werknemers die zijn overgegaan naar XPO III veronachtzaamd. De Ondernemingsraad wist, althans behoorde te weten dat ook de pensioenregeling van de vervreemder bij de verkrijger wordt voorgezet als vanuit de verkrijger geen tijdig en deugdelijk aanbod tot een pensioenregeling wordt gedaan. De ondernemingsraad wist voorts, althans had behoren te weten, dat bij het maar net opgerichte XPO III tot kort vóór de overgang nog geen werknemers in dienst waren en dat er nog geen pensioenregeling bij de verkrijger was. De ondernemingsraad kon dus weten dat de wettelijke systematiek met zich zou brengen dat zonder afspraken met XPO de bestaande pensioenregeling voor de betrokken werknemers ongewijzigd zou worden voortgezet. Tot slot is, zie boven, zelfs in het personeelsblad van XPO en nota bene de adviesaanvraag richting de ondernemingsraad zelf, duidelijk gemaakt dat kostenbesparing en pensioenaanspraken zelfs overheersend waren bij het besluit of activiteiten wel of niet in XPO III worden ondergebracht. Kortom, de ondernemingsraad (en vanzelfsprekend ook) XPO blijken zich

¹⁴ HvJ, 10-02-1988, nr, 324/86.

dus volledig bewust te zijn geweest van de (stevige) pensioenregeling die de bij XPO III in dienst getreden werknemers vóór 1 juli 2019 hadden.

104. Door toch afspraken met XPO te maken met als kennelijke doel te realiseren dat ook voor deze werknemers de nieuwe pensioenregeling per 1 juli 2019 van toepassing zou worden, alles alleen om zonder enige nader toegelichte redenen, laat staan noodzaak, kosten te besparen, heeft de ondernemingsraad onvoldoende doorgevraagd op welke wijze dat dan zou kunnen. Als de ondernemingsraad dat wel had gedaan, had hij moeten begrijpen dat dit (volgens XPO en de externe adviseurs) alleen zou kunnen door met vooruitgeschoven posten te werken (de betrokken 4 en 29 werknemers). Met die informatie had een redelijk oordelende ondernemingsraad tot de conclusie moeten komen dat hij met zo'n kunstgreep ten koste van de wettelijke systematiek en ten koste van de pensioenpositie van honderden werknemers niet zou moeten instemmen. De AVR was in dat geval niet met deze inhoud tot stand zijn gekomen.
105. In de gegeven omstandigheden concluderen de vakbonden dat van een concreet, goed gedocumenteerd en daadwerkelijk duidelijk toegelicht en tijdig aanbod, zoals vereist is op basis van art. 7:663 lid 1 sub a BW jo art. 7:665a BW jo art. 7:611 BW, geen sprake is geweest. Ook om deze subsidiaire redenen heeft XPO III ten onrechte toepassing gegeven aan art. 7:664 lid 1 sub a BW. De consequentie daarvan is dat de hoofdregel van art. 7:663 BW op 1 juli 2019 onverkort gelding heeft gehad op de rechten en verplichtingen die daaraan voorafgaand voortvloeien uit de pensioenovereenkomst die gold binnen XPO I en XPO II, zijnde de regeling op basis van Pensioenfonds Vervoer, die dus per 1 juli 2019 naar XPO III is overgegaan.

XPO III handelt in strijd met toezegging

106. Daar komt tot slot nog het volgende bij. Voorafgaand aan de overgang hebben de vakbonden enige keren met XPO Logistics gesproken. Tijdens een overleg op 6 mei 2019, waaraan namens de vakbonden werd deelgenomen door de heren T. T.S. Orië van CNV en E. Veltink van FNV, heeft XPO III de toezegging gedaan dat werknemers de nieuwe regelingen zouden mogen weigeren, en dat de werknemers keuzevrijheid zouden hebben om in dienst bij XPO I / XPO II en dus onder werking van het Pensioenfonds Vervoer te blijven. De heren Orië en Veltink hebben hiervan beiden een schriftelijke verklaring opgesteld die worden overgelegd als **productie 6** (verklaring Veltink) en **productie 7** (verklaring Orië). Zij zijn bereid deze verklaringen onder ede te bevestigen, respectievelijk daarover nader als getuigen te

verklaren. Aan die toezegging heeft XPO III geen gevolg gegeven door na te laten die mogelijkheid onder de aandacht van de werknemers te brengen. Ook in het licht van deze toezegging, en mede gelet op de hiervoor vermelde strenge informatieverplichtingen bij overgang van onderneming op grond van de wet, kan XPO III gehouden worden de regeling op basis van Pensioenfonds Vervoer na 1 juli 2019 toe te (blijven) passen.

Standpunten XPO III

107. In het voorgaande hebben de vakbonden de stellingen van XPO III in dezen, voor zover bij haar bekend, reeds uitvoerig besproken en weerlegd. In aanvulling daarop gelden nog de volgende korte opmerkingen.
108. XPO III heeft aangevoerd dat het terugdraaien van de betreffende pensioenregeling volgens haar te complex en te kostbaar zou zijn. Nog daargelaten dat de vakbonden dit standpunt bestrijden, kan dit natuurlijk geen valide argument zijn om XPO III niet te gelasten te doen waartoe zij rechtens gehouden is: de regeling bij Pensioenfonds Vervoer onverkort toe te blijven passen. Het kan natuurlijk niet zo zijn dat een werkgever die willens en wetens essentiële arbeidsvoorwaardelijke rechten van haar werknemers afneemt, en de werknemers daarmee ernstig benadeelt, zich vervolgens succesvol kan verweren met het argument dat dit helaas nu niet meer kan worden teruggedraaid omdat het opheffen van die benadeling voor de werknemers te zeer nadelig voor de werkgever zou zijn. Dit is de wereld op zijn kop en dat argument kan dan ook nadrukkelijk niet worden gevolgd.
109. De vakbonden bestrijden daarbij evenzeer dat dit nadelig zou zijn voor de betrokken werknemers. Een werkgever is bevoegd om een deel van de verschuldigde premie op het salaris van de werknemer in te houden maar verplicht is het niet. Deze procedure gaat daar niet over, maar bij heraansluiting met terugwerkende kracht als gevolg van een wetsschending van de werkgever, kan inderdaad punt van discussie vormen of er een grondslag is om de werknemer daarvoor nog een rekening te presenteren. Tal van varianten zijn denkbaar, ook de variant waarbij XPO III van haar handelwijze, in strijd met de wet, de gevolgen en dus de premie volledig voor haar rekening moet nemen. Het is alleszins geen argument om de vakbonden hun onderhavige vorderingen te ontzeggen.
110. XPO III voert verder nog aan dat alleen de vakbonden zich zagezegd over deze actie zouden beklagen en dat deze bij de werknemers van de betrokken ondernemingen zelf niet tot relevante discussie heeft geleid. Ook dit argument kan in het kader van deze discussie geen hout snijden en doet aan de vorderingen van de vakbonden niets af. Allereerst valt het feit

dat er mogelijk weinig werknemers zich over deze ontmanteling van hun pensioenrechten hebben beklaagd, goed te verklaren door het feit dat zij zoals hierboven aangegeven volledig verkeerd over hun rechten zijn geïnformeerd en zelfs misleid. Ten overvloede wordt opgemerkt dat, anders dan XPO III kennelijk veronderstelt, zeer veel van haar werknemers ten zeerste verontwaardigd zijn over de ontstane situatie. Deze werknemers juichen de acties van de vakbonden ook absoluut toe, maar willen om begrijpelijke redenen liever anoniem blijven. Verder hebben de vakbonden, zoals hierboven eveneens reeds uitvoerig is toegelicht, een eigen recht om in procedures als de onderhavige een groepsvordering in te stellen, en is daarvoor, zo is in de rechtspraak bij herhaling bevestigd¹⁵, nadrukkelijk niet vereist dat de betrokken werknemers zelf aanspraak op dergelijke rechten maken, respectievelijk zichzelf als eisers in deze procedure stellen.

Bewijsaanbod

111. Voor het geval XPO III enige stelling van de vakbonden zou ontkennen, bieden de vakbonden uitdrukkelijk bewijs aan. Dat betreft onder mee, maar niet uitsluitend, het navolgende:
- a. De vakbondsbestuurders Veltink en Orie kunnen verklaren dat XPO III heeft toegezegd dat de werknemers als zij dat wensten in dienst konden blijven van XPO I of XPO II met behoud van hun pensioenrechten.
 - b. Werknemers van XPO III die daar in juni 2019 in dienst zijn getreden, kunnen verklaren dat aan hen vóór 1 juli 2019 geen aanbod is gedaan (conform art. 7:664 lid 1 sub a BW) tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, zijnde de DC regeling van De Amersfoortse.
 - c. Werknemers van XPO III die daar op 1 juli 2019 in dienst zijn getreden, kunnen verklaren dat aan hen vóór 1 juli 2019 geen aanbod is gedaan tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, zijnde de DC regeling van De Amersfoortse.
 - d. Vertegenwoordigers van Pensioenfonds Vervoer kunnen verklaren over het moment van afmelding bij dat pensioenfonds door XPO I en/of XPO II en/of XPO III en over de bereidheid van het Pensioenfonds Vervoer deze afmelding met betrekking tot XPO III met terugwerkende kracht tot 1 juli 2019 ongedaan te maken.

¹⁵ Zie onder andere HR 9 april 2021, JAR 2021/123.

De vordering

FNV en CNV verzoeken de Rechtbank:

Primair

- A. 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 het Pensioenfonds Vervoer voort te zetten, zodat het bepaalde in art. 7:664 lid 1 sub a BW in dezen buiten toepassing dient te worden gelaten;

Subsidiar

- B. 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 subsidiar

- C. te verklaren voor recht dat XPO III voor 1 juli 2019 geen aanbod heeft gedaan als bedoeld 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;

In alle gevallen

- D. XPO III, uitvoerbaar bij voorraad, te bevelen om binnen 30 dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis het Pensioenfonds 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 Pensioenfonds Vervoer te aanvaarden, op straffe van een dwangsom van € 10.000, - per dag voor iedere dag die XPO III in gebreke blijft om aan dit bevel te voldoen;
- E. XPO III te veroordelen in de kosten van deze procedure.