

## Premieafdracht aan verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op grond van niet als cao kwalificerend protocol gedurende de periode tussen de datum w...

Hof Arnhem 30-10-2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1546, m.nt. Mr. W.P.M. Thijssen

|                |   |
|----------------|---|
| Instantie      | Hof Arnhem  |
| Datum          | 30 oktober 2012   |
| Magistraten    | mr. J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en M.J. van Lee   |
| Zaaknummer     | 200.060.774/01  |
| Noot           | Mr. W.P.M. Thijssen   |
| LJN            | BY1546  |
| Vakgebied(en)  | Verbintenissenrecht / Overige verbintenissen<br>Verbintenissenrecht / Overgang en tenietgaan verbintenissen<br>Vermogensrecht / Rechtsvorderingen<br>Pensioenen (V) |
| Brondocumenten | ECLI:NL:GHARN:2012:BY1546, Uitspraak, Hof Arnhem, 30-10-2012;   |
| Wetgeving      | Wet Bpf 2000 art. 4; BW art. 3:309, 6:160; Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen art. 4.3  |

## Essentie

**Premieafdracht aan verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op grond van niet als cao kwalificerend protocol gedurende de periode tussen de datum waarop verplichtstelling op grond van dit protocol werd beoogd en de datum waarop het verplichtstellingsbesluit in werking trad.**

## Samenvatting

*Premieafdracht aan verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op grond van niet als cao kwalificerend protocol gedurende de periode tussen de datum waarop verplichtstelling op grond van dit protocol werd beoogd en de datum waarop het verplichtstellingsbesluit in werking trad (de interimperiode); vrijwaring werkgever voor niet afgedragen pensioenpremie; afstand van recht; verjaring vordering tot onverschuldigd gerestitueerde pensioenpremie; rechtsverwerking.*

## Partij(en)

Arrest d.d. 30 oktober 2012

Zaaknummer 200.060.774/01

(zaaknummer rechtbank: 434977 CV EXPL 09-299)

HET GERECHTSHOF TE ARNHEM

Nevenzittingsplaats Leeuwarden

Arrest van de eerste kamer voor burgerlijke zaken in de zaak van:

[appellante],

gevestigd te [woonplaats],

appellante,

in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

hierna te noemen: [appellante],

advocaat: mr. E.H. Elgersma, kantoorhoudende te Heerenveen, die ook gepleit heeft,

tegen

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg,

gevestigd te Amsterdam,

Hierna te noemen: het pensioenfonds

als rechtsopvolgster van

Stichting Prepensioenfonds voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in (voorwaardelijke) reconventie,

hierna te noemen: het prepensioenfonds,

advocaten: mr. E. Lutjens, en mr. M.J.C.M. van der Poel, beiden kantoorhoudende te Amsterdam,

van wie laatstgenoemde ook gepleit heeft.

## Uitspraak

### Het geding in eerste instantie

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het vonnis uitgesproken 27 oktober 2009 door de rechtbank Zwolle-Lelystad, sector kanton, locatie Zwolle (hierna: de kantonrechter).

Het geding in hoger beroep

Bij exploit van 26 januari 2010, hersteld bij exploit van 9 februari 2010 is door [appellante] hoger beroep ingesteld van genoemd vonnis d.d. 27 oktober 2009 met dagvaarding van het prepensioenfonds tegen de zitting van 30 maart 2010.

De conclusie van de memorie van grieven, tevens bevattende een vermindering van eis, luidt:

"bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, te vernietigen het tussenvonnissen d.d. 15 augustus 2006 en het eindvonnis d.d. 14 november 2006 van de Rechtbank te Zwolle, sector kanton tussen partijen gewezen en opnieuw rechtdoende het bezwaar van appellante tegen het dwangbevel van geïntimeerde alsnog gegrond te verklaren, met veroordeling van geïntimeerde in kosten van deze procedure in beide

instanties."

Bij memorie van antwoord is door het pensioenfonds onder overlegging van producties verweer gevoerd, waarbij het pensioenfonds de grondslag van haar vordering heeft gewijzigd, met als conclusie: "bij arrest, de grieven van appellante ongegrond te verklaren, met veroordeling van appellante in de kosten van deze procedure."

Vervolgens hebben partijen hun zaak doen bepleiten onder overlegging van pleitnota's door hun advocaten. [appellante] heeft ter gelegenheid van het pleidooi een "akte wijziging tenaamstelling" genomen.

Daarna heeft het pensioenfonds nog een akte genomen en vervolgens heeft [appellante] een antwoordakte genomen

Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

De grieven

[appellante] heeft elf grieven opgeworpen.

De beoordeling

Ten aanzien van de feiten

1.

Tussen partijen staan de volgende feiten vast als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende weersproken.

1.1

[appellante] was tot en met 2004 aangesloten bij de werkgeversorganisatie Transport en Logistiek Nederland (TLN).

1.2

TLN heeft op 20 april 2000 aan haar leden geschreven:

Zoals u ongetwijfeld bekend zal zijn is in de Cao-onderhandelingen voor de CAO 1999 met de vakbonden overeengekomen dat per 1 april 2001 de Vut moet worden omgezet in een vroegpensioenregeling. De bedrijfstak wordt hiertoe min of meer gedwongen door: overheidsmaatregelen, het wegvallen van draagkracht voor het omslagstelsel (de huidige werknemers betalen voor degenen die nu in de Vut zitten) en door de benodigde forse premiestijging van de Vut als deze ongewijzigd zou worden voortgezet.

Het afgelopen jaar hebben TLN, KNV en VVT uitvoerig overleg gevoerd met de vakbonden over het kader van een nieuwe pensioenregeling. Dit kader ziet er op dit moment in grote lijnen als volgt uit: (...)

Het totale premiepercentage voor deze verbeterde pensioenregeling is voor de eerstvolgende jaren, rekening houdend met administratiekosten, vooralsnog geschat op 12,30%. Thans wordt er aan Vut- en pensioenpremie  $\pm 7\%$  (na omrekening franchise) betaald. Het waarmaken van deze overeenkomst zal dus niet gaan zonder financiële gevolgen.

(...)

Daarnaast is het zo dat wil de nieuwe pensioenregeling per 1 april 2001 van start kunnen gaan er thans

haast geboden is. Immers voor een gewijzigde pensioenregeling dient er een nieuwe beschikking te komen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Ingeschat wordt dat het traject voor het verkrijgen van een nieuwe beschikking ongeveer één jaar in beslag neemt. In dat jaar zal ook overleg gevoerd moeten worden met de verzekeringskamer en de fiscus. Verder zal dat jaar benut moeten worden om tot een goede implementatie van de nieuwe regeling te komen.

(...)

### 1.3

Tussen een aantal werkgeversorganisaties, waaronder TLN, en de vakbonden FNV Bondgenoten en CNV BedrijvenBond is op 29 september 2000 overeenstemming bereikt over (onder meer) een vroegpensioenregeling voor de betrokken branche, als vervanging voor de VUT-regeling, die op 1 januari 2002 zou ingaan. De onderhandelingsakkoorden zijn neergelegd in het Protocol Onderhandelingsakkoord van eerstgenoemde datum (verder: het Protocol).

### 1.4

Dit Protocol meldt onder "inleiding" het volgende:

CAO-partijen in het Beroepsgoederenvervoer over de Weg en de Verhuur van Mobiele Kranen, KNV, TLN, VVT, CNV BedrijvenBond en FNV Bondgenoten, hebben in 1999 en 2000 gezamenlijk overleg gevoerd over de ombouw van de huidige VUT-regeling naar een Vroegpensioenregeling. (...)

Aanleiding was enerzijds het Pensioenconvenant afgesloten tussen de overheid en de sociale partners in Nederland. Anderzijds hebben ook CAO-partijen in de sector vastgesteld dat bij ongewijzigd beleid de kosten voor de huidige VUT-regeling tot een onaanvaardbaar niveau zouden stijgen, zonder dat daar gegarandeerde aanspraken tegenover zouden staan.

De ombouw van VUT naar Vroegpensioen en de verbeteringen in het Ouderdomspensioen kosten veel geld. In 2 jaar wordt 6,6% van de loonsom meer aan premie geheven, waarvan het grootste deel in de vorm van een Bedrijfstakheffing door de werkgevers wordt opgebracht. De hogere kosten voor de verbetering van het Ouderdomspensioen worden op basis van 50%-50% door werkgevers en werknemers gedragen. Tevens wordt hieraan bijgedragen door vanuit de reserves van het Bedrijfspensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg (Bpf) jaarlijks een premiekorting toe te kennen. Gelet op de hoge ombouwkosten, blijft de ruimte voor een loonsverbetering beperkt tot 1,5% per 10-04-2001 en 2% per 01-04-2002.

De (nieuwe) Vroegpensioenregeling gaat in op 1 januari 2002. De VUT-regeling wordt nog 5 jaar in iets aangepaste vorm voortgezet. Enerzijds om de overgang van de uittredingsleeftijd VUT op 59 jaar (en bij 40 dienstjaren) in stappen te brengen naar de uittredingsleeftijd Vroegpensioen op 60 jaar. Anderzijds om gedurende die 5 jaar voldoende vermogen op te bouwen in het Vroegpensioenfonds. Om de VUT-regeling af te kunnen financieren, wordt de werkgeverspremie voor de VUT-regeling gedurende 9 maanden fiks verhoogd. Na deze 9 maanden wordt de premie weer verlaagd, om daarna tot 1 april 2006 stabiel te blijven. Na 1 april 2006 vindt er nog nauwelijks instroom plaats in de VUT-regeling en zijn er bijna voldoende reserves opgebouwd om de nakomende verplichtingen te financieren. Na 1 april 2006 zal de premie voor de VUT-regeling in stappen snel dalen. De premie voor de Vroegpensioenregeling wordt dan met dezelfde stappen verhoogd.

(...)

## 1. Vroegpensioen

\* De regeling voor het vroegpensioen gaat in per 1 januari 2002.

De kosten van de vroegpensioenregeling en de overgangsmaatregelen worden gefinancierd door middel van een bedrijfstakheffing, te betalen door de werkgevers over de loonsom van alle werknemers van 16 tot 65 jaar werkzaam in de bedrijfstak. De grondslag voor de bedrijfstakheffing is gelijk aan de premiegrondslag voor de huidige VUT-regeling Beroepsgoederenvervoer, d.w.z. het bruto loon SV met als maximum het tot een jaarloon herleide maximum premiedagloon ingevolge de werkloosheidswet (zonder franchise). In 2000 bedraagt dit maximum hfl 82.940,-. De bedrijfstakheffing bedraagt per 1 januari 2002 2,79% en wordt per 1 april 2002 verhoogd tot 5,58%.

(...)

### **1.3. Vroegpensioen (overgangsmaatregelen)**

\* De vroegpensioen overgangsmaatregelen beogen een aanvulling (backservice) te geven op het vroegpensioen voor die groep van deelnemers die door hun leeftijd op het moment van invoering van de regeling niet in staat zullen zijn een volledig vroegpensioen op te bouwen (aanvulling ter hoogte van de backservice met terugwerkende kracht tot 21 jaar). De backservice wordt toegekend op de vroegpensioendatum.

De vroegpensioen overgangsmaatregelen gelden voor alle werknemers in het Beroepsgoederenvervoer die op 31 maart 2001 en 1 april 2001 in dienst zijn van een bij de Vut-regeling aangesloten werkgever en per 1 januari 2002 gaan deelnemen aan de vroegpensioenregeling en vanaf 1 januari 2002 tot de vroegpensioendatum onafgebroken blijven deelnemen aan de vroegpensioenregeling en op de vroegpensioendatum voldoen aan het 10-dienstjaren criterium. De overgangsmaatregelen gelden niet voor de groep werknemers die in het kader van het overgangsbeleid VUT in beginsel nog gebruik zullen kunnen maken van de VUT-regeling en om die reden geen deelnemer aan de vroegpensioenregeling zijn. (...)

\* Het tekort aan vroegpensioen wordt berekend op basis van dienstjaren, ervan uitgaande dat de werknemer vanaf 21 jaar in dienst is.

(...)

### **1.5**

Het Protocol is niet ingevolge de Wet op de loonvorming als CAO aangemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

### **1.6**

Het prepensioenfonds is opgericht teneinde, overeenkomstig zijn statuten en reglementen, aan de (gewezen) werknemers in de betrokken branche een tijdelijk ouderdomspensioen (prepensioen) toe te kennen. PVF Achmea is aangewezen als uitvoerder.

### **1.7**

Het prepensioenfonds en de onderhandelingspartners bij het Protocol hebben rond 16 november 2001 de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzocht om de deelneming in de vroegpensioenregeling verplicht te stellen voor alle werknemers van 21 tot 60 jaar in de desbetreffende bedrijfstak met toepassing van artikel 2, eerste lid, van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (in het vervolg: Wet Bpf 2000). De Minister voornoemd heeft bij besluit

van 13 februari 2003 de gevraagde verplichtstelling afgegeven en bepaald dat genoemd besluit in werking treedt met ingang van de tweede dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin het besluit is geplaatst, hetgeen neerkomt op 20 februari 2003.

#### 1.8

Door en namens het prepensioenfonds zijn aan [appellante], ook vóór 20 februari 2003, nota's betreffende de te betalen premie verzonden, die [appellante] deels heeft voldaan.

#### 1.9

[appellante] heeft in oktober 2004 het prepensioenfonds verzocht om restitutie van de afgedragen premies over het jaar 2002. Het prepensioenfonds heeft bij brief, gedateerd 26 november 2004, [appellante] gewezen op de consequenties van premierestitutie ("uw werknemers bouwen geen prepensioenaanspraken op over 2002; uw werknemers kunnen op de prepensioendatum niet in aanmerking komen voor de overgangsregeling"). Het prepensioenfonds heeft [appellante] verzocht, mocht zij desondanks de premie gerestitueerd wensen te krijgen, een vrijwaringsverklaring in te vullen. [appellante] heeft een dergelijke vrijwaringsverklaring, gedateerd 27 oktober 2004, aan het prepensioenfonds geretourneerd.

#### 1.10

De uitvoerder van het prepensioenfonds heeft op 19 november 2004 een tweetal correctienota's naar [appellante] verzonden, groot - € 45.604,92 over 2002 en - € 9.493,99 over 2003.

#### 1.11

[appellante] heeft vervolgens op 9 maart 2005 verzocht om rentevergoeding over de gerestitueerde premies.

#### 1.12

Het prepensioenfonds heeft naar aanleiding van het verzoek om rentevergoeding op 12 mei 2005 vastgesteld dat [appellante] op grond van haar lidmaatschap van TLN toch gehouden was om de prepensioenpremie over 2002 en 2003 (gedeeltelijk, tot aan de ingangsdatum van de ministeriële verplichtstelling) te betalen.

#### 1.13

PVF Achmea heeft namens het prepensioenfonds aan [appellante] nota's gezonden, gedateerd 10 juni 2005, tot betaling van € 45.604,92 als premie over 2002 en € 9.493,99 als premie over 2003. [appellante] heeft deze nota's, ook na aanmaning, niet voldaan.

#### 1.14

Bij dwangbevel van 14 november 2005, aan [appellante] betekend op 24 november 2005, heeft het prepensioenfonds bevel gedaan om te betalen aan hoofdsommen € 74.375,34 (onder meer bestaande uit de onder 1.13 genoemde nota's over 2002 en 2003 alsmede een nota betreffende 2005 en een

bedrag aan verhoging), een bedrag aan rente groot € 750,30 berekend tot 14 november 2005 en een rentepost PM voor de periode daarna, alsmede de exploitkosten groot € 82,40.

### 1.15

[appellante] heeft op dit dwangbevel de daarin vermelde premie die betrekking heeft op 2005 betaald.

### 1.16

Dit hof heeft bij arrest van 25 maart 2008 geoordeeld dat het Prepensioenfonds over 2002 en 2003 onbevoegd van het middel dwangbevel gebruikt gemaakt heeft teneinde haar vorderingen te incasseren, het dwangbevel in zoverre buiten effect gesteld en het prepensioenfonds in de kosten van het geding in beide instanties veroordeeld, waaronder een bedrag groot € 6.693,- aan salaris voor de procureur.

*De beslissingen in eerste aanleg en de onderwerpen in geschil*

## 2

Bij dagvaarding 23 december 2008 heeft het prepensioenfonds een verklaring voor recht gevorderd dat [appellante] premie aan haar is verschuldigd over de periode van 1 januari 2002 tot 20 februari 2003 op grond van het Protocol. Zij heeft betaling van een bedrag van € 55.098,91 gevorderd, vermeerderd met de wettelijke rente daarover met ingang van 14 november 2005.

### 2.1

[appellante] heeft de verschuldigdheid van de premies voor de datum van verplichtstelling bestreden en een vordering in (deels voorwaardelijke) reconventie ingesteld, bestaande uit vergoeding van de wettelijke handelsrente over de in rekening gebrachte prepensioenpremies vóór de ingangsdatum van de verplichtstelling - onder de voorwaarde dat de vordering van het prepensioenfonds zou worden afgewezen - en het restant van de werkelijke proceskosten in de procedure betreffende het dwangbevel.

### 2.2

De kantonrechter heeft geoordeeld dat de onderhandelingspartijen aan het Protocol zijn gebonden en dat TLN bevoegd was om haar leden, onder wie [appellante], te binden. De tekst van het Protocol is voldoende duidelijk. De ingangsdatum is 1 januari 2002 en die is niet afhankelijk van verplichtstelling. Hiertegen richt zich grief I.

### 2.3

Volgens de kantonrechter heeft het prepensioenfonds onverschuldigd terugbetaald en moet haar vordering worden begrepen als te zijn gebaseerd op de grondslag onverschuldigde betaling. Hiertegen richten zich de grieven III en IV en V. Het prepensioenfonds heeft op basis van een derdenbeding een zelfstandig vorderingsrecht, waaraan de statuten van het prepensioenfonds niet kunnen afdoen. Dit wordt aangevochten in grief II. [appellante] heeft zich voorts volgens de kantonrechter ten onrechte op verjaring en rechtsverwerking beroepen. De door de kantonrechter gebezigde redenering wordt aangevochten in de grieven VI en VII. De slotsom van de kantonrechter is dat de vordering van het prepensioenfonds toewijsbaar is, inclusief de gevorderde wettelijke rente. Tegen de beslissing over de

rente richt zich grief VIII. De voorwaardelijke renteclaim van [appellante] is afgewezen omdat de voorwaarde waaronder deze is ingesteld, niet is vervuld. [appellante] handhaaft in appel deze renteclaim, zij het dat zij deze vermindert tot de wettelijke rente, door haar thans berekend op € 4.171,73. Dit vormt de inzet van grief X.

## 2.4

De vordering tot integrale vergoeding van de proceskosten in de dwangbevelprocedure heeft de kantonrechter eveneens afgewezen. Volgens de kantonrechter verschilt de dwangbevelprocedure niet noemenswaardig van de gewone dagvaardingsprocedure en is geen sprake van bijzondere omstandigheden als misbruik van procesrecht of onrechtmatige daad. Dit oordeel wordt aangevochten in grief XI, waarbij die vordering wordt vermindert tot € 7.390,59. De resterende grief IX, ten slotte, heeft betrekking op de proceskostenveroordeling in reconventie.

### *De wijzigingen van eis*

## 3

Het pensioenfonds heeft bij de memorie van antwoord betoogd dat het Protocol kwalificeert als CAO ingevolge artikel 1 Wet CAO en dat TLN-leden op basis van dat lidmaatschap aan de CAO zijn gebonden. Hoewel het pensioenfonds dat niet met zoveel woorden heeft gezegd, merkt het hof dit aan als een beroep op de artikelen 9 en 14 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (verder: Wet CAO). Voorts heeft het pensioenfonds zich in appel expliciet op onverschuldigde betaling beroepen. Deze wijzigingen van de grondslag van de eis zijn tijdig gedaan en van andere bezwaren tegen het toestaan van deze wijzigingen als zodanig is het hof niet gebleken, zodat het hof de juistheid van die grondslagen hierna zal beoordelen.

## 3.1

Het hof zal voorts recht doen op de verminderde eis (als hiervoor vermeld onder 2. 3 en 2.4) zijdens [appellante].

### *Is het protocol een CAO*

## 4

Bij akte na pleidooi heeft het pensioenfonds toegegeven dat het Protocol nimmer als CAO is aangemeld. Dit heeft tot gevolg dat de rechtsgevolgen van de Wet CAO niet op het Protocol van toepassing zijn, gelijk de Hoge Raad heeft uitgemaakt in zijn arrest van 13 april 2001, [LJN: AB1056](#) (Duzgun/ Abilis Tesco). Derhalve kan de gebondenheid van [appellante] aan het Protocol niet gebaseerd worden op de artikelen 9 en 14 van de Wet CAO.

Het hof zal dan ook de vordering van het pensioenfonds verder beoordelen op de grondslag onverschuldigde betaling in samenhang met de gestelde binding van [appellante] aan het Protocol op basis van haar lidmaatschap van TLN en/of de statuten van het prepensioenfonds.

### *De beoordeling van de grieven betreffende de oorspronkelijke conventie*

De uitleg van het protocol

## 5



(De uitvoerder van) het prepensioenfonds heeft in 2002 volgens [appellante] alle werkgevers in de bedrijfstak aangeslagen tot betaling, als ware er op dat moment al sprake van een verplichtstelling. Toen rond 2004 in de branche bekend werd dat de grondslag voor de incasso van die premies gebrekkig was, hebben sommige werkgevers de door hen betaalde premies teruggevorderd, waarbij de uitvoerder van het prepensioenfonds blijkens de door [appellante] overgelegde correspondentie geen vragen heeft gesteld over het lidmaatschap van een der werkgeversorganisaties die partij waren bij het Protocol. Die kwestie is eerst in 2005 gaan rijzen, toen [appellante] aanspraak maakte op aanvullende rentebetaling. Daarna heeft het prepensioenfonds de terugbetaling van de premies over de periode tot de ingangsdatum van de verplichtstelling weer ter discussie gesteld. Deze lezing heeft het pensioenfonds op zich niet met kracht van argumenten bestreden.

6

Het pensioenfonds heeft aangevoerd dat zij ten onrechte de door [appellante] vóór de verplichtstelling betaalde premies heeft geretourneerd omdat het prepensioenfonds ten onrechte niet had begrepen dat [appellante] lid was van een van de partijen die het Protocol gesloten hadden. De grieven III tot en met V, waarin [appellante] betoogt dat de kantonrechter ten onrechte het prepensioenfonds de helpende hand heeft toegestoken door de grondslag onverschuldigde betaling in te lezen, kunnen wat daar verder ook van zij - niet tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep leiden, nu het pensioenfonds deze grondslag in appel expliciet heeft overgenomen.

7

De kernvraag waar het in appel om draait is of het Protocol het prepensioenfonds een contractuele grondslag bood om alle bij TLN (en de andere werkgeversverenigingen die partij waren bij het Protocol) aangesloten werkgevers te verplichten tot betaling van premies vanaf 1 januari 2002 aan het prepensioenfonds.

8

Het hof gaat er daarbij - in navolging van de in zoverre niet bestreden oordelen van de kantonrechter - vanuit dat TLN op de voet van artikel 2:46 BW bevoegd was ten laste van haar leden verplichtingen aan te gaan en dat [appellante] in beginsel ook langs die weg gebonden kan zijn.

9

Hoever het Protocol in dezen strekt, is een kwestie van uitleg van de bewoordingen waarin het Protocol is gesteld. Nu noch het prepensioenfonds noch [appellante] rechtstreeks partij waren bij het Protocol, dient het Protocol volgens de regels van de objectieve methode te worden uitgelegd, zoals ook de kantonrechter heeft overwogen. Dit komt erop neer dat de bewoordingen van de tekst, gelezen in het licht van de gehele tekst van het Protocol in beginsel doorslaggevend zijn. Daarbij mag gelet worden op de elders in het Protocol gebruikte formuleringen, de eventuele toelichtingen, en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties leiden.

10

De kantonrechter heeft er bij zijn uitleg de nadruk op gelegd dat het Protocol duidelijk vermeldt dat de nieuwe vroegpensioenregeling ingaat op 1 januari 2002 en niet meldt dat dit afhankelijk is van de

verplichtstelling door de Minister.

[appellante] heeft daar tegenover gesteld dat in de financiering van het Vroegpensioen, zoals in het Protocol omschreven, is voorzien door een bedrijfstakheffing, te betalen door de werkgevers over de loonsom van alle werknemers van 16 tot 65 jaar werkzaam in de bedrijfstak, terwijl de deelnemers worden omschreven als alle werknemers in het beroepsgoederenvervoer vanaf 21 jaar. Volgens het pensioenfonds wordt met een bedrijfstakheffing zowel een heffing na verplichtstelling over de hele bedrijfstak als een heffing over uitsluitend de aangesloten werkgevers en werknemers bedoeld, terwijl de partijen bij het Protocol er niet vanuit konden gaan dat de Minister inderdaad tot verplichtstelling zou overgaan.

11

Het hof oordeelt als volgt. De tekst van het Protocol is niet eenduidig. Aan de ene kant staat er zonder nadere voorwaarden dat de vroegpensioenregeling in zal gaan per 1 januari 2002. Daartegenover staat dat deze regeling zal worden gefinancierd uit een bedrijfstakheffing - en niet uit een heffing uitsluitend onder de aangesloten werkgevers. Een bedrijfstakheffing is een heffing over alle werkgevers die hun bedrijf uitoefenen in de desbetreffende branche. Het hof volgt het pensioenfonds niet in haar stelling dat dit ook op een ander soort heffing kan slaan. Een dergelijke bedrijfstakbrede financiering van het vroegpensioen is wat de partijen bij het Protocol hebben beoogd, doch wat zij niet geheel zelf in eigen hand hadden omdat zij daarvoor de medewerking van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid nodig hadden.

12

De invoering van het vroegpensioen was een voor de werkgevers dure maatregel, omdat gedurende de opbouwfase zowel de Vut-bijdrage nog moest worden betaald (de Vut-cao liep volgens het Protocol nog door tot 31 maart 2006) als een backservice voor de prepensioenregeling moest worden gefinancierd. De te heffen premie voor de backservice is een heffing op basis van de totale loonsom van een bedrijf en is niet bedoeld voor uitsluitend de eigen werknemers van dit bedrijf, maar voor alle werknemers in de bedrijfstak die gekwalificeerd kunnen worden als deelnemers aan de prepensioenregeling: zij die door hun leeftijd op het moment van invoering van de regeling niet in staat zullen zijn een volledig vroegpensioen op te bouwen (aanvulling ter hoogte van de backservice met terugwerkende kracht tot 21 jaar), zie hiervoor onder rechtsoverweging 1.4. Dat de partijen bij het Protocol daadwerkelijk hebben beoogd om voorafgaand aan de verplichtstelling een regeling te treffen voor uitsluitend de partijen bij het Protocol - waarbij de loonkosten voor die partijen zeer sterk zouden stijgen ten opzichte van de niet gebonden werknemers zonder dat die sterke loonkostenstijging daadwerkelijk aan het eigen personeel ten goede zou komen - acht het hof zeer onwaarschijnlijk. Het Protocol bevat daarvoor geen aanwijzingen en het pensioenfonds heeft daarvoor ook geen argumenten naar voren gebracht.

13

Het Protocol geeft geen antwoord op de vraag wat partijen hebben gewild voor het geval geen ministeriële verplichtstelling zou kunnen worden verkregen. Die vraag is evenwel minder relevant, omdat de Minister deze verplichtstelling daadwerkelijk heeft gegeven, ongeveer 15 maanden nadat deze is aangevraagd. Daarbij is het evenwel een probleem dat tussen de totstandkoming van het Protocol op 29 september 2000 en de aanvraag tot verplichtstelling op 16 november 2001 er meer dan dertien maanden zijn verstreken zonder dat er iets wezenlijks is gebeurd. Volgens [appellante] is het Protocol

per ongeluk in een la terecht gekomen, hetgeen het pensioenfonds niet met kracht van argumenten heeft weersproken. Het hof acht het dan ook geen boude veronderstelling dat indien de Protocolpartijen haast hadden gemaakt met de aanvraag van de verplichtstelling (hetgeen althans de kennelijke bedoeling was van TLN voorafgaand aan de sluiting van het Protocol, zoals volgt uit de onder 1. 2 aangehaalde brief), deze rond of hoogstens enige maanden na 1 januari 2002 zou zijn verleend, waarbij het thans voorliggende probleem zich niet zou hebben voorgedaan.

#### 14

[appellante] heeft ook de statuten van het prepensioenfonds, dat is opgericht om het Protocol uit te kunnen voeren en waarvan het bestuur gevormd wordt door de partijen bij het Protocol, bij de uitleg van het Protocol betrokken. Artikel 4 van deze statuten bepaalt:

Het fonds geldt voor de natuurlijke of rechtspersoon die zich in het bedrijf bezighoudt met één of meer activiteiten in het beroepsgoederenvervoer over de weg en/of het kraanverhuurbedrijf dan wel die in het bedrijf in een economische en/of organisatorische eenheid met een verplicht aangesloten werkgever activiteiten uitoefent die verwant zijn aan de hiervoor bedoelde activiteiten.

Artikel 5 omschrijft de aangesloten werkgever als de werkgever die

a. werknemers in dienst heeft, die krachtens artikel 2 van de wet [eerder omschreven als de Wet Bpf 2000, hof] onder de verplichtstelling vallen; of, b. op een daartoe strekkend verzoek ten behoeve van één of meer van zijn werknemers, eventueel onder nader te stellen voorwaarden, door het bestuur als zodanig is aanvaard.

De premiebetaling is vervolgens nader geregeld in artikel 6 van het prepensioenreglement, dat voor de begrippen verwijst naar de statuten. Genoemd artikel 6 verplicht de aangesloten werkgever tot premiebetaling.

#### 15

Uit dit stelsel volgt dat het prepensioenfonds alleen premies moet innen onder de aangesloten werkgevers. De aangesloten werkgevers worden in artikel 5 sub a van de statuten primair gedefinieerd met verwijzing naar de verplichtstelling op basis van de Wet Bpf 2000. In de statuten komt geen bijzondere bepaling voor over leden van de Protocolsluitende partijen. Het hof verwerpt de stelling van het (pre)pensioenfonds (randnummer 3.31 van de conclusie van repliek) dat het Protocol gezien moet worden als een daartoe strekkend verzoek van [appellante] (vertegenwoordigd door TLN) in de zin van artikel 5 onder b van de statuten. Het hof kan in het Protocol niet een verzoek tot aansluiting bij het prepensioenfonds lezen.

#### 16

Het hof is dan ook de mening toegedaan dat [appellante] eerst formeel een aangesloten werkgever in de zin van de statuten van het prepensioenfonds is geworden na de verplichtstelling door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Ook de statuten zijn klaarblijkelijk opgesteld in de veronderstelling dat de invoering van het prepensioen en de verplichtstelling zouden samenvallen.

#### 17

Naar 's hofs oordeel bevatten Protocol en de statuten van het prepensioenfonds, die in zekere zin een uitvoeringsregeling van het Protocol vormen, een geen regeling voor de situatie waarin de

verplichtstelling niet samenvalt met de inwerkingtreding van de prepensioenregeling. Evenmin is gebleken dat de Protocolsluitende partijen, al dan niet samen met het Prepensioenfonds, nader overleg hebben gevoerd toen de de inwerkingtredingsdatum was verstreken en de verplichtstelling nog niet was geregeld. Het hof dient deze niet geregelde situatie in te vullen met behulp van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het hof is van oordeel dat in deze situatie het risico dat de inwerkingtreding van de prepensioenregeling en de ministeriële verplichtstelling niet in tijd samenvallen, bij de protocolsluitende partijen dient te berusten en niet bij het (pre)pensioenfonds, dat als derde zelf niets van doen heeft met de ontstane onduidelijkheid. Derhalve volgt het hof de uitleg van het pensioenfonds dat de werkgevers die aangesloten waren bij de protocolsluitende partijen vanaf 1 januari 2002 premieplichtig waren voor het vroegpensioen. Aangezien [appellante] lid was van een protocolsluitende partij die haar in dezen kon binden, valt ook zij binnen deze groep.

**18**

Ook de statuten van het prepensioenfonds moeten in deze zin worden uitgelegd. Artikel 3.2 van de statuten, onder c, bepaalt dat het fonds haar doel mag bereiken met "andere wettige middelen, die tot het bereiken van het doel bevorderlijk kunnen zijn". Daaronder valt naar 's hofs oordeel onder deze omstandigheden ook het innen van premies van de door het Protocol gebonden werkgevers in de periode voor de ministeriële verplichtstelling. Het hof verwerpt dan ook het standpunt van [appellante] dat het prepensioenfonds in strijd met zijn statuten heeft gehandeld bij het opleggen van de in geding zijnde premienota's.

**19**

Uit het voorgaande volgt dat de grieven I en II geen doel treffen.

*Verjaring, rechtsverwerking en afstand van recht*

**20**

[appellante] heeft zich voorts op verjaring beroepen. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de vordering is gebaseerd op onverschuldigde betaling, namelijk de terugbetaling van de premies op 19 november 2004.

De toepasselijke verjaringstermijn bij onverschuldigde betaling is ingevolge artikel 3:309BW5 jaar. Deze termijn vangt aan op de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger bekend is geworden, en in ieder geval twintig jaar nadat de vordering is ontstaan. Ook als met de kantonrechter mag worden aangenomen dat het prepensioenfonds op het moment van terugbetaling al had moeten inzien dat dit onverschuldigd gebeurde en de termijn daarmee aanvangt op 20 november 2004, heeft het pensioenfonds zijn vordering tijdig ingesteld, aangezien de inleidende dagvaarding op 23 december 2008 is uitgebracht, derhalve ruim binnen de vijfjaarstermijn.

Het hof verwerpt dan ook het beroep op verjaring.

**21**

Grief VI mist doel.

**22**

Het hof volgt [appellante] niet in haar stelling dat het prepensioenfonds afstand van haar recht gedaan heeft. Het prepensioenfonds heeft op verzoek van [appellante] de premie gerestitueerd, waarbij het prepensioenfonds in de veronderstelling verkeerde dat [appellante] gerechtigd was om een restitutieverzoek te doen. De terugbetaling als zodanig kan niet worden aangemerkt als afstand van recht om op het, op die veronderstelling gebaseerde, standpunt terug te komen, nog daargelaten dat het prepensioenfonds op dat moment feitelijk niet wist dat [appellante] lid van een der protocolsluitende partijen was.

## 23

Grief VII keert zich voorts tegen de verwerping van het beroep op rechtsverwerking. De grief is in zoverre terecht voorgedragen dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat [appellante] bij het vragen van restitutie de (onjuiste) mededeling heeft gedaan dat zij geen lid was van TLN en dat daarop reeds het beroep op rechtsverwerking afstuit. Een dergelijke mededeling heeft [appellante] niet gedaan en in hoger beroep neemt het prepensioenfonds deze stelling ook niet meer in.

## 24

[appellante] motiveert haar beroep op rechtsverwerking onder verwijzing naar de briefwisseling vermeld onder 1.9, de door [appellante] op verzoek van het prepensioenfonds afgegeven vrijwaringsverklaring betreffende pensioenaanspraken over 2002 en de brief die het prepensioenfonds op 31 juli 2006 aan de werknemers van [appellante] heeft gezonden waarin aan dezen is gemeld dat zij over de periode van 1 januari 2002 tot 19 februari 2003 geen prepensioen hebben opgebouwd (productie 5 bij de conclusie van antwoord).

## 25

Tussen 19 november 2004 en de ontvangst van de brief van 12 mei 2005 (zie r.o. 1.12) heeft [appellante] in de veronderstelling verkeerd dat zij recht had op teruggaaf van premie. Het standpunt van het pensioenfonds dat [appellante] zelf had moeten begrijpen dat zij nooit voor premierestitutie in aanmerking had kunnen komen, verwerpt het hof, gelet op het hiervoor overwogene met betrekking tot de uitleg van het Protocol. Gelet op de onduidelijkheden die aan dit Protocol kleefden, valt [appellante] op dit punt geen verwijt te maken. Het prepensioenfonds heeft er niet voor gekozen om aan die werkgevers die om restitutie vroegen, de vraag voor te leggen of zij partij waren bij TLN of een andere protocolsluitende partij.

## 26

Behalve op de omstandigheid dat [appellante] ruim zes maanden in de veronderstelling verkeerde dat zij terecht haar premie gerestitueerd had gekregen, heeft [appellante] erop gewezen dat zij in ruil voor de restitutie de vrijwaringverklaring heeft afgegeven, waarop zij niet terug kan komen.

## 27

De vraag is of deze omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, maken dat [appellante] in een zodanig nadelige positie is komen te verkeren dat het prepensioenfonds niet meer op haar aanvankelijke standpunt terug mocht komen. Het hof is van oordeel dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. De periode van ruim zes maanden van betrekkelijke inactiviteit van het

prepensioenfonds heeft [appellante] niet in een nadeliger positie gebracht. Uit de akte van 11 augustus 2011 zijdens het prepensioenfonds leidt het hof af dat de betrokken werknemers waarop de vrijwaringsverklaring betrekking had alsnog met terugwerkende kracht tot 1 januari 2002 in het prepensioenfonds zullen worden opgenomen en dat zonodig aanvullende uitkeringen aan de rechthebbenden zullen worden verstrekt. Dat [appellante] als gevolg van de vrijwaringsverklaring door haar werknemers is aangesproken en deze schadeloos heeft moeten stellen, is gesteld noch gebleken.

**28**

Mitsdien is niet gebleken dat [appellante] ten gevolge van de vrijwaringsverklaring in een nadeliger positie is komen te verkeren, zodat alleen de periode van ruim een half jaar stilzitten resteert. Dat is naar vaste jurisprudentie onvoldoende voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking.

**29**

Mitsdien treft grief VII per saldo geen doel.

*De rente en proceskosten*

**30**

De kantonrechter heeft de wettelijke rente toegewezen met ingang van 14 november 2005. Tegen deze overweging richt zich grief VIII, zij het tevergeefs. Bij een vordering uit onverschuldigde betaling is wettelijke rente verschuldigd vanaf het moment dat de schuldenaar in verzuim is. [appellante] heeft niet met kracht van argumenten bestreden dat zij op 14 november 2005 in verzuim verkeerde. Uit het overgelegde dossier (productie 21 bij de conclusie van antwoord in oppositie) blijkt dat [appellante] tot 24 juni 2005 de gelegenheid had gekregen te betalen.

**31**

Grief VIII faalt.

**32**

Grief IX deelt dit lot, aangezien, nu de vorige grieven geen van alle doel hebben getroffen, de beslissingen van de kantonrechter in de oorspronkelijke conventie in stand blijven, zodat [appellante] terecht is aangemerkt als de in het ongelijk te stellen partij.

*Ten aanzien van de oorspronkelijke vordering in reconventie*

**33**

Nu het hof de vordering van het pensioenfonds toewijsbaar acht, is de voorwaarde waaronder de oorspronkelijke voorwaardelijke reconventionele vordering is ingesteld, niet in vervulling gegaan, zodat grief X verder onbesproken kan blijven.

**34**

Ten aanzien van de onvoorwaardelijke vordering in reconventie oordeelt het hof dat de kantonrechter terecht heeft geoordeeld dat niet is gebleken dat het prepensioenfonds het middel van een dwangbevel

bewust heeft ingezet buiten de haar door de wet toegekende mogelijkheden. De beslissing van het prepensioenfonds om aanvankelijk haar gepretendeerde vordering te incasseren door een dwangbevel in plaats van door het uitbrengen van een dagvaarding, berust naar 's hofs oordeel op een vergissing ten aanzien van de omvang van haar bevoegdheden. Het hof overweegt dat de keuze voor deze onjuiste rechtsingang weliswaar ongelukkig is en in technische zin fout is, maar dat niet gebleken is dat het prepensioenfonds zich bij het uitvaardigen van het dwangbevel van deze fout bewust was. Het hof acht dan ook geen termen aanwezig om het pensioenfonds te veroordelen tot betaling van alle door [appellante] gemaakte buitengerechtelijke kosten, zoals [appellante] heeft bepleit.

**35**

Voor zover [appellante] thans een hogere vergoeding wenst voor de door haar in die procedure gemaakte proceskosten, stuit dit af op het inmiddels onherroepelijk geworden oordeel van het hof in het arrest van 25 maart 2008, waarbij het hof die vergoeding heeft bepaald op de aldaar genoemde bedragen van € 1.800,- in eerste aanleg en € 4.893,- in appel, tegen welke beslissingen [appellante] geen rechtsmiddel heeft aangewend.

**36**

Grief XI faalt in al haar onderdelen.

*De slotsom*

**37**

Het hof zal het vonnis bekrachtigen en [appellante] als de overwegend in het ongelijk te stellen partij in de kosten van de procedure veroordelen. Daarbij zal het hof geen punten toekennen voor de nadere akte van het pensioenfonds van 2 augustus 2011 nu deze het gevolg is van haar in dezen minder gelukkige wijze van procederen. Mitsdien zal het hof het salaris van de advocaat vaststellen op 3 punten naar tarief IV.

## **De beslissing**

Het gerechtshof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot die aan de zijde van het pensioenfonds tot aan deze uitspraak op € 263,- aan verschotten en € 4.893,- aan geliquideerd salaris voor de advocaat en verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## **Noot**

**Auteur:** Mr. W.P.M. Thijssen

In deze aantekening ga ik achtereenvolgens in op de interimperiode (a), vrijwaring (b), afstand van recht (c), verjaring (d), rechtsverwerking (e) en besluit ik met enkele kanttekeningen over het solidariteitsvraagstuk (f). Procesrechtelijke aspecten laat ik buiten beschouwing.

## a. Interimperiode

In deze procedure ging het om de vraag of een werkgever die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds viel gedurende de periode gelegen tussen de beoogde datum van inwerkingtreding van het verplichtstellingsbesluit en de datum waarop dit verplichtstellingsbesluit daadwerkelijk in werking trad door het bedrijfstakpensioenfonds tot premieafdracht kon worden verplicht. In geval van verplichtstelling volgt de verplichting tot premieafdracht uit art. 4 Wet Bpf 2000 (Langemeijer 2012, T&C Pensioenrecht, art. 4 Wet Bpf 2000, aant. 1 onder e). Hier betrof het een periode gelegen vóór de inwerkingtreding van het verplichtstellingsbesluit. De werkgever die niet tot premieafdracht wenste over te gaan over die periode was lid van een werkgeversvereniging. Die werkgeversvereniging was met de relevante werknemersvakverenigingen in een protocol overeengekomen dat zou worden gestreefd naar verplichtstelling per 1 januari 2002. Uiteindelijk ging de verplichtstelling pas op 20 februari 2003 in (zie r.o. 1.7 van het arrest). De periode van 1 januari 2002 tot 20 februari 2003 duid ik hierna aan als de interimperiode. Uit r.o. 15 en r.o. 16 blijkt dat het Hof oordeelde dat van een verplichting tot premieafdracht op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 pas sprake was vanaf 20 februari 2003 omdat de verplichtstelling pas vanaf die datum ging gelden. Vervolgens diende het Hof de vraag te beantwoorden of het bedrijfstakpensioenfonds een vorderingsrecht tot inning van premie ontleende aan het protocol over de interimperiode. Relevante overweging in dit verband is r.o. 17 van het arrest. Het Hof oordeelde dat het protocol en de statuten van het bedrijfstakpensioenfonds geen regeling kenden in verband met een interimperiode (ik veronderstel dat in de tweede regel van r.o. 17 het woordje 'een' na 'vormen', dient te worden geschrapt). Gezien het ontbreken van een regeling, diende aan de hand van de redelijkheid en billijkheid te worden beoordeeld of aan het bedrijfstakpensioenfonds een vordering tot premie-inning toekwam. Vanuit rechtstheoretisch oogpunt is dan interessant de vraag of dit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW betrof, of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW. Gaat het Hof ervan uit dat met het oog op de interimperiode geen regeling is getroffen en dat daarom een oplossing moet worden gezocht door toepassing van art. 6:2 lid 1 BW? Of ging het Hof ervan uit dat een leemte in het protocol diende te worden aangevuld op de voet van art. 6:248 lid 1 BW? Die laatste oplossing stuit op het probleem dat het bedrijfstakpensioenfonds geen partij was bij het protocol en daarom eerst 'de hobbel' dient te worden genomen dat het bedrijfstakpensioenfonds zich op een derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 BW uit hoofde van het protocol zou kunnen beroepen. Een vordering tot premiebetaling in te stellen door een bedrijfstakpensioenfonds op grond van een cao is mogelijk (HR 13 september 2002, *PJ* 2002/98), maar het protocol kwalificeerde niet als zodanig. Dat derdenbeding zou dan moeten worden aangevuld op de voet van art. 6:248 lid 1 BW. De Kantonrechter had geoordeeld dat het bedrijfstakpensioenfonds een vorderingsrecht uit hoofde van het protocol toekwam op basis van een derdenbeding (zie r.o. 2.3 en zie uiteraard ook de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle-Lelystad 27 oktober 2009, *PJ* 2009/194). Gezien de overwegingen van het Hof in r.o. 17 lijkt het er op dat het Hof op de voet van art. 6:248 lid 1 BW het protocol heeft aangevuld en er daarom impliciet van is uitgegaan dat het bedrijfstakpensioenfonds een zelfstandig vorderingsrecht aan het protocol ontleende op grond van een daarin vervat derdenbeding. Het Hof oordeelde immers dat het risico dat het verplichtstellingsbesluit later in werking zou treden dan beoogd volgens het protocol bij de protocolsluitende partijen rustte en niet bij het bedrijfstakpensioenfonds omdat het bedrijfstakpensioenfonds op die omstandigheid (het toch wel aan de late kant indienen van het verplichtstellingsverzoek, zie r.o. 1.7 van het arrest) geen invloed kon uitoefenen. Omdat de statuten



van het bedrijfstakpensioenfonds niet beletten dat over de interimperiode tot aansluiting van de werkgever zou worden overgegaan (aldus r.o. 18) en gezien het voorgaande oordeelde het Hof dat de werkgever tot premieafdracht gedurende de interimperiode verplicht was op grond van het protocol. Het betreft dan feitelijk een vrijwillige aansluiting op grond van het protocol. Deze was volgens de statuten van het bedrijfstakpensioenfonds ook mogelijk (zie r.o. 18). Onder het regiem van het sedert 1 januari 2007 geldende art. 121 Pensioenwet zou moeten worden getoetst of aan de voorwaarden voor vrijwillige aansluiting in dat artikel genoemd zou zijn voldaan. De vraag rijst of deze uitkomst zich verdraagt met HR 1 februari 1952, *NJ* 1952/130. In die uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat de bepaling in een verplichtstellingsbesluit dat slechts dan vrijstelling van verplichte deelneming op grond van 'eigen regeling' kon worden verkregen, indien die eigen regeling langer bestond dan de termijn die volgens de daarvoor geldende wettelijke regeling van thans art. 2 Vrijstelling- en Boetebesluit Wet Bpf 2000 rechtsgeldig was. De Hoge Raad oordeelde dat dit niet het geval was omdat geen verplichte aansluiting kan worden bewerkstelligd over perioden waarin een dwingendrechtelijk recht op vrijstelling van verplichte deelneming bestaat. Hoewel ik denk dat het gezien de duidelijke uitspraak van de Hoge Raad uit 1952 niet mogelijk is een werkgever tegen diens wil tot premieafdracht te dwingen over perioden waarin geen verplichtstelling geldt, denk ik dat de vergelijking met de uitspraak uit 1952 mank gaat omdat de werkgever in de door het Hof berechte situatie geacht werd op grond van het protocol vanaf 2000 premie te hebben willen afdragen aan een verplicht te stellen bedrijfstakpensioenfonds. Kennelijk achtte het Hof het niet gerechtvaardigd dat de werknemers van de werkgever de dupe zouden worden van vertraagde uitvoering van het protocol door de betrokken werkgeversorganisatie en werknemersvakverenigingen. In dit verband wijs ik nog op CBB 16 december 2004, *PJ* 2007/1997. In de situatie die daar door het College van Beroep werd berecht was sprake van verplichte premieafdracht aan een bedrijfstakpensioenfonds voor werkgevers die bij een bepaald bedrijfschap waren ingeschreven. Het College oordeelde in die zaak dat de verplichte premieafdracht niet gold vanaf het moment dat een werkgever daadwerkelijk bij het bedrijfschap was ingeschreven, maar vanaf de datum waarop de werkgever zich had moeten inschrijven (vertraagde inschrijving werd niet beloond met het bevrijd zijn van de verplichting tot premieafdracht). Dit is min of meer een tegengestelde situatie omdat het aan de werkgever zelf te wijten was dat niet werd voldaan aan de voorwaarden tot verplichte premieafdracht terwijl het in de door het Hof berechte situatie ging om omstandigheden die niet aan de individuele werkgever te wijten waren. Het College ging kennelijk uit van het adagium dat een beroep op de eigen kwader trouw niet mag worden beloond ("*Nemo auditur suam turpitudinem allegans*"; vgl. W.G. Huijgen, *Burgerlijk recht in 25 adagia*, Deventer: Kluwer, 1996, p. 11). De werkgever in de situatie die door het Hof werd berecht was, naar ik aanneem, niet te kwader trouw zoals naar mijn mening trouwens blijkt uit het gebruik van het woord 'risico' in r.o. 17 van het arrest. Vermeldenswaard is ook Hof Arnhem 25 maart 2008, *PJ* 2010/66, alleen al omdat het in die zaak hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds betrof als in deze zaak. In de zaak uit 2008 had het bedrijfstakpensioenfonds gepoogd op grond van een dwangbevel premie te innen over een periode vóór de verplichtstelling. Die vlieger ging niet op: het Hof Arnhem oordeelde onomwonden dat op basis van een dwangbevel uitsluitend premie kan worden geïnd over perioden gedurende welke de verplichtstelling geldt (vgl. de hiervoor aangehaalde uitspraak uit 1952). Het Hof overwoog in het arrest van 30 oktober 2012 (r.o. 34) dat het bedrijfstakpensioenfonds zich kennelijk had vergist waar het betrof het innen van premie over de interimperiode op basis van een dwangbevel. Het feit dat hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds dit in de zaak uit 2008 ook had gedaan, maakt dat ik daarover voorzichtig twijfel uit. Wat verplichte premieafdracht over de interimperiode betreft wijs ik ook nog op art. 4.3 onder 4 (CAO-bepalingen over pensioenen) van het Toetsingskader

Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen waarin is bepaald dat bepalingen in een cao met betrekking tot pensioenen niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard. Ratio van die regeling is dat voor het creëren van verplichte pensioenregelingen niet de weg van algemeen verbindendverklaring van cao's dient te worden gevolgd, maar de weg van verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds om oneigenlijke 'verplichtstelling' te voorkomen. Het protocol kon niet als cao worden gekwalificeerd (zie r.o. 1.5). Desondanks leidde het protocol tot verplichte premieafdracht. Dit valt alleen te rijmen door aan te nemen dat de werkgever gezien zijn lidmaatschap van de werkgeversvereniging die het protocol sloot contractueel tot premieafdracht verplicht was, ook al was dit feitelijk tegen zijn zin. Ik concludeer dat het oordeel van het Hof past binnen het (systeem van het) algemeen vermogensrecht en het pensioenrecht, ook al was van werkelijke 'wilsovereenstemming' geen sprake. Ik wijs in dit verband tot slot nog op Rechtbank Utrecht 18 mei 2011, *PJ 2012/120*, r.o. 4.12 en punt 5 van mijn annotatie bij die uitspraak in dit tijdschrift. Deze uitspraak betrof eveneens het al dan niet bestaan van een derdenbeding in pensioenverhoudingen, zij het dat het daar om een bij een verzekeraar als pensioenuitvoerder ondergebrachte regeling ging.

## b. Vrijwaring

Uit r.o. 1.9 van het arrest van het Hof blijkt dat de werkgever de premie over de interimperiode aanvankelijk had betaald, maar later had teruggevorderd en dat deze door het bedrijfstakpensioenfonds ook werd terugbetaald. In verband daarmee tekende de werkgever een vrijwaringsverklaring die kennelijk inhield dat indien het bedrijfstakpensioenfonds tot uitkering van pensioen aan gewezen werknemers van de werkgever zou worden verplicht, het pensioenfonds verhaal zou kunnen zoeken op de werkgever. Dit is een constructie die ik van tijd tot tijd in de praktijk zie opdoemen waar twijfel bestaat over de verplichting tot premieafdracht aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Ik vraag mij af of een dergelijke regeling gedekt door vrijwaring wel rechtsgeldig is. Indien een werkgever onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, is hij immers verplicht tot premieafdracht op grond van art. 4 Wet Bpf 2000. Indien daarover twijfel bestaat, kan beter het oordeel van de rechter worden gevraagd dan de vrijwaringsconstructie worden gevolgd. Indien achteraf komt vast te staan dat de gewezen werknemers van een werkgever recht op pensioen aan het bedrijfstakpensioenfonds ontlenen omdat de werkgever onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, maar de werkgever achteraf niet meer tot premiebetaling uit hoofde van de vrijwaring in staat is, lopen de andere werkgevers die verplicht bij het bedrijfstakpensioenfonds zijn aangesloten het insolventierisico van de werkgever die de vrijwaringsverklaring had afgegeven. Dat lijkt mij een te ver doorgetrokken solidariteit in de bedrijfstak. De regeling met betrekking tot vrijwaring staat in mijn ogen ook haaks op art. 23 Pensioenwet waarin de zogenoemde onderbrengingsplicht is geregeld en art. 24 Pensioenwet waarin de verplichting tot premieafdracht aan de pensioenuitvoerder is geregeld. Het doel van destijds de Pensioen- en spaarfondsenwet (deels in 1952, deels in 1953 in werking getreden) en thans de Pensioenwet (behoudens uitzonderingen op grond van overgangsrecht in werking getreden met ingang van 2007) is immers dat toegekende c.q. toe te kennen pensioenaanspraken gedurende de verwervingsfase worden gewaarborgd door middel van premiebetaling. Zie ook art. 7a Pensioen- en spaarfondsenwet, in werking getreden met ingang van 1 januari 2000, opgevolgd door art. 17 Pensioenwet dat voorschrijft dat de verwerving van pensioenaanspraken evenredig in de tijd dient te worden gerealiseerd, maar dat tevens inhoudt dat de financiering de verwerving dient bij te houden (vgl. *Wirschell 2012, T&C Pensioenrecht*, art. 17 Pensioenwet, aant. 2). De vrijwaringsconstructie leidt immers feitelijk tot verboden uitstelfinanciering

indien achteraf komt vast te staan dat sprake is van verplichte deelneming over verstreken diensttijd.

### c. Afstand van vorderingsrecht

In r.o. 22 verwierp het Hof de stelling dat het bedrijfstakpensioenfonds afstand van het recht tot premie-inning over de interimperiode zou hebben gedaan door deze premie te restitueren (in ruil voor de vrijwaring). Dat oordeel lijkt mij uitsluitend juist indien het bedrijfstakpensioenfonds in het licht van art. 3:35 BW (de vertrouwensleer) voldoende duidelijk heeft gemaakt aan de werkgever dat het bedrijfspensioenfonds zich het recht voorbehield om alsnog tot premie-inning over te gaan. Uit het feit dat het bedrijfstakpensioenfonds met de vrijwaring genoegen nam, zou de werkgever immers hebben kunnen afleiden dat het bedrijfstakpensioenfonds er voor koos in het midden te laten of de werkgever tot premieafdracht verplicht was totdat uit een rechterlijk oordeel in een door een (gewezen) 'deelnemer' aan te spannen procedure tot het verkrijgen van pensioenaanspraken zou blijken dat het bedrijfstakpensioenfonds verplicht was tot toekenning van pensioenaanspraken over de interimperiode. Vanuit die optiek bezien acht ik verdedigbaar dat de werkgever niet meer op een vordering tot premie-inning hoefde te rekenen daar in de overeenkomst die strekte tot het afgeven van de vrijwaring een overeenkomst van afstand van recht als bedoeld in art. 6:160 BW zou kunnen worden gelezen. Overigens lijkt mij dat een bedrijfstakpensioenfonds niet in het midden mag laten of een werkgever wel of niet tot aansluiting en daarmee tot premieafdracht verplicht is. Hoewel de werkgever normadressaat is ten aanzien van de verplichting tot premiebetaling, lijkt mij dat het bedrijfstakpensioenfonds ten opzichte van de overige aangeslotenen verplicht is tot aansluiting en premie-inning over te gaan, daar de werknemers van een niet aangesloten werkgever die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt recht hebben op pensioen ('verzekering van rechtswege'; zie HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39 en vgl. Langemeijer 2012, *T&C Pensioenrecht*, art. 4 Wet Bpf 2000, aant. 1e).

### d. Verjaring van vorderingsrecht

R.o. 20 met betrekking tot verjaring lijkt mij juist. Ik wijs in dit verband op Rechtbank Den Haag 24 oktober 2007, *PJ* 2011/47 gewezen in verband met de vordering van een werkgever die inhield dat de premie aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds onverschuldigd was betaald. Het argument daarvoor was dat de werkgever aanvocht onder werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds te vallen, maar om praktische redenen besloot desondanks de gevorderde premie te betalen. De rechtbank oordeelde dat een dergelijke vordering kan verjaren op de voet van art. 3:309 BW. In de door de rechtbank beoordeelde zaak was de vordering overigens niet verjaard. In de zaak die door het Hof werd berecht is sprake van de omgekeerde situatie, te weten de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds premie waarvan het stelt dat deze onverschuldigd is gerestitueerd terugvordert van de werkgever. Wat de toepassing van art. 3:309 BW betreft maakt dit echter niet uit.

### e. Rechtsverwerking

In het oordeel van het Hof met betrekking tot rechtsverwerking in r.o. 23 tot en met r.o. 28 mis ik argumentatie dat rechtsverwerking ten aanzien van vorderingen die zijn gebaseerd op wettelijke verplichtingen wellicht niet mogelijk is. In dit verband wijs ik op Rechtbank Middelburg 27 maart 1963, *NJ* 1963/407 waarin aldus werd geoordeeld ten aanzien van de wettelijke verplichting tot premieafdracht aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.

## f. Solidariteitsvraagstuk

Vanuit het oogpunt in hoeverre pensioenen zouden moeten worden gewaarborgd en het solidariteitsvraagstuk is deze uitspraak ook interessant. Ik wijs op r.o. 1.3 waaruit blijkt dat de overgang van de op omslagfinanciering gebaseerde VUT-regeling naar de vroegpensioenregeling tot backservicelasten leidde met terugwerkende kracht van 21 jaar. Deze backservice werd overigens blijkens r.o. 1.3 uitsluitend toegekend indien een werknemer tot zijn vroegpensioendatum in dienst zou blijven. De vraag rijst of die (kostenbesparende) beperkende voorwaarde rechtsgeldig is in het licht van HR 27 februari 1998, *PJ* 1998/20 inzake Johnson Wax en Hof Amsterdam 5 juli 2011, *PJ* 2012/177 inzake Philips. In die zaken werd de voorwaarde die inhield dat een pensioen uitsluitend werd toegekend indien de werknemer tot de pensioendatum in dienst zou blijven niet rechtsgeldig geoordeeld in het licht van thans art. 55 Pensioenwet. In situaties als hier aan de orde zijn wordt enorme intergenerationele solidariteit gevergd van jongeren met ouderen. Het zijn immers met name de jongeren die de backservicelasten (indirect) moeten opbrengen. Deze solidariteit stuitte in de tijd waarin op grote schaal VUT-regelingen werden omgezet in regelingen voor vervroegde pensionering al op bezwaren waardoor onderhandelingen over het omzetten van VUT-regelingen in vroegpensioenregelingen met toekenning van backservice moeizaam pleegden te verlopen. De problematiek speelde ook al bij de invoering van de AOW waar personen die gedurende jaren vóór inwerkingtreding van de AOW ingezetene waren geweest alsnog volledige AOW-rechten kregen. De toekenning van die 'backservice' was echter mogelijk omdat voor de AOW nu juist werd gekozen voor omslagfinanciering. Destijds werd overigens al voorzien dat het systeem op termijn onhoudbaar zou zijn zoals momenteel blijkt uit het verhogen van de AOW-leeftijd. Ook binnen tweede pijler pensioenregelingen is de discussie rond intergenerationele solidariteit opnieuw actueel gezien het feit dat jongeren zich serieus afvragen of hun pensioenrechten binnen de huidige pensioencontracten nog wel zijn gewaarborgd indien de pensioenrechten van ouderen onvoorwaardelijk worden gehandhaafd. In dit verband zou zelfs kunnen worden gesteld dat art. 20 Pensioenwet (het verbod op aantasten van verworven rechten bij wijziging van de pensioenovereenkomst) de facto ringfencing betekent en leidt tot uitholling van de pensioenen van jongeren omdat regelingsversoberingen uitsluitend voor toekomstige pensioenverwerving kunnen gelden (aldus A. Holdinga, *Belemmeringen van de solidariteit in de Pensioenwet nader bekeken*, scriptie VU in het kader van de CPL-opleiding, 2012, p. 13, zich kennelijk baserend op het Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag, mei 2011, p. 18-20 en p. 30). Het voert uiteraard te ver om in het kader van deze annotatie verder op deze hoogst interessante waarborgingsproblematiek nader in te gaan. Maar ik sluit niet uit dat dergelijke overwegingen een rol hebben gespeeld bij het aangaan van het protocol dat in de door het Hof berechte zaak gedurende de interimperiode gold (vgl. r.o. 1.4). Tot welke mijmeringen één arrest van het Hof Arnhem wel niet aanleiding geeft!