

ECLI:NL:GHARN:2012:BY1546

Instantie
Gerechtshof Arnhem

Datum uitspraak
30-10-2012
Datum publicatie
30-10-2012
Zaaknummer
200.060.774/01

Rechtsgebieden
Civiel recht
Bijzondere kenmerken
Hoger beroep
Inhoudsindicatie
Verschuldigdheid premie van prepensioen zonder verplichtstelling? Uitleg protocol.

Vindplaatsen
Rechtspraak.nl
JAR 2012, 309
PJ 2013, 1 met annotatie door W.P.M. Thijssen

Uitspraak

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.

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 tussenvonnis 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 ± 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 verschuldigheid 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 verminderd 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 3:309BW 5 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 buitengerechterlijke 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.

Aldus gewezen door mrs. J.H. Kuiper, voorzitter, M.E.L. Fikkers en M.J. van Lee en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof van dinsdag 30 oktober 2012 in bijzijn van de griffier.