

## VU Research Portal

### Case note *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 19-01-2021 Wet Bpf 2000 geen bijzonder recht als bedoeld in Rome I*

Eleveld, Anja

2021

#### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### **citation for published version (APA)**

Eleveld, A., (2021). *Case note Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 19-01-2021 Wet Bpf 2000 geen bijzonder recht als bedoeld in Rome I*, No. 2021/47, No. ECLI:NL:GHARL:2021:472, Jan 19, 2021. (JAR).

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## 47

**Wet Bpf 2000 geen bijzonder dwingend recht als bedoeld in Rome I**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem  
19 januari 2021, nr. 200.272.538,  
ECLI:NL:GHARL:2021:472  
(mr. Hillen, mr. Fikkers, mr. De Vries)  
Noot mr. dr. A. Eleveid

**Duitse vrachtwagenchauffeurs. Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfond. Rechtskeuze. Gewoonlijk werkland. Territoriale reikwijdte Wet Bpf 2000.**

[Rome I art. 8, 9]

*De in Nederland gevestigde werkgever heeft tien werknemers in dienst met de Duitse nationaliteit en woonplaats in Duitsland. De werknemers werken het grootste deel van hun arbeidstijd in Duitsland en ontvangen aldaar hun werkinstructies. Deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds Pensioenfond Vervoer is verplicht voor werknemers die in dienst zijn van een in Nederland gevestigde onderneming in het beroepsvervoer over de weg. In geschil is of de tien werknemers ook verplicht zijn tot deelneming in het pensioenfonds. De arbeidsovereenkomsten tussen de werkgever en de Duitse chauffeurs bevatten een rechtskeuze voor Nederlands recht. Die rechtskeuze ziet volgens de werkgever echter niet op pensioenregelingen, want de werknemers nemen deel in een Duitse pensioenverzekering. Het pensioenfonds vordert een verklaring voor recht inhoudende dat (1) de verplichtstelling van deelneming aan het pensioenfonds van bijzonder dwingend recht is ex art. 9 Rome I en (2) dat Nederlands recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst op grond van art. 8 Rome I waardoor de werknemers ook via deze route onder de verplichtstelling vallen.*

*Door prorogatie beslist het hof dat gegeven de rechtskeuze de Duitse werknemers verplicht zijn tot deelneming in het pensioenfonds. Anders dan door de werkgever bepleit, houdt art. 8 lid 1 Rome I niet in dat werknemers worden 'bescherm'd' tegen een bovenmatig pensioen als gevolg van*

*dubbele pensioenafspraken. Ook is de Wet Bpf 2000 niet territoriaal beperkt tot werknemers die gewoonlijk in Nederland werkzaam zijn. Als de rechtskeuze zou ontbreken, geldt voor vijf werknemers dat zij een relevant deel van hun werkzaamheden in Nederland verrichten. Het feit dat deze werknemers in Duitsland wonen, het vervoer hoofdzakelijk daar plaatsvindt, zij in Duitsland hun instructies krijgen en hun werk aldaar organiseren, weegt onvoldoende zwaar. Voor de andere chauffeurs geldt geen verplichting tot deelneming bij gebreke van een rechtskeuze voor Nederlands recht, omdat zij geacht worden gewoonlijk vanuit Duitsland te werken. Het hof acht de bepalingen van de Wet Bpf 2000 niet van bijzonder dwingend recht zoals bedoeld in art. 9 Rome I.*

*NB. In «JAR» 2019/157, m.nt. Van Schadewijk, en «JAR» 2017/6, m.nt. De Graaf, werd geoordeeld dat de verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds wel van dwingend recht was in de zin van art. 9 Rome I. In beide zaken werd echter niet getoetst aan de Detacheringsrichtlijn en beide annotatoren zijn daarover kritisch. Ook het hof toetst niet aan de Detacheringsrichtlijn, maar acht de Wet Bpf 2000 niet van dwingend recht op basis van uitleg van art. 9 lid 1 Rome I zelf. Een prejudiciële vraag aan het HvJ EU lijkt voor de hand te liggen.*

*De stichting Stichting Bedrijfstakpensioenfond voor het Beroepsvervoer over de weg te Amsterdam, kantoor houdende te Groningen, eiseres bij prorogatie, hierna: Pensioenfond Vervoer, advocaat: mr. E. Lutjens, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde] en Zn. B.V. te [A], kantoor houdende te [B], gedaagde bij prorogatie, hierna: [gedaagde], advocaat: mr. A.P. Reinders.*

*1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep (...)*

*2. De vaststaande feiten*

*2.1. Pensioenfond Vervoer is een verplicht bedrijfstakpensioenfond in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioen-*

fonds 2000 (hierna: de Wet Bpf 2000). De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Minister) heeft op grond van artikel 2 Wet Bpf 2000 deelneming in het Pensioenfonds Vervoer verplicht gesteld voor werknemers die in dienst zijn van een in Nederland gevestigde onderneming in het beroepsvervoer over de weg (zie laatstelijk het Besluit van de Minister van 16 januari 2018, *Staatscourant* 2018/3268, hierna: het Verplichtstellingsbesluit). Werknemers van in Nederland gevestigde ondernemingen in het beroepsvervoer over de weg en hun werkgevers zijn verplicht de statuten, reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het Pensioenfonds Vervoer na te leven. In het uitvoeringsreglement is onder meer bepaald dat de werkgever die onder de verplichtstelling valt zijn werknemers als deelnemer aanmeldt bij het Pensioenfonds Vervoer en premie betaalt aan het fonds.

2.2. [gedaagde] is een in Nederland gevestigde onderneming in het beroepsvervoer over de weg. Zij heeft circa 90 werknemers in dienst, waarvan tien werknemers de Duitse nationaliteit hebben en in Duitsland wonen. Partijen verschillen van mening of deze tien Duitse werknemers verplicht zijn tot deelneming in het Pensioenfonds Vervoer. Het Pensioenfonds Vervoer heeft vergelijkbare verschillen van mening met andere ondernemingen in het beroepsvervoer over de weg. De beslissing in deze procedure is daarom niet alleen relevant voor het Pensioenfonds Vervoer en [gedaagde] maar ook voor die andere ondernemingen.

2.3. [gedaagde] is gespecialiseerd in transport door middel van vrachtwagens van groente, fruit en bloemen van Nederland naar Duitsland. Goederen worden in Nederland geladen en vervolgens vervoerd naar Duitsland. Van retourvrachten is gemiddeld voor 50% sprake. De werkzaamheden van [gedaagde] zijn beperkt tot dit vervoer. Zij verzorgt geen binnenlands vervoer en ook geen vervoer naar andere internationale bestemmingen.

2.4. De tien Duitse werknemers die [gedaagde] in dienst heeft, wonen in Duitsland en rijden voor het grootste deel van hun arbeidstijd in Duitsland. Zij rijden in vrachtwagens van [gedaagde], met Nederlandse kentekens, die in de werkplaats van [gedaagde] worden onderhouden. Zij ontvangen hun instructies via e-mail en telefoon vanuit [gedaagde]. [gedaagde] heeft besloten om gebruik te

maken van in Duitsland woonachtige chauffeurs ter verhoging van de efficiëntie van het primaire proces. Door inzet van de Duitse chauffeurs loopt het vervoer van de doorgaans bederfelijke waar naar de eindbestemming in Duitsland geen vertraging op. Deze vertraging zou wel worden opgelopen als een Nederlandse chauffeur het gehele vervoer zou verzorgen. Deze chauffeur zou immers de verplichte rusttijden in acht moeten nemen. Door uitvoering van een gedeelte van het traject door een Duitse chauffeur, die de besturing van de vrachtwagen van zijn Nederlandse collega overneemt, wordt vertraging door rusttijden vermeden.

2.5. De Duitse chauffeurs hebben hun opstapplaats op de route van [B] naar de eindbestemming. Vier Duitse chauffeurs hebben hun opstapplaats in Nederland (Grubbenvorst bij Venlo), de andere zes Duitse chauffeurs hebben hun opstapplaats in Duitsland (Osnabrück, Koblenz, Nürnberg en Oberhausen). Negen Duitse chauffeurs rijden naar de eindbestemming in Duitsland en lossen daar de goederen en rijden vervolgens dezelfde dag terug naar hun opstapplaats, waar zij de vrachtwagen ter beschikking stellen aan hun Nederlandse collega, die ermee doorrijdt naar [B]. De Duitse chauffeur gaat terug naar huis. Één Duitse chauffeur stapt laat op de dag in Osnabrück op de vrachtwagen en rijdt vervolgens naar [B]. De volgende dag rijdt hij met de vrachtwagen terug naar Osnabrück. In een tabel ziet het werkschema van de Duitse chauffeurs er als volgt uit:

Werknemer	Opstapplaats	Werktijd in NL	Werktijd in D
1. [C]	Osnabrück	30%	70%
2. [D]	Venlo	50%	50%
3. [E]	Koblenz	30%	70%
4. [F]	Venlo	10%	90%
5. [G]	Koblenz	30%	70%
6. [H]	Nürnberg	20%	80%
7. [I]	Oberhausen	40%	60%
8. [J]	Nürnberg	20%	80%
9. [K]	Venlo	10%	90%
10. [L]	Venlo	50%	50%

2.6. De arbeidsovereenkomsten tussen [gedaagde] en de Duitse chauffeurs bevatten een rechtskeuze voor Nederlands recht, inclusief de collectieve arbeidsovereenkomst voor het be-

roepsgoederenvervoer: “[werkgever en werknemer] erklären in Anbetracht der Tatsache dass der (niederländische) Tarifvertrag für den gewerblichen Güterkraftverkehr sowie *niederländisches Recht* zur Anwendung kommen...”. In art. 7 van de arbeidsovereenkomst is een uitzondering gemaakt voor arbeidsongeschiktheid en wordt verwezen naar de Duitse sociale-zekerheidsregelgeving. In artikel 6 is bepaald: “*Ab dem 21. Lebensalter hat der Arbeitnehmer Anspruch auf die Altersvorsorgeregelung durch den Pensionsfonds Vervoer.*”

3. *De vordering van het Pensionsfonds Vervoer, de uitwerking daarvan en het verweer van [gedaagde]*  
3.1. Het Pensionsfonds Vervoer vordert de navolgende verklaringen voor recht:

1. een verklaring voor recht dat de verplichtstelling van deelneming in het Pensionsfonds Vervoer van bijzonder dwingend recht is in de zin van artikel 9 van Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: Rome I), zodat de Duitse werknemers verplicht zijn tot deelneming in het Pensionsfonds Vervoer;

2. een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomsten van de Duitse werknemers worden beheerst door het Nederlandse recht, omdat [gedaagde] en deze werknemers dit recht hebben gekozen overeenkomstig de artikelen 3 en 8 Rome I en dat dientengevolge de Duitse werknemers verplicht zijn tot deelneming in het Pensionsfonds Vervoer;

3. een verklaring voor recht dat Nederland het land is waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemers [C] (1), [D] (2), [F] (4), [K] (9) en [L] (10) ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst met [gedaagde] gewoonlijk hun arbeid verrichten in de zin van artikel 8 lid 2 Rome I, en er geen kennelijk nauwere band is met een ander land, zodat deze werknemers verplicht zijn tot deelneming in het Pensionsfonds Vervoer;

4. een verklaring voor recht dat indien er geen land is waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de Duitse werknemers ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomsten met [gedaagde] gewoonlijk hun arbeid verrichten in de zin van artikel 8 lid 2 Rome I, zodat bij gebreke van een rechtskeuze, de arbeidsovereenkomsten van de Duitse werknemers zouden worden beheerst door Nederlands recht, omdat Nederland het recht van

het land is waar zich de vestiging bevindt van [gedaagde] die de Duitse werknemers in dienst heeft genomen in de zin van artikel 8 lid 3 Rome I, en er geen kennelijk nauwere band is met een ander land, zodat de Duitse werknemers verplicht zijn tot deelneming in het Pensionsfonds Vervoer;

5. een verklaring voor recht dat, indien de Duitse werknemers op grond van artikel 8 Rome I de bescherming zouden genieten van bepalingen van dwingend Duits recht, deze werknemers desondanks verplicht zijn tot deelneming in het Pensionsfonds Vervoer op grond van een of meer van de hiervoor genoemde vorderingen 1 tot en met 4.

3.2. Het Pensionsfonds Vervoer heeft zijn vorderingen als volgt toegelicht (verkort weergegeven). – De verplichtstelling in de Wet Bpf 2000 is bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 Rome I. De op de Wet Bpf 2000 gebaseerde pensioenvoorzieningen zijn zeer belangrijk in het Nederlandse stelsel van pensioenvoorzieningen, mede gezien de beperkte hoogte van de AOW-uitkeringen. Het gaat om de inrichting van de sociale en economische organisatie van Nederland. Door de bedrijfstakpensioenfonds en de daarmee gepaard gaande verplichte deelneming daarin concurreren in Nederland gevestigde werkgevers niet meer op kosten van pensioenen, wordt de collectiviteit en solidariteit binnen de bedrijfstak gewaarborgd en verdwijnen de witte en grijze plekken (werknemers zonder aanvullend pensioen, respectievelijk met een ontoereikende aanvulling op hun pensioen).

– Door de rechtskeuze in de arbeidsovereenkomsten met de Duitse chauffeurs voor Nederlands recht is ook de Wet Bpf 2000 en de verplichtstelling op hun rechtsverhouding van toepassing. Als een dwingende bepaling van eventueel objectief toepasselijk Duits recht zich niet verzet tegen de volgens het gekozen Nederlandse recht toepasselijke pensioenregeling, blijft (ook) de Nederlandse pensioenregeling gelden. Er is geen dwingendrechtelijke bepaling uit het Duitse recht die zich verzet tegen toekenning van de rechten tot deelneming aan Pensionsfonds Vervoer of tegen inhouding van premie daarvoor. – In artikel 6 van de arbeidsovereenkomsten met de Duitse chauffeurs is bepaald dat zij aanspraak hebben op uitkeringen van het Pensionsfonds Vervoer.

– Omdat de Duitse chauffeurs gewoonlijk hun arbeid in of vanuit Nederland verrichten, althans [gedaagde] in Nederland is gevestigd, zijn de Duitse chauffeurs verplicht tot deelneming in het Pensioenfonds Vervoer (artikel 8 leden 2, respectievelijk 3 Rome I). Er is geen kennelijk nauwere band met Duitsland (artikel 8 lid 4 Rome I).

– Het argument van [gedaagde] dat de verplichte deelneming in het Pensioenfonds Vervoer mogelijk op een onwenselijke manier cumuleert met de voor de Duitse chauffeurs verplichte Duitse Rentenversicherung staat aan het voorgaande niet in de weg. Het Pensioenfonds Vervoer is een tweede-pijlerpensioen en de Rentenversicherung een socialezekerheidsregeling, vergelijkbaar met een eerste-pijlerpensioen zoals de AOW.

3.3. Het verweer van [gedaagde] komt verkort weergegeven op het volgende neer:

– De verplichte deelneming is geen bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I. De door het Pensioenfonds Vervoer genoemde doelstellingen zijn onvoldoende zwaarwegend. Artikel 9 ziet op onmiddellijk toepasbare bepalingen in Nederland. De Duitse chauffeurs werken vooral in Duitsland. De Wet Bpf 2000 zelf kent (in artikel 15) een (impliciete) territoriale beperking tot in Nederland werkzame personen en ook de Pensioenwet gaat uit van het werklandbeginsel. [gedaagde] wijst op het verplichtstellingsbesluit voor de sector Waterbouw, waarin is bepaald dat de verplichtstelling alleen betrekking heeft op personeel dat werkzaam is binnen Nederland en de Nederlandse territoriale wateren, met een keuze voor vrijwillige aansluiting als de werknemer elders te werk wordt gesteld. [gedaagde] beroept zich ook op het arrest van het hof Den Haag in de zaak Post-Kogeko (22 oktober 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:4401).

Bovendien berust de inrichting van het primair proces met Duitse chauffeurs die het Duitse traject verzorgen op reële economische afwegingen. Het is geen constructie om de Wet Bpf 2000 of enige andere wet te ontgaan. Van concurrentie op loonkosten, ongewenste besparing op pensioenkosten of social dumping is geen sprake. Steun voor het standpunt dat artikel 9 Rome I niet van toepassing is, kan worden geput uit de toelichting bij de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG.

– De keuze voor Nederlands recht leidt niet tot verplichte aansluiting bij het Pensioenfonds Vervoer, omdat artikel 8 Rome I beschermt tegen

cumulatie met de dwingendrechtelijke Rentenversicherung.

– [gedaagde] en haar Duitse chauffeurs hebben geconstateerd dat artikel 6 van de arbeidsovereenkomst een onwenselijke bepaling is die moet worden geschrapt.

– De Duitse chauffeurs verrichten hun arbeid gewoonlijk in Duitsland. Omdat kan worden vastgesteld waar de Duitse chauffeurs hun arbeid verrichten is de vestigingsplaats van de werkgever niet meer relevant. Er is geen nauwere band met Nederland.

– Cumulatie van Rentenversicherung en verplichte deelneming in het Pensioenfonds Vervoer is op grond van de Europese Coördinatieverordening 883/2004 niet toegestaan, gelet op de recente plaatsing van bedrijfstakpensioenfondsen op Bijlage XI onder 1f van deze verordening. Bovendien leidt cumulatie tot fiscaal bovenmatig pensioen. Beide pensioenen zijn tweede pijler-pensioen. Ook de premie van de Rentenversicherung is aftrekbaar.

– Niet alleen het bij het Pensioenfonds Vervoer opgebouwde pensioen is een tweede-pijlerpensioen, maar ook de Rentenversicherung. Zo is op grond van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 7 april 2014, *Staatscourant* 2014/9763 de omkeerregel op de premie voor de Rentenversicherung van toepassing, wat meebrengt dat de premie aftrekbaar is, net zoals dat het geval is bij Nederlandse twee-pijlervoorzieningen. Beide pensioenen hebben vergelijkbare premies en uitkeringen. Cumulatie is ongewenst, bijvoorbeeld omdat cumulatie leidt tot een in fiscaal opzicht bovenmatig pensioen, wat strijdig is met artikel 2 lid 3 sub b Wet Bpf 2000. [gedaagde] beroept zich ook op het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 oktober 2015, nr. DGB 2015/7010M ter ondersteuning van haar stelling dat bovenmatige pensioenen te allen tijde moeten worden voorkomen. Het is daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat het Pensioenfonds Vervoer de Duitse chauffeurs houdt aan verplichte deelneming in het fonds.

#### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

##### § 1 Inleiding en beslissing

4.1. Partijen verschillen van mening over de vraag of de Wet Bpf 2000 van toepassing is op de rechtsverhouding tussen [gedaagde] en haar Duitse

chauffeurs. Als die vraag bevestigend moet worden beantwoord, heeft dat tot gevolg dat de Duitse chauffeurs op grond van het Verplichtstellingsbesluit tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg – hierna: het Verplichtstellingsbesluit – verplicht zijn deel te nemen in het Pensioenfonds Vervoer. Dat betekent enerzijds dat [gedaagde] en de Duitse chauffeurs premies moeten afdragen aan het Pensioenfonds Vervoer en anderzijds dat de Duitse chauffeurs aanspraak hebben op een uitkering door het fonds, bijvoorbeeld als zij de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt.

4.2. Het hof beslist dat, gegeven de rechtskeuze, de Duitse chauffeurs van [gedaagde] verplicht zijn tot deelneming omdat zij geen bescherming verliezen op grond van dwingend objectief toepasselijk recht. Het hof overweegt verder dat, als deze rechtskeuze zou ontbreken, de vijf Duitse chauffeurs van [gedaagde] die een relevant deel van hun werkzaamheden in Nederland verrichten, ook verplicht zouden zijn tot deelneming in het Pensioenfonds Vervoer, omdat de Wet Bpf 2000 ook op hen dwingendrechtelijk van toepassing is. Voor de andere vijf Duitse chauffeurs geldt die verplichting zonder rechtskeuze voor Nederlands recht niet. Het hof zal dat hieronder uitwerken.

### § 2 Plan van behandeling

4.3. Het hof zal eerst een korte schets geven van de Wet Bpf 2000 en de Duitse Rentenversicherung (§ 3). Vervolgens zullen aan bod komen een analyse van het petitum van het Pensioenfonds Vervoer (§ 4), de consequenties voor dit geschil van de door [gedaagde] met haar Duitse chauffeurs gemaakte rechtskeuze (§ 5) en het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn, als er geen rechtskeuze zou zijn gemaakt (§ 6). Daarna besteedt het hof aandacht aan de territoriale werking van de Wet Bpf 2000 (§ 7), aan de vraag of de bepalingen van de Wet Bpf 2000 voorrangregels zijn (§ 8), aan de aan het verbintenisrecht en belastingrecht ontleende verweren van [gedaagde] (§ 9) en aan de stellingen omtrent Verordening 883/2004 (§ 10), waarna het hof zijn conclusie zal formuleren (§ 11).

### § 3 Algemene opmerkingen over de Wet Bpf 2000 en de Duitse Rentenversicherung

4.4. Het in de Wet Bpf 2000 geregelde pensioen is een tweede-pijlerpensioen, te weten een pensioen waarin een persoon deelneemt en dat hem aan-

spraken verleent op grond van het verrichten van arbeid.<sup>1</sup> Het pensioen is een aanvulling op het pensioen op grond van de Algemene ouderdomswet (AOW), dat een eerste-pijlerpensioen is: een door de overheid geregeld pensioen met verplichte deelneming dat gefinancierd wordt door een omslagstelsel. De doelstelling van de Wet Bpf 2000 is drieledig: 1) voorkomen dat werkgevers elkaar beconcurreren op de arbeidsvoorwaarde pensioen, 2) het bewerkstelligen van solidariteit binnen de bedrijfstak voor de financiering van het bedrijfstakpensioen en 3) het voorkomen van witte of grijze plekken (werkgevers die geen, respectievelijk een ongenoegzaam aanvullend pensioen aan hun werknemers aanbieden). Partijen zijn het erover eens dat de werknemers van [gedaagde] van wie het gewoonlijke werkland Nederland is, dwingend zijn aangesloten bij het Pensioenfonds Vervoer.

4.5. Tussen partijen is verder niet in geschil dat de Duitse chauffeurs allen verplicht verzekerd zijn onder de *gesetzliche Rentenversicherung*, een verzekering die onder meer aanspraak geeft op een pensioen. Zij twisten erover of de *Rentenversicherung* een eerste- of tweede-pijlerpensioen is. Volgens Pensioenfonds Vervoer gaat het om een eerste-pijlerpensioen, omdat de *Rentenversicherung* onderdeel is van het Duitse sociale-zekerheidsstelsel en tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met de AOW. Volgens [gedaagde] is de *Rentenversicherung* een tweede-pijlerpensioen, omdat zij een oudedagsvoorziening is die verplicht is gesteld voor werknemers. In het verlengde daarvan verdedigt [gedaagde] dat het onwenselijk is dat het Nederlandse tweede-pijlerpensioen cumuleert met het verplichte Duitse tweede-pijlerpensioen.

4.6. Uit de door partijen overgelegde, summier informatie over de *Rentenversicherung* leidt het hof enerzijds af dat zij een basispensioenvoorziening vormt, die niet een aanvulling is op een met de AOW vergelijkbare regeling en anderzijds dat zij slechts voor werknemers een verzekeringsplicht in het leven roept. In aanvulling op de *Rentenversicherung* bestaat de *betriebliche Altersversorgung*, waarin werkgever en werknemer afspraken maken over aanvulling van het uit de *Rentenversicherung* voortvloeiende pensioen van

<sup>1</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/11

de werknemer. Er bestaan daarom verschillen tussen de Nederlandse en de Duitse regeling.<sup>2</sup>

#### § 4 *Het petitum van het Pensioenfonds Vervoer*

4.7. Afgezien van een onderdeel over de proceskosten bestaat het petitum van het Pensioenfonds Vervoer uit vijf verklaringen voor recht die het Pensioenfonds niet in de gebruikelijke rangorde van primair, subsidiair, enzovoort heeft geplaatst. In nr. 2.3 van de dagvaarding heeft het Pensioenfonds Vervoer het hof gevraagd zoveel mogelijk op alle onderdelen van het petitum te beslissen. Onderdeel 1 betreft de vraag of bepalingen van de Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde Verplichtstellingsbesluit voorrangregels in de zin van artikel 9 Rome I zijn. Partijen hebben aan dat onderwerp veel aandacht besteed, waaruit het hof afleidt dat partijen daarover graag een oordeel van het hof zouden willen krijgen. Daaraan zal het hof gevolg geven, maar het kiest voor een andere volgorde. Het hof start met een analyse van het tussen partijen gerezen geschil op basis van de rechtskeuze die [gedaagde] met haar Duitse chauffeurs is overeengekomen. Het hof staat vervolgens stil bij de vraag welk recht de arbeidsovereenkomst, en dan in het bijzonder de pensioentoezegging van de werkgever aan de werknemer, beheerst, als partijen geen rechtskeuze zouden hebben gedaan en of dat recht dwingend is. Ten slotte zal het onderzoeken of de Wet Bpf 2000 en het Verplichtingstellingsbesluit al of niet voorrangregels zijn die [gedaagde] en haar Duitse chauffeurs door een rechtskeuze kunnen uitschakelen.

#### § 5 *Op basis van de rechtskeuze tussen [gedaagde] en haar Duitse chauffeurs zijn de Duitse chauffeurs verplicht aangesloten bij het Pensioenfonds Vervoer*

4.8. In de considerans van de arbeidsovereenkomsten tussen [gedaagde] en haar Duitse chauffeurs is een rechtskeuze gedaan voor Nederlands recht. Op grond van artikel 3 en artikel 8 lid 1 Rome I is zo'n rechtskeuze in beginsel geldig. Zij brengt mee dat de bepalingen van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtingstellingsbesluit op hun rechtsverhouding van toepassing zijn, alleen al

omdat deze wettelijke regelingen tot de Nederlandse rechtsorde behoren. In artikel 6 van de arbeidsovereenkomsten met de Duitse chauffeurs is met zoveel woorden opgenomen dat de chauffeurs voor hun aanvullende pensioen verzekerd zijn bij het Pensioenfonds Vervoer. [gedaagde] heeft aangevoerd dat zij en haar Duitse chauffeurs tot het inzicht zijn gekomen dat artikel 6 een onwenselijke bepaling is die moet worden geschrapt. Als [gedaagde] en de Duitse chauffeurs als wijziging van hun arbeidsovereenkomst zouden overeenkomen dat artikel 6 wordt geschrapt, volgt echter uit de rechtskeuze voor Nederlands recht nog steeds dat de Duitse chauffeurs verplicht zijn aangesloten bij het Pensioenfonds Vervoer.

4.9. [gedaagde] verdedigt echter dat de in 4.8 besproken rechtskeuze, voor zover het de pensioenvoorziening van de Duitse chauffeurs betreft, niet van toepassing is. Als die rechtskeuze immers wel voor de pensioenverhouding zou gelden, worden de Duitse chauffeurs blootgesteld aan een dubbele pensioenopbouw. Artikel 8 lid 1 Rome I beschermt hen daartegen. [gedaagde] heeft verder aangevoerd dat zonder een rechtskeuze voor Nederlands recht Duits recht op de pensioenovereenkomst met haar Duitse chauffeurs van toepassing is, althans dat haar Duitse chauffeurs en zij de vrijheid hebben te kiezen voor Duits recht als op de pensioenovereenkomst toepasselijk recht. Het hof zal in verband met deze verweren onderzoeken welk recht op de rechtsverhouding met de Duitse chauffeurs van toepassing zou zijn als partijen omtrent de pensioentoezegging geen rechtskeuze zouden hebben gemaakt.

#### § 6 *Het toepasselijke recht zonder rechtskeuze; het gewoonlijke werkland*

4.10. Voor het geval partijen bij een arbeidsovereenkomst geen rechtskeuze hebben gedaan bevatten de leden 2 tot en met 4 van artikel 8 Rome I verwijzingsregels. Op grond van artikel 8 lid 2 Rome I wordt de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer zonder een rechtskeuze beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) heeft in zijn arrest van 15 maart 2011 (C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, *Koelzsch*) criteria gegeven voor aanwijzing van het gewoonlijke werkland, waarbij als uitgangspunt geldt dat de werknemer in het land waarin

2 Zie hierover E.S. Schmidt, *Perspectives on EU pension law to facilitate worker mobility and sustainability of pensions*, Den Haag: Eleven International Publishing 2020, p. 4.

hij zijn beroepswerkzaamheden verricht zijn economische en sociale functie uitoefent en zijn arbeid de invloed van het politieke en bedrijfsklimaat ondergaat, wat meebrengt dat het begrip “gewoonlijke werkland” mede ter bescherming van de werknemer ruim moet worden uitgelegd (punten 42-43). Het gaat daarbij om de plaats waar of van waaruit de werknemer daadwerkelijk zijn beroepswerkzaamheden verricht, althans waar hij het grootste gedeelte van zijn werkzaamheden verricht (punt 45). Relevante gezichtspunten zijn de plaats (1) van waaruit de werknemer zijn transportopdrachten verricht, (2) waar hij zijn instructies voor zijn opdrachten ontvangt, (3) waar hij zijn werk organiseert, (4) waar zich de arbeidsinstrumenten bevinden, en verder (5) in welke plaatsen het vervoer hoofdzakelijk wordt verricht en (6) de goederen worden gelost en (7) naar welke plaats de werknemer na zijn opdrachten terugkeert (punt 49). De rechter die artikel 8 lid 2 Rome I toepast is gehouden alle door het HvJ EU genoemde gezichtspunten in zijn beslissing te betrekken en daarbij duidelijk onderscheid te maken met de gezichtspunten die voor de verwijzingsregel van lid 4 van belang zijn (HR 23 november 2018 ECLI:NL:HR:2018:2165, *Silo-Tank*, r.o. 3.5.2). *Koelzsch* is voor de beoordeling van deze zaak van belang, omdat het ook in dat geval ging om het transport van bloemen door in Duitsland wonende chauffeurs die in dienst waren bij een in een andere lidstaat gevestigde werkgever, in dat geval Luxemburg.

4.11. [gedaagde] heeft, ter uitwerking van haar stelling dat voor de Duitse chauffeurs Duitsland het gewoonlijke werkland is, vermeld dat de chauffeurs niet voortdurend internationaal werken maar juist nationaal, te weten in Duitsland. De in Nederland gelegen opstapplaats voor vier chauffeurs is slechts enkele kilometers over de grens gelegen. De Duitse chauffeurs ontvangen hun werkinstructies in Duitsland via e-mail of de telefoon; zij verschijnen bij aanvang van hun ritten niet op het kantoor van [gedaagde] in Nederland. De chauffeurs verrichten hun laad- en loswerk in Duitsland, acht van de tien chauffeurs werken nagenoeg voltijds in Duitsland en de werknemers keren na hun werk weer terug naar hun woonadres in Duitsland. Het Pensioenfonds Vervoer heeft hiertegenover gesteld dat de Duitse chauffeurs hun werkinstructies vanuit Nederland ontvangen, dat vier van hen hun opstapplaats in Nederland hebben, dat werknemer [C] in een pe-

riode van twee weken vanuit [B] zijn ritten uitvoert, dat de chauffeurs rijden in vrachtwagens van [gedaagde] met een Nederlands kenteken die in de werkplaats in Nederland worden onderhouden. Het Pensioenfonds Vervoer heeft ook vermeld dat de Duitse chauffeurs het grootste deel van hun arbeidstijd in Duitsland doorbrengen.

4.12. Het hof overweegt hierover als volgt. De Duitse chauffeurs zijn gezien de aard van hun werkzaamheden niet op een vaste plaats werkzaam, zodat de plaats waar zij gewoonlijk hun werk verrichten niet is vast te stellen. Zij werken bovendien in twee landen. Voor de Duitse chauffeurs is wel vast te stellen van waaruit zij gewoonlijk hun werkzaamheden verrichten. Voor de werknemers [E] (opstapplaats Koblenz; 30% van zijn tijd werkzaam in Nederland), [G] (Koblenz, 30%), [H] (Nürnberg, 20%), [I] (Oberhausen, 40%), [J] (Nürnberg, 20%) geldt het volgende. Zij wonen allen in Duitsland. Zij ontvangen in hun woonplaats hun instructies voor hun transportopdrachten. Dit gezichtspunt mag niet aldus van perspectief worden gewisseld, dat ook meeweegt dat de instructie is verzonden vanaf het kantoor van [gedaagde]. Dat zou het gezichtspunt zinloos maken.<sup>3</sup> Zij verrichten bovendien vanuit Duitsland hun opdrachten. De chauffeurs organiseren, nu zij niet of nauwelijks op het kantoor van [gedaagde] komen, vanuit hun woning in Duitsland hun werk. Het vervoer vindt hoofdzakelijk in Duitsland plaats. In Duitsland worden de bloemen gelost. De chauffeurs keren na hun werk weer terug naar hun woningen in Duitsland. Deze omstandigheden accentueren dat de chauffeurs in Duitsland hun economische en sociale functies uitoefenen. Dat zij rijden in vrachtwagens van [gedaagde], die een Nederlands kenteken hebben en door [gedaagde] in Nederland worden onderhouden weegt tegenover de overige gezichtspunten onvoldoende zwaar om tot een andere conclusie te komen. Als partijen daarom zouden hebben afgezien van een rechtskeuze, zou op grond van de verwijzingsregel van artikel 8 lid 2 Rome I op de arbeidsovereenkomsten van deze chauffeurs Duits recht van toepassing zijn geweest.

4.13. Anders ligt het met de chauffeurs [C] (opstapplaats Osnabrück, 30% van zijn tijd werkzaam

3 Nr. 99 conclusie AG Saumansgaard vóór *Nogueira/Ryan Air* (HvJ EU 14 september 2017, C-168-169/16, ECLI:EU:C:2017:688.



in Nederland), [D] (Venlo, 50%), [F] (Venlo, 10%), [K] (Venlo, 10%) en [L] (Venlo, 50%). Ook deze chauffeurs wonen weliswaar in Duitsland en krijgen in hun woonplaats hun instructies. Zij verrichten echter voor een relevant deel hun opdrachten in Nederland, waarbij voor vier van hen hun opstapplaats Nederland is. [C] overnacht regelmatig in [B] en begint zijn rit vanuit die plaats. [C], [D] en [L] voeren ritten uit, waarin lading in Nederland wordt gelost. Allen voeren die ritten bovendien uit in vrachtwagens met een Nederlands kenteken die door [gedaagde] in Nederland worden onderhouden. Een relevant deel van de in Koelzsch genoemde gezichtspunten wijst in de richting van Nederland, als land van waaruit deze Duitse chauffeurs gewoonlijk hun werk verrichten. Naar het oordeel van het hof wegen de daartegenover staande gezichtspunten (het vervoer vindt hoofdzakelijk in Duitsland plaats, de chauffeurs organiseren vanuit huis hun werk, zij keren na het werk terug naar hun huis in Duitsland) onvoldoende zwaar.

#### *Zetel van de werkgever*

4.14. Omdat van alle Duitse chauffeurs kan worden bepaald, wat het land is van waaruit zij gewoonlijk hun werk verrichten, is het niet nodig te beoordelen of op grond van artikel 8 lid 3 Rome I de arbeidsovereenkomst met de Duitse chauffeurs wordt beheerst door het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Wel overweegt het hof voor het geval ten aanzien van [C], [D], [F], [K] en [L] niet zou kunnen worden vastgesteld dat Nederland hun gewoontelijke werkland is, dat zonder rechtskeuze niettemin toch het Nederlandse recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn. Als het gewoontelijke werkland niet kan worden vastgesteld, wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen (vgl. *Koelzsch*, punt 43). Dat zou gezien de vestigingsplaats van [gedaagde] ([B]) Nederlands recht zijn.

#### *Kennelijk nauwere band*

4.15. Voor het geval dat wordt aangenomen dat Duitsland het gewoontelijke werkland van de Duitse chauffeurs is, heeft het Pensioenfonds Vervoer gesteld dat er niettemin een kennelijk nauwere band met Nederland is, zodat toch de Nederlandse regelgeving omtrent tweede-pijlerpensioenen

op deze werknemers moet worden toegepast. Het hof gaat ervan uit dat deze exceptie ook geldt voor de vraag aan welke pensioenregelgeving een werknemer onderworpen is. De van belang zijnde gezichtspunten zijn volgens het HvJ EU in punt 41 van zijn arrest van 2 september 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551 (*Schlecker*) (1) het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt, (2) het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekeringen en invaliditeitsregelingen en (3) de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden. De rechter dient bij toetsing aan het criterium van de kennelijk nauwere band rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak. De rechter die artikel 8 lid 4 Verordening Rome I toepast is gehouden alle door het HvJ EU genoemde gezichtspunten in zijn beslissing te betrekken (HR 23 november 2018 ECLI:NL:HR:2018:2165, *Silo-Tank*, r.o. 3.5.2 en HR 29 mei 2020 ECLI:NL:HR:2020:958, *Corendon*, r.o. 3.4-3.5).

4.16. Het Pensioenfonds Vervoer heeft gesteld dat van zo'n kennelijk nauwere band met Nederland sprake is, omdat de chauffeurs een substantieel deel van hun arbeidstijd, zij het minder dan de helft, in Nederland werken, dat zij hun instructies vanuit Nederland ontvangen, dat vier van de tien chauffeurs hun werkzaamheden in Nederland beginnen, een Duitse chauffeur structureel vanuit [B] rijdt en er over een deel van het loon in Nederland loonbelasting wordt afgedragen. [gedaagde] heeft aangevoerd dat 60% van het loon van de Duitse chauffeurs is onderworpen aan de Duitse fiscale regelgeving, dat zij in Duitsland pensioen-, ziektekosten- en invaliditeitsverzekeringen hebben afgesloten en dat zij hun instructies in het Duits ontvangen. Tussen partijen is niet in geschil dat de Duitse chauffeurs in Duitsland zijn verzekerd voor de sociale zekerheid. Partijen hebben geen informatie verschaft betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden. Het hof gaat er daarom van uit dat die in overeenstemming zijn met de op de arbeidsovereenkomsten toepasselijk verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst voor het beroepsgoederenvervoer.

4.17. Het hof overweegt dat de door [gedaagde] genoemde gezichtspunten die de verzekering voor ziektekosten en invaliditeitsverzekeringen betreffen vooral wijzen op een band met Duits-

land, dat in beide landen belasting wordt geheven en pensioen wordt opgebouwd, zodat die gezichtspunten niet de ene of de andere kant op wijzen en dat de overige door het Pensioenfonds Vervoer genoemde gezichtspunten al zijn behandeld in 4.12-4.13 bij de beslissing dat Duits recht als recht van het land van waaruit vijf van de Duitse chauffeurs gewoonlijk hun werk verrichten zonder rechtskeuze toepasselijk zou zijn, respectievelijk Nederlands recht als recht van de vestiging van [gedaagde]. Het hof oordeelt dat het enkele verzekerd zijn voor de sociale zekerheid onvoldoende is om af te wijken van de verwijzingsregels van artikel 8 leden 2 en 3 Rome I. Dit betekent dat het beroep op de exceptie van artikel 8 lid 4 Verordening Rome I niet wordt gehonoreerd, noch om het in 4.12 vastgestelde Duitse recht te wijzigen naar Nederlands recht, noch om het in 4.13 vastgestelde Nederlandse recht te wijzigen in Duits recht.

4.18. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat op de arbeidsovereenkomsten met de chauffeurs [C], [D], [F], [K] en [L] Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt, en dat deze chauffeurs op grond van artikel 8 lid 1, tweede zin Rome I niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit. Voor hen geldt daarom een aansluitplicht bij het Pensioenfonds Vervoer en deze aansluitplicht kan niet worden ontlopen door een keuze voor het Duitse recht betreffende pensioenovereenkomsten.

4.19. Het voorgaande leidt verder tot de bevinding dat op de arbeidsovereenkomsten met de chauffeurs [E], [G], [H], [I] en [J] Duits recht van toepassing zou zijn, als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt. Het Pensioenfonds Vervoer heeft onbetwist gesteld dat voor de Duitse chauffeurs geen al of niet algemeen verbindend verklaarde Duitse *Tarifverträge* over *betriebliche Altersversorgung* gelden, waarmee de Wet Bpf zou kunnen conflicteren.<sup>4</sup> Deze Duitse chauffeurs missen daarom geen rechtsbescherming die hun op basis van het Duitse recht toekomt. Artikel 8 lid 1, tweede zin Rome I kan niet zo worden uitge-

legd dat het werknemers beschermt tegen een bovenmatig pensioen als gevolg van dubbele pensioenaanspraken. De volgende vraag die moet worden beantwoord is of deze vijf chauffeurs gebonden zijn aan de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit, ook al zou zonder rechtskeuze het Duitse recht op hun arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Dat zou alleen het geval zijn als in de eerste plaats de scope rule van wet en besluit zich ook uitstrekt tot werknemers die in dienst van een in Nederland gevestigde onderneming zijn maar buiten Nederland hun gewoontelijke werkland hebben en in de tweede plaats de bepalingen van wet en besluit bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 lid 1 Rome I bevat. Die vragen onderzoekt het hof in de volgende twee paragrafen. Met de Duitse chauffeurs zijn in de § 7 en 8 de in deze overweging genoemde vijf chauffeurs bedoeld.

§ 7 *De scope rule (territoriale reikwijdte) van de Wet Bpf 2000*

4.20. [gedaagde] verdedigt dat de Wet Bpf 2000 territoriale werking heeft. Volgens haar geldt de Wet Bpf 2000 alleen voor werknemers waarvoor Nederland het gewoontelijke werkland is (nrs. 5.8-5.10 van de conclusie van antwoord). Met dit verweer stelt [gedaagde] de scope of reikwijdte van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit aan de orde. Als het toepassingsgebied van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit beperkt zou zijn tot werknemers voor wie Nederland het gewoontelijke werkland is, zijn de wet en het besluit niet van toepassing op werknemers voor wie een ander land het gewoontelijke werkland is, zelfs als op de arbeidsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is. De wetgever zou dan in de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit niet het aanvullende pensioen van in het buitenland werkzame werknemers van een in Nederland gevestigde onderneming hebben willen regelen.

4.21. De Wet Bpf 2000 bevat zelf geen scope rule of reikwijdtebepaling. Dat betekent dat moet worden onderzocht of uit de toelichting op de wet of uit de strekking van de wettelijke regeling kan worden afgeleid wat de scope van de Wet Bpf 2000 is. [gedaagde] heeft gewezen op de tekst van artikel 15 Wet Bpf 2000, waarin is geregeld dat de werknemer die slechts tijdelijk in Nederland werkzaam is, ontheffing van de verplichtstelling kan verkrijgen. Daaruit volgt volgens haar dat de

4 Zie hierover Hans van Meerten, *EU Pension Law*, Amsterdam 2019, p. 70 e.v. en Claudia Bittner, *Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht*, Tübingen 2000, p. 415 e.v.

scope van de wet is beperkt tot Nederland. De toelichting op artikel 97 van de Pensioenwet zou volgens haar aanknopingspunten geven voor de gedachte dat de wetgever heeft beoogd de werking van de Pensioenwet te beperken tot werknemers die gewoonlijk hun arbeid in Nederland verrichten. Omdat de Pensioenwet beoogt de waarborgen voor financiële zekerheid, individuele zekerheid en uitvoeringszekerheid van de pensioenafspraken tussen werkgever en werknemer wettelijk te verankeren,<sup>5</sup> is hetgeen in die wet over de territoriale werking wordt bepaald wellicht relevant voor de territoriale werking van de Wet Bpf 2000.

4.22. De regeling in artikel 97 Pensioenwet, waarnaar artikel 15 lid 1 Wet Bpf 2000 verwijst, vormt de omzetting van artikel 6 van de Richtlijn 98/49 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna: de richtlijn). Uit tekst en toelichting volgt dat de gedetacheerde werknemer de keuze heeft om het tweede-pijlerpensioen uit het land van oorsprong, wat een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds kan zijn, voort te zetten tijdens zijn detachering of te kiezen voor het tweede-pijlerpensioen van het land van ontvangst.<sup>6</sup> Uit deze toelichting blijkt dat het voor gedetacheerde werknemers een mogelijkheid en geen plicht is om deel te blijven nemen in de Nederlandse aanvullende pensioenregeling, ook al blijven zij in dienst bij de werkgever die hen heeft gedetacheerd naar een onderneming in een ander land. Zij kunnen ook kiezen voor een tweede-pijlerpensioen in het ontvangende land. Wel is voor ontheffing in het ontvangende land vereist dat de werknemer zijn pensioenvoorziening in het land van oorsprong voortzet: geen tweede-pijlerpensioen is geen optie.<sup>7</sup> Bij dit alles zou een opvatting

kunnen passen die inhoudt dat een buitenlandse werknemer die *permanent* in het buitenland werkzaam is, de mogelijkheid heeft een pensioenvoorziening van zijn gewoonlijke werkland af te sluiten. Complicatie bij het aannemen van een scope rule die de gelding van de wet beperkt tot Nederland is echter dat, anders dan voor zijn gedetacheerde collega, voor zo'n werknemer niet is gewaarborgd dat hij hoe dan ook een tweede-pijlerpensioen opbouwt. Daardoor is de parallel met de gedetacheerde werknemer voor het hof niet overtuigend.

4.23. In de procedure tussen het Pensioenfonds Vervoer en Post Kogeko is zowel in eerste aanleg als in hoger beroep beslist dat de Wet Bpf 2000 beperkt is tot werknemers die in Nederland werkzaam zijn.<sup>8</sup> Deze beslissingen zijn onderschreven door Tomeij, Van Marwijk Kooy, Helstone en Franssen.<sup>9</sup> Daarvoor had Lutjens al verdedigd dat de werkingsfeer van de Wet Bpf 2000 is beperkt tot arbeid in Nederland.<sup>10</sup> Hiertegen heeft Hoppers stelling genomen, die uit de tekst van het Verplichtstellingsbesluit afleidt dat de aansluitplicht ook geldt voor in het buitenland werkzame werknemers in dienst van een in Nederland gevestigde onderneming in het beroepsvervoer over de weg.<sup>11</sup>

---

op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000).

- 8 Rb Den Haag van 9 juni 2011  
ECLI:NL:RBSGR:2011BR1683, JAR 2011/176 en Hof Den Haag 22 oktober 2003  
EC:NL:GHDHA:2013:4401, PJ 2013/200 (*Post Kogeko*).
- 9 M.C.W. Tomeij in haar noot onder het arrest van het Hof Den Haag van 22 oktober 2003  
ECLI:NL:GHDHA:2013:4401, PJ 2013/200; A.G. van Marwijk Kooy in nr. 5 van zijn noot onder Rb Den Haag 9 juni 2011 ECLI:NL:SGR:2011:BR1683, PJ 2011/113; A.M. Helstone, *De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds: wel of geen voorrangregel in de betekenis van artikel Rome I?* TPV 2018/48, noot 55; E.J.A. Franssen in haar noot onder het vonnis van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2011 in JAR 2011/176.
- 10 E. Lutjens, *Arbeidspensioenen en grensoverschrijdend verkeer van pensioenuitvoerders en van werknemers, Onderneming en Financiering*, mei 2004, nr. 61, p. 56, zij het dat hij daarvan lijkt te zijn teruggekomen in *Asser/Lutjens 7-XII 2016(oud)/730*.
- 11 F. Hoppers, *Verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende arbeid*, TAO 2014/3, p. 84, 86.

---

5 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 3, p. 3.

6 Kamerstukken II 2000/2001 27 649, 3, p. 3-4 en 7-8. In de toelichting op de Pensioenwet zijn overigens ook passages te vinden, waaruit kan worden afgeleid dat de wetgever beoogde deze wet niet van toepassing te laten zijn op werknemers die buiten Nederland werkzaam zijn (Kamerstukken II 2005/06 30 413, 3, p. 47 en Kamerstukken II 2005/06 30 655, 3, p. 11-12).

7 Voor verkrijging van ontheffing op grond van artikel 15 lid 1 Wet Bpf 2000 is relevant of een pensioenvoorziening in het land van oorsprong wordt voortgezet (artikel 5 lid 2 sub e Regeling betreffende aanvragen

4.24. Voor het hof is uiteindelijk doorslaggevend dat enerzijds in de tekst van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit geen beperking valt te lezen tot werknemers van wie het gewoonlijke werkland Nederland is en dat anderzijds de doelstelling van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit om werknemers te beschermen tegen het niet of onvoldoende opbouwen van een pensioen, ook ten voordele strekt van in het buitenland werkzame chauffeurs die een Nederlandse werkgever hebben. Het hof kan bovendien niet goed overzien of het beperken van de scope van de wet tot Nederland er niet toe leidt dat werkgevers bewust rechtsstelsels met weinig regels voor bedrijfspensioenen opzoeken door werknemers uit dergelijke landen in dienst te nemen, te schuiven met de standplaats van hun werknemers of soortgelijke maatregelen. Dit betekent dat de reikwijdte van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit zich ook uitstrekt tot werknemers van een in Nederland gevestigd bedrijf in het beroepsvervoer over de weg van wie het gewoonlijke werkland een ander land is.

*§ 8 De bepalingen van de Wet Bpf 2000 zijn niet van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I*

4.25. Vervolgens rijst de vraag of de bepalingen van de Wet Bpf 2000 ook van bijzonder dwingend recht zijn zoals bedoeld in artikel 9 Rome I – hierna ook: voorrangsregels. Volgens lid 1 zijn bepalingen van bijzonder dwingend recht bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingsfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig de verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst. Op grond van overweging 37 van Rome I mag een partij zich slechts in uitzonderlijke situaties beroepen op bepalingen van bijzonder dwingend recht. Het begrip “bepalingen van bijzonder dwingend recht” moet bovendien worden onderscheiden van de uitdrukking “bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken”, en dient met meer terughouding te worden gebezigd. In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is benadrukt dat, om volle werking te verlenen aan de wilsautonomie van partijen, de uitzondering op de gelding van het door partijen gekozen recht die door be-

palingen van bijzonder dwingend recht wordt geschapen, strikt moet worden uitgelegd en dat het moet gaan om een belang dat voor de betrokken lidstaat fundamenteel is. Verder moet bij de beslissing om aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht gevolg toe te kennen rekening worden gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien.<sup>12</sup> Deze opvatting wordt in de literatuur onderschreven.<sup>13</sup>

4.26. Het eerste punt dat speelt is of met de vaststelling dat het te beoordelen geval binnen de scope rule van de dwingende wetsbepaling valt al is gegeven dat de wetsbepaling van bijzonder dwingend recht is. Voor zover het om een geschreven scope rule gaat, is voor die opvatting steun te vinden in de toelichting op artikel 10:7 BW, welk artikel grotendeels overeenkomt met artikel 9 Rome I. Ontbreekt echter een wettelijke scope rule, dan zal met name aan de hand van de strekking van de bepaling moeten worden beoordeeld of het om een voorrangsregel gaat. Daarbij past terughoudendheid.<sup>14</sup> Niet iedere dwingende wetsbepaling is een voorrangsregel, maar slechts een kleine selectie daaruit.<sup>15</sup> Het hof zal daarom hieronder onderzoeken of de bepalingen omtrent de aansluitverplichting in de Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde Verplichtingenbesluit voorrangsregels vormen.

4.27. Nog afgezien van de eis van strikte toepassing van de uitzondering van bepalingen van bijzonder dwingend recht wordt verdedigd dat voor werknemers geen behoefte is aan bescherming door bepalingen van bijzonder dwingend recht,

12 HvJ EU 17 oktober 2013 C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, *Unamar*, punten 43 e.v., HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, *Griekenland/Nikiforidis*, punt 44 en HvJ EU 31 januari 2019 C-149/18, ECLI:EU:C:2019:84, *Da Silva Martins/Dekra*, punten 29-30; zie ook HR 18 september 2020 ECLI:NL:HR:2020:1443, *Nagico/JLA*.

13 *Asser/Vonken 10-I 2018/601*.

14 MvT Kamerstukken II 2009-10 32 137, nr. 3, p. 16, vgl. *Asser-Vonken 10-I 2018/596*; E.K.W. van Kampen in zijn noot onder Ktr. Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935 (*AFMB/Bpf Vervoer*), TAO 2017/1, § 4.2 en F. Hoppers, *Verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende arbeid*, TvAO 2014/3, § 5.2.

15 *Asser-Vonken 10-I 2018/602*.

omdat werknemers voldoende beschermd zijn door artikel 8 Rome I.<sup>16</sup> Een illustratie is het arrest van dit hof van 17 maart 2020 ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *PJ 2020/61, AFMB*, waarin het hof besliste dat uit artikel 8 lid 1 Rome I volgt dat werknemers de bescherming van de dwingende bepalingen van het gewoonlijke werkland niet kunnen verliezen, dat de werknemers in dit geval daarom verplicht aangesloten waren bij het Pensioenfonds Vervoer en dat het hof niet toekwam aan een beoordeling van het beroep op artikel 9 Rome I. Hetzelfde geldt in dit geval voor die Duitse chauffeurs waarvan is vastgesteld dat hun gewoonlijke werkland Nederland is (zie [4.18]). Een en ander brengt mee dat de vraag of de Wet Bpf 2000 en het Verplichtingsbesluit voorrangregels bevatten alleen dan relevant is, als de verwijzingsregels van artikel 8 leden 2, 3 en 4 Rome I het recht van een ander land dan Nederland aanwijzen. Dit geldt in deze procedure voor de vijf Duitse chauffeurs, genoemd in [4.19], voor wie het gewoonlijke werkland Duitsland is, zodat de verwijzingsregel van artikel 8 lid 2 Rome I Duits recht aanwijst.

*Rechtspraak en literatuur over de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit als voorrangregels*

4.28. In de recente rechtspraak is steun te vinden voor de opvatting dat de Wet Bpf 2000 voorrangregels bevat, wel met de aantekening dat het in deze procedures ging over werknemers voor wie Nederland het gewoonlijke werkland was.<sup>17</sup> Lutjens is deze rechtspraak in zijn laatste druk van het Asserdeel Pensioen bijgevalen.<sup>18</sup> Ook Hoppers en Van Kampen verdedigden dat de Wet Bpf 2000 en

het Verplichtstellingsbesluit voorrangregels bevatten.<sup>19</sup> Aan de andere kant wordt verdedigd dat de doelstellingen van de Wet Bpf 2000 (geen concurrentie tussen werkgevers op pensioenen, verhoging solidariteit in de bedrijfstak en voorkomen van witte en grijze plekken) onvoldoende zwaarwegend zijn om de wettelijke bepalingen te kwalificeren als bijzonder dwingend recht.<sup>20</sup> Daarbij kan ook nog worden gewezen op de in Duitsland verdedigde visie dat bepalingen uit algemeen verbindend verklaarde cao's en daarmee gelijk te stellen bepalingen niet voor die kwalificatie in aanmerking kunnen komen. De omstandigheid dat de wetgever de regeling aan de sociale partners overlaat, maakt dat die regeling minder betrokken is op de zwaarwegende openbare belangen van dat land.<sup>21</sup>

16 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 2019/206; Asser/Vonken 10-I 2018/600; A.M. Helstone, *De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorrangregel in de betekenis van artikel Rome I?* TPV 2018/48, § 3.2.

17 Rb Noord-Nederland 15 november 2016 ECLI:NL:RBNNE:2016:4935, *PJ 2017/9, Pensioenfondsen Vervoer/AFMB*; Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019 ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, *PJ 2019/74, Presta Meat/VLEP* en Rechtbank Den Haag 23 mei 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:5563, *PJ 2019/101, Heinze/VLEP*.

18 Asser/Lutjes 7-XII 2019/769, in afwijking overigens van zijn standpunt in de vorige druk Asser/Lutjes 7-XII 2016(oud)/730.

19 F. Hoppers, *Verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende arbeid*, TAO 2014/3, p. 84, 87; E.K.W. van Kampen in zijn noot onder Ktr. Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935 (*AFMB/Bpf Vervoer*), TAO 2017/1, § 7.

20 A.M. Helstone, *De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorrangregel in de betekenis van artikel Rome I?* TPV 2018/48, § 4.1; vgl. ook M.C.W. Tomeij, *Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?* TPV 2017/21 § 4.

21 Vgl. het Duitse recht, dat meebrengt dat algemeen verbindend verklaarde pensioenregelingen slechts zelden in het buitenland werkzame werknemers beogen te binden; in dat geval zal dat uitdrukkelijk moeten zijn vermeld: Claudia Bittner, *Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht*, Tübingen 2000/ heruitgave 2020, p. 424, 438/9: een *Günstigkeitsvergleich* is voldoende; “*Es gibt kein anzuerkennendes deutsches Interesse das eigene Kollisionsrecht zu überstimmen*” (p. 450); vgl. ook haar opmerking dat wat de wetgever via *Tarifverträge* (cao's) aan de sociale partners overlaat, zelden een *Eingriffsnorm* zal zijn (p. 305). Vgl. verder de opvatting volgens welke slechts de bepalingen uit het *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung* die de werknemer tegen insolventie van de werkgever/pensioeninstelling beschermen, als *Eingriffsnorm* worden beschouwd (p. 306).

*Beslissing van het hof: Wet Bpf en Verplichtstellingsbesluit bevatten geen voorrangsregels voor Duitse chauffeurs voor wie het gewoonlijke werkland Duitsland is*

4.29. Uit het Alnati-arrest,<sup>22</sup> maar ook uit artikel 9 lid 3 Rome I, volgt weliswaar dat bepalingen van bijzonder dwingend recht ook als zodanig tot gelding kunnen komen buiten het territorium van de Staat die deze bepalingen heeft vastgesteld. Naar het oordeel van het hof worden de Nederlandse fundamentele, dwingende belangen van sociaal-economische aard met betrekking tot de Nederlandse markt voor tweede-pijlerpensioenen echter niet of onvoldoende geraakt als een in het buitenland werkzame werknemer en zijn Nederlandse werkgever wat het aanvullende pensioen betreft kiezen voor toepasselijkheid van het rechtsstelsel van het gewoonlijke werkland van de werknemer. De in 4.4. vermelde doelstellingen van de Wet Bpf 2000 zien met name op de Nederlandse arbeidsmarkt. De doelstellingen zijn daarom niet van zodanig gewicht dat de Wet Bpf 2000 en het Verplichtingsbesluit zonder de mogelijkheid van een afwijkende rechtskeuze moeten worden doorgezet ten opzichte van werknemers die in het buitenland hun gewoonlijke werkland hebben.<sup>23</sup> De terughoudendheid om regels als voorrangsregels te kwalificeren speelt daarbij een belangrijke rol.

*Slotsom*

4.30. De slotsom is dat de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit geen voorrangsregels bevatten wat de rechtsverhouding betreft tussen [gedaagde] en de vijf Duitse chauffeurs, voor wie Duitsland het gewoonlijke werkland is.

*§ 9 Overige stellingen van [gedaagde]*

4.31. In deze paragraaf worden enkele verweren van [gedaagde] besproken die zij heeft aangevoerd voor het geval het hof beslist dat de Duitse chauffeurs verplicht zijn aangesloten bij het Pensioenfonds Vervoer. Die verweren hebben dus betrekking op de vijf in [4.18] genoemde Duitse chauffeurs.

4.32. Het beroep op schending van de vrijheid van dienstverlening, zoals verankerd in de artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (WVEU), en op HvJ EU 18 december 2007 C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, NJ 2008/150, *Laval*) (nr. 5.31 van de conclusie van antwoord) heeft [gedaagde] onvoldoende uitgewerkt, zodat het hof daaraan voorbij moet gaan.

4.33. De verschillen die [gedaagde] heeft beschreven tussen de Nederlandse AOW en de Duitse Rentenversicherung (nrs. 6.1 tot en met 6.9 van de conclusie van antwoord) leiden ten aanzien van de vijf Duitse chauffeurs, voor wie Duitsland het gewoonlijke werkland is, niet tot een andere conclusie, evenmin als de stellingen van [gedaagde] omtrent de fiscale bovenmatigheid van het bedrijfstakpensioen van het Pensioenfonds Vervoer bovenop de uitkering van de Rentenversicherung (nrs. 6.10 tot en met 6.17). De wenselijkheid om voor werknemers voor wie Nederland het gewoonlijke werkland is een goed tweede-pijlerpensioen te verzekeren en het daarop gebaseerde dwingendrechtelijke kader van de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit wegen dermate zwaar, dat bezwaren omtrent de aansluiting van het bedrijfspensioen op de *Rentenversicherung* en de fiscale behandeling van premie en uitkering daarin geen verandering kunnen brengen. [gedaagde] zou mogelijk voor deze chauffeurs vrijstelling van de aansluitplicht op grond van artikel 13 Wet Bpf 2000 kunnen vragen. Het beroep op artikel 2 lid 3 Wet Bpf 2000 heeft [gedaagde] onvoldoende uitgewerkt. Het hof oordeelt daarom ook dat verplichtstelling van deelname aan het bedrijfstakpensioen van het Pensioenfonds Vervoer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Het beroep op de

22 HR 13 mei 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB5654, NJ 1967/3, 6e alinea.

23 Vgl. M.C.W. Tomeij, *Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?* TPV 2017/21 § 4.1.2 die een en ander baseert op uitleg van het Verplichtstellingsbesluit; A.G. van Marwijk Kooy in nr. 5 van zijn noot onder Rb Den Haag 9 juni 2011 ECLI:NL:SGR:2011:BR1683, PJ 2011/113 en A.G. van Marwijk Kooy/M.C.W. Tomeij, *De relatie werkgever/werknemer*, in: E. Luttjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 212. Zie ook *Asser-Vonken 10-I* 2018/609 die vermeldt dat op het terrein van het arbeidsrecht voor toepasselijkheid van voorrangsregels praktisch steeds een bepaalde territoriale betrokkenheid met de Nederlandse rechtsfeer bestaat; vgl. HR 23 oktober 1987, NJ 1988/842, *Sorensen/Aramco* en HR 18 september 2020 ECLI:NL:HR:2020:1443, *Nagico/JLA*, ro 3.3.2; vgl. NV Kamerstukken II, 2009-10, 32 137, nr. 6, p. 6 en *Asser-Vonken 10-I* 2018/612 e.v.

derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (nrs. 7.6 tot en met 7.9 van de conclusie van antwoord) wordt daarom ook verworpen.

#### *Verordening 883/2004*

4.34. Het hof verwerpt de stelling van [gedaagde] dat de verplichte deelneming in het Pensioenfonds Vervoer een uitkering is bij ouderdom in de zin van artikel 3 lid 1 sub d van Verordening 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (hierna: de Coördinatieverordening), zodat op grond van artikel 11 Coördinatieverordening de *Rentenversicherung* voorgaat boven de verplichte deelneming in het Pensioenfonds Vervoer. De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen zou alleen dan binnen de reikwijdte van de Coördinatieverordening vallen voor zover de Nederlandse regering daarentrent een verklaring zou hebben opgesteld als bedoeld in de artikelen 1 sub l en 9 lid 1 Coördinatieverordening of artikel 5 lid 1 van haar voorganger, Verordening 1408/71. Uit de definitiebepaling van de term “*wetgeving*” volgt immers dat contractuele bepalingen niet onder de term vallen, tenzij het gaat om (1) contractuele bepalingen die een verzekeringsplicht instellen die is afgeleid van regelgeving op het gebied van de in artikel 3 genoemde takken van sociale zekerheid of (2) regelingen die bij een besluit van het bevoegde overheidsorgaan algemeen verbindend zijn verklaard of een ruimere werkingssfeer hebben gekregen, mits de lidstaat een verklaring in die zin heeft opgesteld. De Nederlandse regering heeft een dergelijke verklaring niet opgesteld, zodat de verplichte deelneming buiten het toepassingsgebied van de Coördinatieverordening valt. De regering gaat er dan ook van uit dat de Coördinatieverordening niet van toepassing is op verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen.<sup>24</sup> Toepasselijkheid van de Coördinatieverordening kan evenmin worden afgeleid uit de voorgestelde wijziging van Bijlage 11, rubriek Nederland, onderdeel f bij de verordening.<sup>25</sup>

24 MvT Kamerstukken II 2000-01 27 649 nr. 3 p. 1; Nota nav Verslag Kamerstukken II 2000-01 27 649 nr. 5 p. 3, laatste alinea.

25 Zie Wijzigingsvoorstel Coördinatieverordening 883/2004, COM (2016) 815 def, p. 21 en COM (2016) 815 def, bijlage, annexen, p. 4.

#### *5. Slotsom*

5.1. Uit al het voorgaande volgt dat onderdeel 2 van het petitum zal worden toegewezen, dat ten opzichte van [C], [D], [F], [K] en [L] onderdeel 3 van het petitum zal worden toegewezen en dat de onderdelen 1, 4 en 5 zullen worden afgewezen. Het anders of meer gevorderde zal worden afgewezen.

5.2. In artikel 4 van de tussen partijen gesloten Prorogatieovereenkomst van 2/8 januari 2020 hebben partijen afspraken gemaakt over de kosten van deze procedure. Partijen hebben geen proceskostenveroordeling gevorderd. Het hof zal daarom geen proceskostenveroordeling uitspreken.

#### *6. De beslissing*

Het hof, recht doende bij prorogatie: verklaart voor recht dat de arbeidsovereenkomsten van de Duitse chauffeurs worden beheerst door Nederlands recht, omdat [gedaagde] en deze werknemers dit recht hebben gekozen overeenkomstig artikelen 3 en 8 lid 1 van Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: Rome I), zodat de Duitse werknemers verplicht zijn tot deelneming in het Pensioenfonds Vervoer; verklaart voor recht dat Nederland het land is van waaruit de werknemers [C], [D], [F], [K] en [L] ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst met [gedaagde] gewoonlijk hun arbeid verrichten in de zin van artikel 8 lid 2 Rome I; wijst af het anders of meer gevorderde.

#### **NOOT**

Partijen in deze zaak hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het gerechtshof in eerste instantie te kiezen om het geschil voor te leggen. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde Verplichtstellingsbesluit tot deelneming aan het Pensioenfonds Vervoer (hierna: Verplichtstellingsbesluit) van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst van Duitse chauffeurs in dienst van de onderneming. Nadat het hof heeft vastgesteld dat de chauffeurs gezien de rechtskeuze voor het Nederlandse recht, verplicht zijn aangesloten bij het Pensioen-

fonds Vervoer, bepaalt het hof op basis van art. 8 Rome I Verordening (EG) nr. 592/2008 (hierna: Rome I) het objectief toepasselijke recht. Aan de hand van de bekende criteria uit het *Koelzsch*-arrest (HvJ EU 15 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:151) concludeert het hof dat voor vijf van de tien Duitse werknemers Duitsland het gewoonlijk werkland is. Nu er geen kennelijk nauwere band is met een ander land moet het Duitse recht aangemerkt worden als het objectief toepasselijke recht. Ik richt me in het vervolg van deze noot op deze Duitse werknemers. Het onderhavige arrest onderscheidt zich namelijk voor wat betreft het objectief toepasselijke recht ten aanzien van deze werknemers van de eerdere AFMB zaken (rb. Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935, «JAR» 2017/6; hoger beroep: gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, «JAR» 2020/101) en VLEP zaken (rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, «JAR» 2019/157, m.nt. Van Schadewijk; rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2295) waarin steeds het Nederlandse recht (en daarmee de Wet Bpf 2000) als zodanig werd aangemerkt.

Een eerste belangwekkend punt betreft de overweging dat de Duitse werknemers gezien art. 8 lid 1 Rome I door de rechtskeuze voor het Nederlandse recht niet de bescherming kunnen verliezen die hen toekomt op grond van het objectief toepasselijke recht (het Duitse recht), ook als dit zou leiden tot dubbele pensioenaanspraken (zie r.o. 4.19). Het hof lijkt hiermee te zeggen dat de Duitse werknemers naast de verplichte aansluiting bij het Bedrijfspensioen Vervoer ook verplicht aangesloten kunnen zijn bij een Duits bedrijfspensioen ('betriebliche Altersversorgung'). Het is echter de vraag of een dergelijke dubbele pensioenaanspraak in overeenstemming is met het EU-recht. Het strookt bijvoorbeeld niet met het aan de Verordening (EG) nr. 883/2004 (recht op eerstelijner pensioen bij uitoefening vrij verkeer) en Richtlijn 98/94/EG (recht op tweedelijner pensioen bij detachering) ten grondslag liggende uitgangspunt dat slechts de wetgeving van één lidstaat van toepassing kan zijn. Daarnaast leidt een verplichte aansluiting bij twee nationale bedrijfspensioenen tot dubbele pensioenlasten als gevolg waarvan het vrije verkeer van vestiging wordt belemmerd.

Een tweede belangwekkend punt betreft de toepasselijkheid van art. 9 Rome I. Naar aanleiding van de vragen die zijn opgeworpen door de het Pensioenfonds Vervoer gaat het hof in op de *theoretische* vraag of in het geval geen rechtskeuze was gemaakt (voor het Nederlandse recht) de Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde Verplichtstellingsbesluit aangemerkt kunnen worden als bepalingen van bijzonder dwingend recht. Hiertoe moet allereerst de reikwijdte van de Wet Bpf 2000 worden vastgesteld ('scope rule'). Anders dan in het *Post Kogeko* vonnis (rb. Den Haag 9 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR1683, «JAR» 2011/176) oordeelt het hof dat de Wet Bpf van een in Nederland gevestigd bedrijf zich ook uitstrekt tot werknemers van wie het gewoonlijke werkland een ander land is. Ik merk op dat het hof hiermee geen algemene regel geeft met betrekking tot de territoriale werkingssfeer van de Wet Bpf 2000. Het overweegt slechts dat in het geval de rechtskeuze is gemaakt voor het Nederlandse recht (of in het geval Nederland het gewoonlijke werkland is), de werkingssfeer van de Wet Bpf zich ook kan uitstreken tot buiten Nederland. De vestigingsplaats van de werkgever in Nederland is hierbij beslissend.

De rechtbanken Noord-Nederland (AFMB) en Midden-Nederland (VLEP) (zie hierboven) oordeelden dat de Wet Bpf en de daarop gebaseerde verplichtstellingbesluiten moeten worden aangemerkt als bijzonder dwingend recht in de zin van art. 9 Rome I. De toets aan art. 9 Rome I was in deze zaken overigens feitelijk overbodig, nu het Nederlandse recht reeds op grond van art. 8 Rome I van toepassing was. Op de AFMB zaak is kritiek geweest in de literatuur. Zo is betoogd dat de expliciete uitsluiting van aanvullende pensioenen van de harde kern van de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG) een aanwijzing is dat de Wet Bpf en de daarop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten niet kunnen worden aangemerkt als bepalingen van bijzonder dwingend recht (zie met name A.M. Helstone, 'De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorangsregel in de betekenis van Rome I?', *TPV* 2018/48 en M.C.W. Tomeij, 'Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?', *TPV* 2017/21). Terwijl de rechtbank Midden-Nederland (VLEP) nog uitgebreid aandacht besteedt aan deze discussie, laat dit hof de bespiegelingen over art. 9 Rome I in relatie tot an-



dere onderdelen van het EU recht aan zich voorbijgaan. Zonder dit verder te motiveren oordeelt het hof – in navolging van Helstone (zie hierboven) – dat de doelstellingen van de Wet Bpf (geen concurrentie tussen werkgevers op en pensioenen, verhoging van de solidariteit en voorkomen van werkgevers die geen of een onvoldoende pensioenregeling voor hun werknemers hebben getroffen) onvoldoende zwaarwegend zijn om de wettelijke bepalingen te kwalificeren als bijzonder dwingend recht. Blijkens r.o. 4.29 heeft het hof hierbij met name die situatie voor ogen waarbij Nederland niet het gewoonlijke werkland is. Het enige nieuwe gezichtspunt dat deze uitspraak oplevert is wellicht de overweging dat het feit dat de Pensioenregeling tot stand komt door sociale partners aangeeft dat die ‘minder betrokken is op zwaarwegende belangen’ (r.o. 4.28). Hierdoor zal art. 9 Rome I minder snel in beeld komen.

Het is niet onbegrijpelijk dat art. 9 Rome I niet zover wordt opgerekt dat werknemers die niet gewoonlijk in Nederland werken (en waarbij geen rechtskeuze is gemaakt voor het Nederlands recht) verplicht zijn aangesloten bij het (Nederlandse) Pensioenfonds Vervoer. In ieder geval worden hiermee de eerder beschreven complicaties ten aanzien van dubbele pensioenaanspraken voorkomen. Een vraag die nog open staat, is of de Wet Bpf en de daarop gebaseerde verplichtingsbesluiten *wel* als bepalingen van bijzonder dwingend recht kunnen worden aangemerkt indien het recht van een ander land dan Nederland wordt aangewezen op basis van art. 8 lid 3 (vestiging werkgever) of art. 8 lid 4 (kennelijk nauwere band) Rome I (in plaats van art. 8 lid 2). Gezien de terughoudendheid die betracht moet worden om regels te kwalificeren als regels van bijzonder dwingend recht, (zie ook considerans nr. 37 bij Rome I) lijkt mij dat ook deze vraag ontkenkend moeten worden beantwoord.

mr. dr. A. Eleveld  
universitair docent sociaal recht, Vrije Universiteit

## 48

**Geen verschuiving bewijslast naar werkgever op grond van art. 7:655 BW**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden  
11 januari 2021, nr. 200.283.190/01,  
ECLI:NL:GHARL:2021:179  
(mr. Willemse, mr. Fikkers, mr. Zondag)

**Arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd. Bewijslastverdeling. Geen omkering bewijslast.**

[BW art. 6:248, 7:610, 7:655; Rv art. 150]

*Partijen hebben op 2 oktober 2019 een arbeidsovereenkomst ondertekend. In de aanhef van deze arbeidsovereenkomst staat ‘Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’ en in art. 1.1 is als ingangsdatum 1 oktober 2019 vermeld. De arbeidsovereenkomst vermeldt geen einddatum. Eind februari 2020 heeft de werkgever aan de werknemer laten weten dat de arbeidsovereenkomst niet verlengd zal worden en dat deze eindigt per 31 maart 2020. De werknemer stelt dat dit niet juist is, omdat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. De kantonrechter heeft de werknemer opgedragen om dit te bewijzen. De werknemer heeft hoger beroep ingesteld tegen de tussenbeschikking. Hij stelt dat de kantonrechter de werkgever had moeten opdragen om te bewijzen dat geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan.*

*Het hof stelt vast dat partijen uiteenlopende lezingen geven over de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst. Gelet hierop en op het ontbreken van nadere feiten, kan niet worden uitgemaakt dat de lezing van de werknemer de juiste is. Waar hij een bewijsaanbod heeft gedaan, heeft de kantonrechter hem daartoe terecht de gelegenheid gegeven. De stelling van de werknemer, dat art. 7:655 BW meebrengt dat bij gebreke van een schriftelijke vastlegging van de einddatum uitgegaan moet worden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is niet juist. Art. 7:655 BW bevat een informatieverplichting voor de werkgever, maar verbindt daaraan niet de*