

-
- het tussenvonnissen van 26 april 2018 waarin deze zaak is gevoegd met de bij deze rechtbank aanhangige zaak met zaaknummer / rolnummer 6342394 CV EXPL 17-7061;
 - de conclusie van repliek;
 - de conclusie van dupliek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De procedure met zaaknummer 6342394:

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 26 april 2018 waarin deze zaak is gevoegd met de bij deze rechtbank aanhangige zaak met zaaknummer / rolnummer 6343299 CV EXPL 17-7077;
- de conclusie van repliek;
- de conclusie van dupliek.

2.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

3. De feiten

3.1. Het Radboud UMC heeft met ingang van 1 september 2015 besloten zijn patiëntenvoeding uit te besteden aan FoodforCare, een dochteronderneming van de Koninklijke Van den Boer groep B.V.

FoodforCare en Radboud UMC hebben voormelde uitbesteding gekwalificeerd als een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW). Ten behoeve van de overgang van onderneming hebben gesprekken plaatsgevonden met de ondernemingsraad en de vakbonden FNV, sector Zorg en Welzijn, NU'91 en FBZ. Deze gesprekken hebben geresulteerd in een Overgangsprotocol uitbesteding patiëntenvoeding (hierna overgangsprotocol) van 13 juli 2015.

Partijen hebben afspraken gemaakt over de wijze waarop de verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen Radboud UMC en FoodforCare kunnen worden overbrugd, hetgeen heeft geresulteerd in een persoonlijke toeslag per werknemer.

3.2. Voorafgaande aan de ondertekening van het Overgangsprotocol de dato 13 juli 2015 heeft op 1 juni en 8 juni 2015 een presentatie plaatsgevonden over "Pensioen bij ABP", waarin ook het voorwaardelijk pensioen aan de orde is gekomen. Het voorwaardelijk pensioen is de opvolger van de prepensioenregeling Flexibel Pensioen en Uittreden (FPU), welke prepensioenregeling op 1 januari 2016 is komen te vervallen.

Het voorwaardelijk pensioen is aan de volgende voorwaarden gebonden:

- op 31 december 2005 en 1 januari 2006 in dienst zijn bij een werkgever die bij ABP is aangesloten;
- tot 1 januari 2023 onafgebroken in dienst blijven bij een werkgever die bij ABP is aangesloten, of tot aan pensionering als deze eerder is.

Op 1 januari 2023 of bij pensionering wordt het voorwaardelijk pensioen onvoorwaardelijk.

In voornoemde presentatie "Pensioen bij ABP" is met betrekking tot het voorwaardelijk pensioen onder meer het volgende advies aan de orde gekomen:

"Advies: als de deelnemer ten minste 60 jaar is voor ten minste 10% pensioen aanvragen bij ABP. Deelnemer behoudt dan uitzicht op voorwaardelijk pensioen"

Indien de deelnemer niet tenminste voor 10% pensioen aanvraagt, zal dus het voorwaardelijke pensioen bij de overgang verloren gaan.

De rechtspositie van [REDACTED] en [REDACTED]

3.3. [REDACTED], geboren op [REDACTED], is op 1 februari 1982 in dienst getreden bij Radboud UMC. Sinds 1 september 2015 is zij in dienst van FoodforCare in de functie F&B Coördinator.

3.4. [REDACTED], geboren op [REDACTED], is op 1 oktober 1972 in dienst getreden bij Radboud UMC. Sinds 1 september 2015 is zij in dienst van FoodforCare.

3.5. Met ingang van 1 oktober 2015 bouwen eisers pensioen op bij het Pensioenfonds Horeca en Catering. FoodforCare is verplicht deel te nemen aan dit bedrijfstak-pensioenfonds.

3.6. [REDACTED] en [REDACTED] hebben beiden een beroep gedaan op de hardheidsclausule zoals die volgt uit het Overgangsprotocol, omdat hun aanspraak op voorwaardelijk pensioen bij ABP is komen te vervallen door de overgang van onderneming. [REDACTED] en [REDACTED] waren op 1 september 2015 nog geen 60 jaar oud, waardoor zij hun voorwaardelijk pensioen ook niet gedeeltelijk tot uitkering konden laten komen (waardoor verval van die aanspraken voorkomen kon worden).

De Raad van Bestuur van het Radboud UMC heeft hun (afzonderlijk) verzoek om toepassing van de hardheidsclausule afgewezen bij besluiten van 8 september 2015. Daarbij is overwogen dat de verminderde opbouw van ouderdomspensioen en het verlies van de mogelijke verhoging van het ABP keuzepensioen voorzienbare gevolgen zijn van de Wet overgang van onderneming en artikel 3.12 van het overgangsprotocol. In het kader van het adviestraject bij de ondernemingsraad is gesproken over de pensioensituatie van de betrokken medewerkers. Om het draagvlak te verhogen is het nabestaandenpensioen gecompenseerd, aldus de Raad van Bestuur.

4. Het geschil

4.1. Eisers vorderen, na eiswijziging bij repliek, om bij vonnis:

1. een verklaring voor recht af te geven welke vastlegt dat gedaagde gehouden is een voorziening te treffen voor [REDACTED] welke gelijk is aan de voorziening welke zij bij haar oude werkgever had, te weten een voorwaardelijk pensioen ad € 2.632,-- per jaar;
2. een verklaring voor recht af te geven welke vastlegt dat gedaagde gehouden is een voorziening te treffen voor [REDACTED] welke gelijk is aan de voorziening welke zij bij haar oude werkgever had, te weten een voorwaardelijk pensioen ad € 1.429,-- per jaar;
3. FoodforCare te veroordelen tot het treffen van een voorziening op grond waarvan eisers alsnog aanspraak kunnen maken op het voornoemde voorwaardelijke pensioen, zulks op straffe van een dwangsom van € 250,- per dag dat FoodforCare - nadat 4 weken na de betekening van het in deze te wijzen vonnis is verstreken - in gebreke blijft aan dit vonnis te voldoen;

en daarnaast FoodforCare, te veroordelen tot betaling tegen behoorlijk bewijs van kwijting, van:

4. een bedrag van € 383,20 aan buitengerechtelijke kosten in de zaak van ██████████, en een bedrag van € 383,20 aan buitengerechtelijke kosten in de zaak van ██████████;
5. onder veroordeling van gedaagde in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen het salaris van de gemachtigden van eisers, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en - voor het geval de voldoening van de proceskosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf bedoelde termijn voor voldoening, alsmede de nakosten.

4.2. Eisers leggen aan hun vordering, kort weergegeven, ten grondslag dat FoodforCare ten onrechte heeft nagelaten om alsnog een voorwaardelijk pensioen voor hen te regelen dan wel een ander soort compensatie voor het verlies daarvan aan te bieden.

Het feit dat eisers niet meer aan de voorwaarde voldoen dat zij in dienst dienen te zijn bij een bij ABP aangesloten werkgever, is het directe gevolg van de overgang van onderneming zelf. Door de overgang van onderneming is de aanspraak van eisers op het voorwaardelijke pensioen vervallen terwijl zulks, op grond van artikel 7:663 BW, niet had mogen gebeuren. FoodforCare dient eisers dan ook te compenseren voor deze toekomstige schade.

4.3. FoodforCare heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Daarop zal, voor zover van belang, bij de beoordeling van het geschil nader worden ingegaan.

5. De beoordeling

5.1. Vast staat dat de overgang van onderneming (van Radboud UMC naar FoodforCare) oorzaak is van het einde van de deelneming van eisers in de ABP pensioenregeling. De kwestie die partijen verdeeld houdt, is of het voorwaardelijk pensioen - waarop eisers recht zouden hebben indien zij tot aan hun pensionering of tot 1 januari 2023 onafgebroken in dienst waren gebleven bij een werkgever die bij ABP is aangesloten - als pensioen in de zin van artikel 1 van de Pensioenwet kan worden aangemerkt. Eisers stellen dat dit niet het geval is en verwijzen in dit verband naar artikel 65 lid 1 van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet, waarin wordt bepaald dat een geldelijke, vastgestelde uitkering die op basis van artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 wordt overeengekomen (zoals de voorwaardelijke ABP pensioenregeling van eisers) geen pensioen is als bedoeld in de Pensioenwet. FoodforCare stelt zich primair op het standpunt dat de voorwaardelijke pensioenaanspraken waarop eisers hun vordering baseren, wel degelijk vallen onder artikel 1 van de Pensioenwet en daarmee onder de uitzonderingsbepaling van artikel 7:664 sub b BW, waarin bepaald wordt dat artikel 7:663 BW (onder omstandigheden) niet van toepassing is op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst.

5.2. Ingevolge artikel 7:663 BW gaan door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Voor de rechten en plichten uit een pensioenovereenkomst bevat artikel 7:664 BW echter een aantal specifieke uitzonderingen. Door toepassing van (één van) deze pensioenuitzonderingen is artikel 7:663 BW niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst en zal er dus sprake zijn van beëindiging van de deelneming in de pensioenregeling van de overdragende werkgever.

De rechtsgevolgen van het einde van de deelneming zijn vastgelegd in artikel 55 Pensioenwet, waarbij het uitgangspunt is dat de tot dat moment opgebouwde aanspraken op pensioen behouden blijven. Het behoud van pensioenaanspraken op grond van artikel 55 Pensioenwet geldt alleen voor opgebouwd pensioen in de zin van de Pensioenwet. Veel pensioenregelingen kennen ook toezeggingen van voorwaardelijke pensioenaanspraken. Dit geldt ook voor het voorwaardelijke ABP-pensioen waarop eisers hun vorderingen baseren.

De voorwaardelijke aanspraken van eisers zijn aanspraken tot inkoop van pensioen over het verleden die zijn gebaseerd op artikel 4 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 (Besluit van 16 juli 2005, Stb. 2005, 391, hierna aangeduid als "Besluit"). Op grond van dit Besluit konden aanspraken op pensioen worden toegezegd tot uiterlijk 31 december 2007. De opbouw en de financiering van deze aanspraken kon worden uitgesteld tot uiterlijk 15 jaar nadat de aanspraken waren toegezegd of tot uiterlijk de ingangsdatum van het ouderdomspensioen indien die datum binnen de 15 jaar zou liggen. Zolang deze voorwaardelijke aanspraken niet zijn gefinancierd, zijn deze ingevolge artikel 65 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet geen pensioen in de zin van de Pensioenwet. Op dergelijke nog niet gefinancierde aanspraken is artikel 55 Pensioenwet, waarin het behoud van pensioenaanspraken is geregeld voor opgebouwd pensioen in de zin van de Pensioenwet, derhalve niet van toepassing. De niet gefinancierde voorwaardelijke aanspraken zullen dus (geheel) verloren gaan bij het einde van de deelneming aan desbetreffende voorwaardelijke pensioenregeling.

5.3. De conclusie is dat de voorwaardelijke ABP pensioenregeling waarop eisers hun vorderingen baseren, geen pensioen is in de zin van artikel 1 van de Pensioenwet in strikte zin. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat de financiering van deze voorwaardelijke aanspraken nog niet heeft plaatsgevonden.

Dit leidt evenwel niet tot de conclusie dat eisers FoodforCare op grond van artikel 7:663 BW kunnen aanspreken op het verlies van deze voorwaardelijke aanspraken. Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.4. De pensioenregeling bij ABP moet in zijn geheel worden aangemerkt als een "pensioenovereenkomst" als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet, althans als een ingevolge artikel 2 lid 2 sub b Pensioenwet daarmee gelijkgestelde rechtsbetrekking. De pensioenovereenkomst is daar immers gedefinieerd als "hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen". Onderdeel daarvan is de onderhavige voorwaardelijk pensioenaanspraak. De enkele omstandigheid dat de financiering van deze aanspraak nog niet heeft plaatsgevonden maakt niet dat er geen sprake is van een onderdeel van de pensioenregeling die partijen zijn overeengekomen. Zoals gedaagde aanvoert is het voorwaardelijk pensioen onderdeel van de uit de ABP-deelneming voortvloeiende rechten en verplichtingen en betreft het geen separate pensioentoezegging van de zijde van Radboud UMC, en is artikel 7:664 lid 1 BW daarom van toepassing. Er is geen sprake van een separate arbeidsvoorwaarde die ingevolge artikel 7:663 BW overgaat op de verkrijger.

5.5. Met de overgang is de pensioenregeling van ABP beëindigd en zijn de voorwaardelijke pensioenaanspraken van eisers komen te vervallen. Partijen zijn het erover eens dat de situatie van artikel 7:664 lid 1 aanhef en sub b BW zich voordoet, omdat FoodforCare verplicht deelneemt in de bedrijfstakpensioenregeling van het Pensioenfonds Horeca en Catering. FoodforCare had geen keuzevrijheid ten aanzien van de pensioenuitvoerder. Dat de pensioenregeling waarin de verkrijgende werkgever deelneemt voor de overgaande

werknemer kan leiden tot een verslechtering van de pensioenaanspraken is uitdrukkelijk erkend door de wetgever (zie Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3 p. 4).

5.6. Het voorgaande betekent dat eisers geen recht op grond van artikel 7:663 BW jegens FoodforCare hebben op compensatie van het verlies van de voorwaardelijke pensioenaanspraken. Uitsluitend indien daarover andersluidende afspraken zouden zijn gemaakt zou dat anders zijn. Dat is echter niet het geval. Artikel 3.12 van het Overgangsprotocol dat is vastgesteld in de gesprekken tussen de ondernemingsraad en de vakbonden FNV, sector Zorg en Welzijn, NU'91 en FBZ, luidt:

“3.12 Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:644 BW zal na de overgang de bij FoodforCare geldende pensioenregeling op de arbeidsverhouding met de medewerker van toepassing zijn.”

Bij het overeenkomen van het Overgangsprotocol was de inhoud van de (voorwaardelijke) ABP pensioenregeling en de pensioenregeling van het pensioenfonds Horeca & Catering bekend en was bekend dat het einde van de deelneming aan de ABP pensioenregeling het vervallen van het voorwaardelijk pensioen tot gevolg had. Niettemin zijn daarover geen andersluidende afspraken gemaakt.

5.7. De conclusie is dat FoodforCare niet gehouden is een voorziening te treffen voor eisers die gelijk is aan de voorwaardelijke pensioenaanspraken die zij bij het Radboud UMC hadden. De vorderingen zullen dan ook worden afgewezen.

5.8. Eisers zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten.

6. De beslissing

De kantonrechter:

In de zaak met zaaknummer / rolnummer: 6343299 CV EXPL 17-7077:

wijst de vorderingen van [REDACTED] af;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van de procedure, aan de zijde van FoodforCare tot op heden begroot op € 400,00 als bijdrage in het salaris van de gemachtigde (niet met btw belast);

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: 6342394 CV EXPL 17-7061:

wijst de vorderingen van [REDACTED] af;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van de procedure, aan de zijde van FoodforCare tot op heden begroot op € 400,00 als bijdrage in het salaris van de gemachtigde (niet met btw belast).

Dit vonnis is gewezen door mr. J.H. Wiggers, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 27 september 2018.



27 SEP. 2018