

De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorrangregel in de betekenis van artikel 9 Rome I?

TPV 2018/48

In deze bijdrage staat een actueel en belangrijk pensioenvraagstuk centraal. Dit vraagstuk ligt op het snijvlak tussen pensioen en internationaal privaatrecht. Het gaat om een nadere verkenning van de vraag of de verplichtstelling van de Wet Bpf² kwalificeert als een regel van bijzonder dwingend recht als bedoeld in art. 9 van Rome I.³ Indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord is de verplichtstelling op – ook tijdelijk – in Nederland werkzame werknemers ongeacht het (overigens) toepasselijke recht. Tot nu toe is er in Nederland nog weinig rechtspraak die expliciet ingaat op deze vraag; de gedachtevorming in de literatuur is nog relatief pril en verdeeld.⁴ Het is te verwachten dat in de komende jaren in de rechtspraak nog vaak over dit vraagstuk zal worden gestreden. Ook hierin is het belang van de vraagstelling gelegen.

1. Inleiding en achtergrond

1.1 Plaatsbepaling van het onderwerp

De plaats en houdbaarheid van de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen is een actueel maatschappelijk en juridisch thema. Deze deelneming, zoals verankerd in de huidige regeling van de Wet Bpf, vervult een unieke en sociale functie binnen het aanvullende pensioenstelsel in Nederland. De verplichte deelneming zorgt ervoor dat een groot deel van de Nederlandse werknemerspopulatie naast een pensioen krachtens de AOW een aanvullend pensioen opbouwt. De Wet Bpf is gebaseerd op de pijlers van collectiviteit en solidariteit. Onderzoek wees eerder uit dat (omstreeks) 74% van het aantal werk-

nemers in Nederland op grond van de Wet Bpf verplicht is om in een bedrijfstakpensioenfonds deel te nemen: het gaat dus om een substantieel aantal binnen de werknemerspopulatie.⁵ In de kern kern worden met de verplichte deelneming de volgende drie doelstellingen nagestreefd:

1. Het voorkomen van concurrentie tussen werkgevers op de arbeidsvoorwaarde pensioen.
2. Het bewerkstelligen van solidariteit binnen een bedrijfstak.
3. Het tegengaan van witte vlekken (werkgevers die geen pensioenregeling voor hun werknemers hebben getroffen) en grijze vlekken (werkgevers die een pensioenregeling van inferieure kwaliteit voor hun werknemers hebben getroffen).⁶

Deze doelstellingen van de Wet Bpf zijn illustratief voor de sociale belangen die de verplichte deelneming binnen de Nederlandse rechtsorde beoogt te beschermen.

De in deze bijdrage te bespreken actuele vraag waarover een inhoudelijk debat in de literatuur wordt gevoerd is of de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten kunnen worden gekwalificeerd als bijzonder dwingend recht en van toepassing zijn op buitenlandse werknemers die in Nederland werkzaam zijn, *ongeacht het recht dat op hun arbeidsovereenkomst van toepassing is*.⁷ Bepalingen van bijzonder dwingend recht worden in het internationaal privaatrecht aangeduid als voorrangregels en zijn vastgelegd in art. 9 Rome I. Onder het bereik van Rome I vallen ook arbeidsovereenkomsten. Aangezien pensioen aange-merkt kan worden als een arbeidsvoorwaarde en tot stand komt als onderdeel van de arbeidsovereenkomst, is hiervoor ook het toepassingsbereik van Rome I relevant.⁸ In het geval van de verplichtstelling geldt dat de Wet Bpf een wettelijke pensioenplicht tot deelneming vestigt; hieraan ligt geen pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer ten grondslag. De PW⁹ stelt de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds daarom gelijk

1 Mr. drs. A.M. Helstone is Certified *Pension Lawyer*, advocaat en partner bij Stibbe te Amsterdam. Deze bijdrage is een bewerking van een afsluitende paper in het kader van de Leergang Pensioenrecht van prof. dr. E. Lutjens aan de Vrije Universiteit Amsterdam (2017/2018). Het onderzoek hiervoor is afgesloten op 28 september 2018.

2 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, *Stb.* 2000, 628.

3 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

4 Zie hierover: Lutjens twijfelt of de kwalificatie van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten als bijzonder dwingend recht juist is in *Asser/Lutjens 7-XI 2016/730*; F. Hoppers, 'Verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende arbeid', *TAO* 2014/3, p. 84-92; *Asser/Lutjens 7-XI 2016/725-729*; A.G. van Marwijk Kooij & M.C.W. Tomeij, 'Grensoverschrijdend pensioenverkeer', in E. Lutjens (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 207-213; de annotaties van L. de Graaf, *JAR* 2017/6; M.C.W. Tomeij, *PJ* 2017/9; M.C.W. Tomeij, 'Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?', *TPV* 2017/21; E.K.W. van Kampen, *TAO* 2017/1, p. 37-47.

5 Zie hiervoor M. Boumans & E. Lutjens, 'Pensioen' in: *De werknemerachtige in het sociaal recht, een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 169 en de Beleidsdoorlichting van het pensioenbeleid, 2013, p. 8, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 30982, 16. Zie over de verplichte deelneming en de oorsprong, pijlers en sociale doelstellingen van de Wet Bpf E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/256-265.

6 *Asser/Lutjens 7-XI 2016/264-265*. Zie voor een uitgebreid historisch overzicht: E. Lutjens, *Een halve eeuw solidariteit, 50 jaar Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds*, Amsterdam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Pensioenrecht Vrije Universiteit, 1999.

7 Zie hierover voetnoot 4.

8 *Asser/Lutjens 7-XI 2016/724* en zie ook de memorie van toelichting bij de Pensioenwet, waarin is opgemerkt dat wanneer een pensioenovereenkomst internationale aanknopingspunten heeft, dit wordt bepaald door het (toen nog) EVO, nu verankerd in Rome I (*Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 21).

9 Pensioenwet.

met een pensioenovereenkomst (art. 2 lid 2 PW). Nu werknemers pensioenaanspraken en rechten ontleen aan de verplichtstelling en deze in onderlinge samenhang met hun arbeidsovereenkomst dienen te worden beoordeeld, kan ervan worden uitgegaan dat de bepalingen voor arbeidsovereenkomsten van Rome I ook hierop onverkort van toepassing zijn.

Over de vraag of de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten kwalificeren als bijzonder dwingend recht als bedoeld in art. 9 Rome I, heeft de Hoge Raad zich tot nu toe nog niet uitgelaten. Een belangrijke aanleiding voor het huidige inhoudelijke debat in de literatuur is een uitspraak van Rechtbank Noord-Nederland¹⁰ die een bevestigend antwoord op deze vraag geeft: volgens deze rechtbank kwalificeert de verplichte deelneming als een voorrangsregel en bijzonder dwingend recht. In deze uitspraak ging het om een in Cyprus gevestigde uitzendonderneming die haar werknemers tijdelijk in Nederland liet werken bij Nederlandse vervoersondernemingen. Het Bpf vervoer is het bedrijfstakpensioenfonds dat de verplichtstelling voor de bedrijfstak vervoer uitvoert. De werkingssfeer van het toepasselijke verplichtstellingsbesluit bepaalt dat deze van toepassing is op werknemers die op basis van een uitzendovereenkomst als chauffeur werkzaam zijn in een in Nederland gevestigde onderneming. Op grond van het oordeel van de rechtbank geldt de verplichtstelling van Bpf vervoer als bijzonder dwingend recht in de betekenis van art. 9 Rome I en moet het ook op tijdelijk in Nederland werkzame medewerkers van de Cypriotische uitzendonderneming worden toegepast, ongeacht het toepasselijke recht. Het mag duidelijk zijn dat deze uitspraak verstrekkende gevolgen heeft. Indien dit oordeel juist is, kunnen de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten steeds van toepassing zijn (aangenomen dat de werkingssfeer van de verplichtstelling van toepassing is) bij tijdelijke arbeid in Nederland, ongeacht het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomsten.¹¹

Tot nu toe is dit de enige uitspraak waarin een rechter

zich expliciet over deze vraag heeft uitgelaten.¹² In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of dit oordeel wel juist is en of deze op grond van de juiste afwegingen tot stand is gekomen.¹³

Vorrangsregels zijn als volgt in art. 9 lid 1 Rome I gedefinieerd:

“Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn 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 werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst.”

Deze bepaling illustreert dat het in de betekenis van art. 9 Rome I gaat om dwingende regels van algemeen belang, en die een zelfstandig internationaal toepassingsbereik hebben: voldoet een regel aan deze kwalificatie, dan moet deze worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer valt en wel *ongeacht welk recht van toepassing is op de overeenkomst*. Voorrangsregels zijn dus als het ware *rechtskeuzebestendig*; ongeacht welk recht van toepassing is, moeten deze worden toegepast. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 9 Rome I en de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat voor deze kwalificatie strenge eisen gelden; het moet om publieke bepalingen van bijzonder dwingendrechtelijke aard gaan die van zo fundamenteel belang zijn voor de nationale rechtsorde

10 Rb. Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935 (*AFMB/Bpf Vervoer*).

11 Ik wijs erop dat de bedrijfstak vervoer bij uitstek een sector is waar arbeidsmigratie aan de orde van de dag is. De oorzaak hiervoor is (onder meer) gelegen in de uitbreidingen van de EU-lidstaten in 2004 en 2007. Zie hierover bijvoorbeeld E.J.A. Franssen, ‘Concurrerende arbeidsvoorwaarden in het internationale wegtransport’, *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2016/2. Naast de vervoerssector kan ook worden gedacht aan de bouwsector, waar veel buitenlandse werknemers tijdelijk tewerk worden gesteld.

12 Voorafgaand aan deze uitspraak was het debat in de literatuur overigens al wel geïntieerd, als gevolg van eerdere uitspraken waarin de vraag naar de kwalificatie van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten als bijzonder dwingend recht uiteindelijk niet inhoudelijk door de rechter zijn beantwoord: zie bijvoorbeeld *Bpf Vervoer/Post Kogeko* (eerste aanleg), *PJ* 2011/137, m.nt. A.G. van Marwijk Koop en in hoger beroep Hof Den Haag 22 oktober 2013, *PJ* 2013/200, m.nt. M.C.W. Tomeij en naar aanleiding van deze zaak opnieuw Hoppers 2014 a.w. Ik wijs ook op A.G. van Marwijk Koop & M.C.W. Tomeij, ‘Grensoverschrijdend pensioenverkeer’, in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 207–213 die de kwalificatie van bijzonder dwingend recht waarschijnlijk achten. Tomeij is op grond van de uitspraak van Rechtbank Noord-Nederland kritisch en is van mening dat art. 9 Rome I niet moet worden toegepast: zie hiervoor haar annotaties bij deze uitspraak *PJ* 2017/9 en *TPV* 2017/21. Ook De Graaf is deze mening toegedaan: *JAR* 2017/6. Franssen heeft erop gewezen dat geenszins zeker is dat de Pensioenwet niet onder art. 7 EVO valt: Rb. Den Haag 9 juni 2011, *JAR* 2011/176. Zie ook de uitspraken van Rb. Midden-Nederland 18 maart 2015, *PJ* 2015/81, m.nt. M.C.W. Tomeij (*Rimec*) en van 22 juli 2015, *PJ* 2015/151, *JAR* 2015/203, m.nt. E.J.A. Franssen (*Mecra, voorheen Rimec*) en het hoger beroep hiervan: Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, *PJ* 2018/61, m.nt. M.C.W. Tomeij, ECLI:NL:GHARL:2018:1942, *JAR* 2018/86, *RAR* 2018/79.

13 Zie hiervoor de annotaties van L. de Graaf, *JAR* 2017/6 en M.C.W. Tomeij, *PJ* 2017/9 en ‘Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?’, *TPV* 2017/21 (hierna verwijs ik uitsluitend naar deze laatste – meest uitvoerige – publicatie van Tomeij in Tomeij 2017 a.w.) die kritisch zijn over de uitspraak: zij zijn van mening dat de verplichtstelling niet kwalificeert als een regel van bijzonder dwingend recht. Zie anders en in positieve zin over de uitkomst van de uitspraak: E.K.W. van Kampen, *TAO* 2017/1, p. 37–47. Van Kampen is genuanceerd over de rechterlijke afwegingen en plaatst hierbij ook kanttekeningen, maar meent uiteindelijk dat de uitkomst juist is.

dat deze, ongeacht de rechtskeuze van partijen, moeten worden toegepast.¹⁴

De kwalificatie van de verplichte deelneming als bijzonder dwingend recht ex art. 9 Rome I heeft verstrekkende gevolgen. Indien de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten inderdaad als bijzonder dwingend recht ex art. 9 Rome I moeten worden aangemerkt (en in de situatie dat deze werknemers onder de werkingsfeer van een op de Wet Bpf gebaseerd verplichtstellingsbesluit vallen), dan brengt de verplichte deelneming voor het bedrijfstakpensioenfonds met zich mee dat de werknemers alsnog en met terugwerkende kracht door het bedrijfstakpensioenfonds moeten worden aangesloten en zal er in ieder geval voor de onderneming een verplichting zijn premies voor deze werknemers af te dragen aan het betrokken bedrijfstakpensioenfonds.¹⁵ Niet-naleving van deze verplichting kan ertoe leiden dat het bedrijfstakpensioenfonds de verschuldigde premies bij dwangbevel kan invorderen. Daarnaast dient de onderneming zich aan alle statuten, reglementen en andere regels van het bedrijfstakpensioenfonds te houden (art. 4 Wet Bpf).

Vaststaat dat de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten door de Nederlandse wetgever van belang worden geacht voor de bescherming van de beoogde doelstellingen van collectiviteit en solidariteit binnen het Nederlandse territorium.¹⁶ Dit enkele gegeven rechtvaardigt echter op zichzelf nog niet dat de Wet Bpf hierdoor ook automatisch als bijzonder dwingend recht heeft te gelden in de betekenis van art. 9 Rome I.¹⁷ Hiervoor is, mede gelet op de beginselen van internationaal privaatrecht, een analyse noodzakelijk aan de hand van de betekenis van bijzonder dwingend recht in art. 9 Rome I.

1.2 Afbakening van het onderwerp, vraagstelling en methode van onderzoek

Tegen deze achtergrond is de vraag die in deze bijdrage centraal staat of de bepalingen van de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten kunnen worden aangemerkt als bijzonder dwingend recht in de betekenis van art. 9 Rome I.

Voor toepassing en beantwoording van de onderzoeksvraag is de methode van onderzoek gebaseerd op een juridische analyse van de totstandkomingsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie ter zake van de reikwijdte en uitleg van het begrip 'bijzonder dwingend recht' in art. 9 Rome I. Aan de hand hiervan wordt de kwalificatie van de Wet Bpf en hierop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten getoetst in de context van art. 9 Rome I.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt nader ingegaan op de oorsprong, doelstellingen en belangrijkste kenmerken van de Wet Bpf en de verplichtstellingsbesluiten. Vervolgens bespreek ik de oorsprong,

plaats en kwalificatie van art. 9 Rome I en het leerstuk van voorrangsregels binnen het internationaal privaatrecht. In deze analyse betrek ik de relevante jurisprudentie en literatuur en ga ik in op de verhouding tussen Rome I en de detachingsrichtlijn ('Detachingsrichtlijn')¹⁸ die van belang is voor de minimale bescherming voor arbeidsvoorwaarden van grensoverschrijdende werknemers die tijdelijk in andere lidstaten worden gedetacheerd. Daarna volgt een analyse met de relevante overwegingen. Ik sluit af met een aantal observaties in verband met de vraagstelling.

Ik streef met de hiernavolgende analyse, gelet op de reikwijdte van deze bijdrage, geen volledigheid na. Daarvoor is het onderwerp van de vraagstelling te veelomvattend en omvangrijk. Het onderzoek blijft nadrukkelijk beperkt tot de beantwoording van de vraag of de verplichtstelling bijzonder dwingend recht is in de betekenis van art. 9 Rome I. Andere vragen, zoals de vraag of de verplichtstelling als dwingende reden van algemeen belang kan worden aangemerkt in het licht van het vrij verkeer van diensten of hoe de verplichtstelling moet worden geduid in de betekenis van andere Europese en nationale wet- en regelgeving, blijven dus volledig buiten beschouwing.

Voor het meest recente inhoudelijke debat over de vraagstelling naar aanleiding van de AFMB-uitspraak wijs ik op de standpunten die respectievelijk De Graaf, Van Kampen en Tomeij hierover in de literatuur hebben ingenomen.¹⁹ Doel van deze bijdrage is op basis van een analyse van deze standpunten en overige literatuur en relevante jurisprudentie tot een algemeen toetsingskader voor de beoordeling van de vraagstelling te komen.

1.3 Belang van het onderwerp

Het belang van nadere gedachtevorming over deze vraagstelling is groot. Deze vraag zal als gevolg van de toename van transnationale detachering en het in Nederland tijdelijk aantal werkzame arbeidsmigranten²⁰ steeds vaker

14 Zie hiervoor bijvoorbeeld: L. Strikwerda, *Inleiding tot het Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 69-72 en A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

15 Zie hiervoor ook HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39, *JAR* 2012/70.

16 *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/264-265.

17 Zie ook De Graaf 2016 a.w. en Tomeij 2017 a.w.

18 Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* 1997, L 18/1 en onlangs herzien door Richtlijn (EU) 2018/957 van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG, *PbEU* 2018, L 173/16 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. De Detachingsrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (*Stb.* 2016, 219). Ik besteed, gelet op de reikwijdte van deze bijdrage, verder geen aandacht aan de Nederlandse wetgeving.

19 De Graaf en Tomeij achten de AFMB-uitspraak niet juist; Van Kampen – met enige nuanceringen – kan zich wel verenigen met de uitkomst. De analyse van Tomeij is zeer grondig en uitvoerig waar het de betekenis van art. 9 Rome I voor de verplichtstelling betreft.

20 Uit onderzoek blijkt dat tussen 2010 en 2014 sprake was van een stijging van maar liefst 45% van het aantal gedetacheerde werknemers binnen de EU. In 2014 waren dat 1,9 mln. Europese detacheringen. Zie hiervoor: *Informatieblad van de Europese Commissie*, 'Herziening Detachingsrichtlijn – veelgestelde vragen', 8 maart 2016 (MEMO/16/467). Zie over de toename van buitenlandse arbeid in Nederland ook de recente Macro Economische Verkenning (MEV) 2019 van het Centraal Planbureau (*Economie bloeit, Internationale onzekerheden*), p. 44 (raadpleegbaar via www.cpb.nl). Zie ook Tomeij 2017 a.w., p. 1 die wijst op het belang van het tegengaan van oneigenlijke concurrentie waardoor werknemers goedkoper en zonder pensioenbescherming in Nederland zouden kunnen werken, indien de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds niet op deze grensoverschrijdende werknemers van toepassing zou zijn.

door de Nederlandse rechter moeten worden beantwoord. Verder valt ook te wijzen op de toename van grensoverschrijdende vormen van platformarbeid in en buiten de EU, waarbij de huidige digitale platformsamenleving plaats-onafhankelijk werk stimuleert. Ook als gevolg van deze maatschappelijke ontwikkeling zullen zich naar verwachting steeds meer complexe grensoverschrijdende vraagstukken voordoen met betrekking tot de vraag naar het toepasselijk recht. De vraag welk minimum aan arbeidsrechtelijke en sociale bescherming zou moeten gelden voor 'platform-werknemers' is zeer actueel en de vraag naar de verplichtstelling als regel van bijzonder dwingend recht zal dan mogelijk ook als onderdeel hiervan steeds vaker in geschillen aan de rechter worden voorgelegd.²¹

Tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde ontwikkelingen wordt met deze bijdrage beoogd om pensioenrechtbeoefenaars een algemeen kader van de relevante gezichtspunten op grond van het internationaal privaatrecht aan te reiken aan de hand waarvan zij voor de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten kunnen bezien wat de precieze betekenis is van art. 9 Rome I. Zo bezien kunnen de uitkomsten van het onderzoek voor deze bijdrage wellicht ook een bijdrage leveren aan de bredere gedachtevorming over de betekenis van art. 9 Rome I en het internationaal privaatrecht voor diverse andere onderdelen van het pensioenrecht. Naast de hiervoor genoemde ontwikkelingen is grensoverschrijdend pensioenverkeer immers ook een actueel juridisch thema. Hierbij komen ook andere vragen aan de orde op het snijvlak tussen pensioenrecht en internationaal privaatrecht, zoals de vraag wat onder Nederlandse sociale en arbeidswetgeving bij grensoverschrijdende uitvoering moet worden verstaan.

2. De wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten: oorsprong, doelstellingen, werkingssfeer en sociale functie

2.1 Oorsprong en doelstellingen

Sinds 26 maart 1949²² geldt de wettelijke regeling voor verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. De regeling is herzien en gemoderniseerd in de huidige wettelijke regeling van de Wet Bpf die sinds 1 januari 2001 van kracht is. De oorspronkelijke doelstellingen bij invoering in 1949 waren gebaseerd op 1. het tegengaan van concurrentie en 2. het in sociaal opzicht zoveel mogelijk gelijkmaken en in stand houden van de arbeidsvoorwaarde pensioen in een bedrijfstak. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wetgever het sociale belang van de verplichte deelneming nadrukkelijk als rechtvaardiging voor de Wet Bpf heeft benadrukt.²³

Bij de herziening van de Wet Bpf zijn de hiervoor genoemde doelstellingen en het sociale belang gehand-

haafd.²⁴ In aanvulling hierop is als doelstelling genoemd het verkleinen van zogenoemde witte en grijze vlekken: zoals in de inleiding reeds toegelicht, voorziet de verplichte deelneming in een aanvullende pensioenvoorziening voor werknemers van wie de werkgever geen of een slechte pensioenregeling heeft.²⁵ De oorspronkelijke pijlers van collectiviteit en solidariteit zijn hierin duidelijk terug te zien.

2.2 Totstandkoming en werkingssfeer van de verplichtstelling

De verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds komt tot stand door een verplichtstellingsbesluit van de Minister van SZW op aanvraag van sociale partners. De verplichtstelling vestigt op grond van de Wet Bpf een wettelijke pensioenplicht in de bedrijfstak waarop het verplichtstellingsbesluit van toepassing is. De reikwijdte van de verplichtstelling is omschreven in het verplichtstellingsbesluit. Deze omschrijving van de reikwijdte van de verplichtstelling is gebaseerd op de aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven. Het bijzondere karakter van de verplichte deelneming bestaat er dus uit dat de grondslag hiervoor niet is gelegen in een pensioenovereenkomst, maar op een wettelijke fictie die wordt gevestigd door het verplichtstellingsbesluit.²⁶ Op grond van de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 is de verplichtstelling bedoeld als instrument om de primaire verantwoordelijkheid te ondersteunen van sociale partners voor de arbeidsvoorwaarde pensioen.²⁷

Het verplichtstellingsbesluit kwalificeert als materiële wetgeving en is daarmee dus recht als bedoeld in art. 79 Wet RO.²⁸ Deze kwalificatie is, zoals hierna ook bij de analyse van de vraagstelling zal blijken, van belang omdat art. 9 Rome I nadrukkelijk verwijst naar bijzonder dwingend 'recht'. Zowel de Wet Bpf als verplichtstellingsbesluiten kunnen dus onder het toepassingsbereik en de kwalificatie van bijzonder dwingend recht vallen als bedoeld in art. 9 Rome I.²⁹

2.3 Essentiële sociale functie; bescherming van belangen

Een bijzonder kenmerk van de Wet Bpf is ook dat deze slechts de mogelijkheid biedt tot deelneming in een hiertoe aangewezen bedrijfstakpensioenfonds. Het is dus niet mogelijk op grond van de Wet Bpf hiervoor naar keuze een eigen pensioenfonds aan te wijzen.³⁰ In feite hebben bedrijfstakpensioenfondsen dus een monopolie-positie. Gelet op de essentiële sociale functie van bedrijfstakpensioenfondsen en de hiervoor genoemde doelstellingen

24 Asser/Lutjens 7-XI 2016/265.

25 Asser/Lutjens 7-XI 2016/265.

26 Zie hiervoor ook art. 2 lid 2 onderdeel a PW dat de rechtsbetrekking tussen de werkgever en de werknemer in het geval van een verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenregeling gelijkstelt met een pensioenovereenkomst.

27 Zie hiervoor Par. 1 Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000 ('Doel van verplichtstelling').

28 Asser/Lutjens 7-XI 2016/258.

29 Zie hiervoor opnieuw Asser/Lutjens 7-XI 2016/258 en ook Tomeij 2017 a.w., p. 3; Hoppers a.w. 2014, p. 89 en Franssen a.w. 2013.

30 Asser/Lutjens 7-XI 2016/261.

21 Zie voor een recente behandeling van de problematiek met betrekking tot het toepasselijk recht bij deze platformarbeid M. Houwerzijl: 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: Een verkenning', TRA 2017/14.

22 Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, Stb. 1949, J 121.

23 Asser/Lutjens 7-XI 2016/264-265 en Lutjens 1999 a.w., p. 11-20 en p. 23-45.

van de Wet Bpf, is echter door het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') in een aantal arresten geoordeeld³¹ dat sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op het mededingingsrecht. Voor de toepassing van het mededingingsrecht en binnen het relevante toetsingskader van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU'),³² oordeelde het HvJ EU dat de verplichtstelling als een belangrijk instrument van economisch of sociaal beleid moet worden aangemerkt en bedrijfstakpensioenfondsen door hun bijzondere taak geacht worden een dienst van algemeen economisch belang uit te oefenen als bedoeld in art. 106 VWEU. Een belangrijke overweging van het HvJ EU hierbij was dat het bedrijfstakpensioenfonds zonder de verplichtstelling niet op basis van een economisch aanvaardbare grondslag zou kunnen functioneren. Alles overwegende bracht dit het HvJ EU tot de conclusie dat de verplichtstelling niet in strijd is met het mededingingsrecht.³³

2.4 Territoriale werkingssfeer Wet Bpf

Relevant is dat noch in de Pensioenwet noch in de Wet Bpf een territoriale bepaling is opgenomen waarmee de toepasselijkheid in grensoverschrijdende situaties nader is aangeduid.³⁴ Wel is in de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet gesteld dat voor de beoordeling van het toepasselijke recht op een pensioenovereenkomst met internationale aanknopingspunten, het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ('EVO'), thans Rome I, bepalend is. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de pensioenovereenkomst kan worden aangemerkt als onderdeel van de arbeidsovereenkomst en de bepalingen voor het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst uit het EVO en thans Rome I onverkort voor de pensioenovereenkomst gelden.³⁵

Tot zover de essentiële functie en de voor de vraagstelling van deze bijdrage belangrijkste kenmerken van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten. Alvorens in te gaan op de analyse van de vraagstelling, wordt hierna de plaats en duiding van voorrangsregels in de betekenis van art. 9 Rome I besproken.

3. Plaats en duiding van voorrangsregels en bijzonder dwingend recht ex artikel 9 Rome I

3.1 De oorsprong en het uitzonderingskarakter van artikel 9 Rome I

De regels van Rome I zijn van toepassing op alle overeenkomsten die op of na 17 december 2009 tot stand zijn gekomen.³⁶ Hieronder vallen ook arbeidsovereenkomsten. Voor het toepassingsbereik van Rome I is een voorwaarde dat er sprake moet zijn van een overeenkomst waarvoor moet worden gekozen uit het recht van verschillende landen.³⁷

Van belang is dat art. 7 EVO (de oudere en inmiddels vervallen pendant van het huidige art. 9 Rome I) al een verwijzing bevatte naar bijzonder dwingend recht. Een belangrijk precedent voor art. 7 EVO was een arrest van de Hoge Raad uit 1966,³⁸ waarin de kwalificatie van voorrangsregels aan de orde kwam. Volgens de Hoge Raad is sprake van een voorrangsregel als het gaat om een voorschrift waaraan een lidstaat zoveel waarde hecht dat er ook in een andere lidstaat rekening mee moet worden gehouden, *ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst*. Hiermee is het bijzondere karakter van de voorrangsregel duidelijk tot uitdrukking gebracht in dit arrest: het gaat om fundamentele openbare en bovenindividuele belangen die een lidstaat beoogt te beschermen en die rechtskeuzebestendig zijn. Hiervoor wordt aangenomen dat het doorgaans zal gaan om (semi)publieke voorschriften die deze belangen beogen te beschermen, zoals regels van het milieurecht, cultureel erfgoed, economisch ordeningsrecht en het recht ter regulering van de arbeidsmarkt en arbeidsomstandigheden zoals de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet en de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag.³⁹

Om tot een uniforme uitleg van de reikwijdte en het begrip van voorrangsregels in de lidstaten te komen, is art. 9 lid 1 Rome I op grond van de formulering van het HvJ EU in het *Arblade*-arrest⁴⁰ nader uitgewerkt.⁴¹ In dit arrest heeft het HvJ EU uitleg gegeven over bepalingen van bijzonder dwingend recht en verduidelijkt wat hieronder dient te worden verstaan: het moet dan gaan om nationale bepalingen van dwingend algemeen belang, i.e. waaraan zoveel belang door een lidstaat wordt gehecht voor

31 Zie hiervoor HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 t/m C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*), HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*) en HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, NJ 2000/233 (*Drijvende Bokken*).

32 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2012, C 246 van 26 oktober 2012.

33 Zie over de mededingingsrechtaspecten van bedrijfstakpensioenfondsen *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/268-270; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van sociale zekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 144 en M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en vrijheid van diensten en vestiging*, Amsterdam: Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam 2013 (2013-1) en in verband met de introductie van het algemeen pensioenfonds L. Kok e.a., 'Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds', *SEO Economisch Onderzoek* 2015-70, p. 13-42.

34 Zie hiervoor *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/724.

35 Voor de relevante passages uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Pensioenwet, *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 21 en *Kamerstukken I* 2006/07, 30413, C, p. 50.

36 Zie hiervoor art. 28 Rome I.

37 Zie hiervoor art. 1 lid 1 Rome I.

38 HR 13 mei 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB5654, NJ 1967/3, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Alnati*).

39 L.S. Strikwerda, 2015 a.w., p. 69. Zie bijvoorbeeld voor de kwalificatie als bijzonder dwingend recht het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) in HR 24 februari 2012, NJ 2012/274 (*Nuon*).

40 HvJ EG 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, *Jur.* 1999, p. I-0845, NJ 2000/251 (*Arblade*). In Nederland heeft het leerstuk van voorrangsregels een wettelijke basis gekregen in art. 10:7 BW. Gelet op de reikwijdte van de vraagstelling in deze bijdrage ga ik hier verder niet op in.

41 Zie over de totstandkoming van art. 9 Rome I in de context van de algemene verordening van Rome I ook: Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *OJ* C 318 van 23 december 2006, p. 60 en Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, Brussel 14 januari 2003, COM (2002) 654 definitief, p. 38-39.

de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van een lidstaat dat zij prevaleren boven ieder ander toepasselijk recht. In het *Unamar*-arrest dat na het *Arblade*-arrest volgde, heeft het HvJ EU overwogen dat voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht niet alleen de bewoordingen van de nationale bepalingen relevant zijn, maar ook een beoordeling moet worden gemaakt van de context en alle omstandigheden waarin deze bepalingen zijn vastgesteld. Daarnaast neemt het HvJ EU tot uitgangspunt dat art. 9 Rome I strikt moet worden uitgelegd en dat de rechter slechts bij uitzondering rekening mag houden met regels van bijzonder dwingend recht.⁴²

Deze restrictieve benadering van het HvJ EU kan goed worden verklaard door de plaats en duiding van voorrangregels van art. 9 Rome I naast de andere verwijzingsregels in Rome I.⁴³ Dat licht ik hierna toe, mede aan de hand van de uitleg en opvattingen in de literatuur.⁴⁴

3.2 De plaats van regels van bijzonder dwingend recht naast de andere verwijzingsregels van Rome I

Uitgangspunt voor de arbeidsovereenkomst is dat er een vrije rechtskeuze bestaat voor partijen (art. 3 Rome I); in het internationaal privaatrecht ook wel aangeduid als het *subjectief toepasselijke recht*. Deze rechtskeuze moet in beginsel worden gerespecteerd maar hierop bestaan twee uitzonderingen. Deze uitzonderingen zijn verankerd in respectievelijk art. 8 en 9 Rome I.

Ten eerste kan de vrije rechtskeuze worden beperkt door het 'gewone' dwingend recht. Art. 8 lid 1 (tweede volzin) Rome I bevat een bijzondere verwijzingsregel die is gebaseerd op het beschermingsbeginsel.⁴⁵ Dit artikel bepaalt hierover dat een rechtskeuze niet het gevolg kan hebben dat een werknemer de bescherming verliest van gunstigere dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn geweest volgens de aanwijzingsregels van art. 8 lid 2 t/m lid 4 Rome I. In het internationaal privaatrecht worden deze regels van dwingend recht ook wel aangeduid als het *objectieve toepasselijke recht*. Ratio van deze beperking door dwingend recht is dat de belangen van de werknemer als sociaaleconomisch zwakere partij bij de internationale arbeidsovereenkomst in deze bijzondere verwijzingsregel van art. 8 Rome I zijn meegewogen. Zoals hierna zal blijken, is het relevant om het dwingend recht van art. 8 Rome I te onderscheiden van het bijzonder dwingend recht van art. 9 Rome I om de

restrictieve uitleg van *bijzonder dwingend recht* te kunnen duiden.

Ten tweede kan de rechtskeuze nog verder worden beperkt door de regels van bijzonder dwingend recht als bedoeld in art. 9 lid 1 Rome I. In art. 9 lid 2 Rome I is bepaald dat de rechter die over het geschil beslist de bepalingen van bijzonder dwingend recht van zijn eigen rechtstelsel kan toepassen. Deze bepalingen worden in het internationaal privaatrecht aangeduid als de forale voorrangregels (*lex fori*).⁴⁶

Uit het voorgaande blijkt dat op een arbeidsovereenkomst die onder het toepassingsbereik van Rome I valt, dus in beginsel drie verschillende rechtstelsels van toepassing zouden kunnen zijn, namelijk a. het door partijen gekozen en subjectief toepasselijke recht (art. 3 Rome I), b. het objectieve toepasselijke recht voor zover het gaat om gunstigere dwingendrechtelijke bepalingen (art. 8 Rome I) en c. voorrangregels van bijzonder dwingend recht (art. 9 Rome I).⁴⁷

De reikwijdte van art. 9 Rome I is verduidelijkt in overweging 37 van de Considerans van Rome I. Zowel Lutjens als Tomeij⁴⁸ hebben terecht gewezen op het belang van deze Considerans voor de uitleg van het begrip van bijzonder dwingend recht. Ook hieruit volgt namelijk dat art. 9 Rome I strikt dient te worden uitgelegd in het licht van de aanvullende beperking op het beginsel van de vrije rechtskeuze van partijen, zoals hiervoor besproken:

“Overwegingen van algemeen belang rechtvaardigen dat de rechters van lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op rechtsfiguren zoals de exceptie van openbare orde en op bepalingen van bijzonder dwingend recht. De laatstbedoelde bepalingen moeten worden onderscheiden van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken en dat het begrip ‘bepalingen van bijzonder dwingend recht’ met meer terughoudendheid dient te worden gebezigd”.

Het uitzonderingskarakter dat in Overweging 37 van de Considerans van Rome I aan bijzonder dwingend recht wordt toegekend is goed verklaarbaar binnen de systematiek van de verwijzingsregels in respectievelijk art. 3, 8 en 9 Rome I, die hiervoor zijn besproken.⁴⁹

Hiervoor is ten eerste van belang dat de bijzondere ver-

42 HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663 (*Unamar*) en HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 (*Nikoforidis/Republiek Griekenland*). Zie voor de relevante overwegingen van het HvJ EU in *Unamar* in het bijzonder r.o. 49 en r.o. 50. Voor een beschouwing vanuit het perspectief van internationaal privaatrecht bij het *Nikoforidis*-arrest verwijs ik naar A.E. Oderkerk, 'Buitenlandse voorrangregels in de context van de Griekse crisis: geen rol voor het unierecht van loyale samenwerking', *NIPR* 2017/4.

43 *Asser/Vonken* 10-1 2018/600.

44 *Asser/Vonken* 10-1 2018/600; Strikwerda 2015 a.w., p. 66-72 en zie ook A.A.H. van Hoek, 'Openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht', in: H. Verschueren & M.S. Houwerzijl (red.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld* (serie Onderneming & Recht deel 48), Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 55-90.

45 Strikwerda 2015 a.w., p. 70.

46 Van Hoek 2009 a.w., p. 79.

47 Zie hiervoor ook M.S. Houwerzijl, 'Vrij verkeer van werknemers, detachering van werknemers, toepasselijk arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht', in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 3.11.7.

48 *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/730 en Tomeij 2017 a.w., p. 3. Tomeij voegt overweging 37 van de Considerans expliciet toe als mogelijk tegenargument in haar betoog dat de verplichtstelling niet als bijzonder dwingend recht kwalificeert.

49 De openbare orde exceptie die in Overweging 37 van de Considerans van Rome I wordt genoemd, moet dus worden onderscheiden van bepalingen van bijzonder dwingend recht. Wel geldt voor zowel de openbare orde exceptie als bijzonder dwingend recht dat de rechter deze alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan toepassen. Ik wijs in verband met de openbare orde exceptie ook op art. 21 Rome I, waaruit volgt dat de aanwijzingsregels voor het toepasselijke recht van Rome I slechts opzij kunnen worden gezet, indien deze toepassing kennelijk onvereenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.

wijzingsregel van art. 8 Rome I reeds in een beperking voorziet door *dwingend recht*. Hiermee zijn de belangen van de werknemer als sociaaleconomisch zwakkere partij reeds meegewogen in art. 8 Rome I (beschermingsbeginsel).⁵⁰ Op grond hiervan wordt in de literatuur aangenomen dat er slechts beperkte ruimte is voor toepassing van de voorrangsregels van art. 9 Rome I. Het risico bestaat anders dat via de voorrangsregels objectieve verwijzingsregels te snel terzijde kunnen worden gesteld en beschermende voorschriften van het eigen recht van een lidstaat al gauw als bijzonder dwingend recht in de zin van art. 9 Rome I van toepassing worden verklaard. Vonken heeft dit treffend verwoord door erop te wijzen dat op internationale overeenkomsten anders al te gemakkelijk ‘allerhande “parochiale” beschermende voorschriften van het eigen forale recht van toepassing kunnen worden verklaard’.⁵¹ Anders gezegd: voor de kwalificatie van rechtskeuzebestendige bepalingen van bijzonder dwingend recht gelden hoge eisen. Ik beschouw dit als een sterk en overtuigend argument voor de restrictieve uitleg van bijzonder dwingend recht in de betekenis van art. 9 Rome I. Daarnaast wijs ik op een tweede in de literatuur genoemd argument. Zoals hiervoor aangetoond, is het mogelijk dat de bestanddelen van een arbeidsovereenkomst door drie verschillende rechtstelsels worden beheerst: indien de materiële rechtsregels van de verschillende toepasselijke rechtstelsels niet op elkaar aansluiten, leidt dit tot ongewenste gevolgen en een verstoring van het internationale overeenkomstenverkeer. Deze redenering sluit mijns inziens aan bij het eerste argument: de vrije rechtskeuze zou in internationale arbeidsverhoudingen worden verstoord als te snel wordt aangenomen dat sprake is van bijzonder dwingend recht.⁵²

3.3 Scope-rule

Uit art. 9 Rome I volgt dat de openbare belangen binnen deze reikwijdte van zo fundamenteel belang moeten zijn ‘dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt’, ongeacht het toepasselijke recht. Het gaat hier om de zogenoemde scope-rule. De scope-rule volgt uit de reikwijdte die de Nederlandse wetgever zelf aan zijn wettelijke regelingen verbindt.⁵³ Hiervoor is bij de behandeling van de belangrijkste kenmerken van de Wet Bpf reeds genoemd dat de wet zelf geen territoriale werkingssfeer kent.⁵⁴ Echter, de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit is bepalend voor de scope c.q. reikwijdte en indien hierin wordt bepaald dat het gaat om een ieder die werkzaam is in Nederland, kan dit een relevant gezichtspunt zijn voor de beoordeling of de Nederlandse openbare orde in het ge-

ding is.⁵⁵ Op de openbare orde exceptie bij detachering van buitenlandse werknemers en de betekenis in de context van art. 9 Rome I kom ik hierna terug bij de Detacheringsrichtlijn.

Tot zover de betekenis en reikwijdte van art. 9 Rome I. Hoe verhoudt Rome I zich tot de Detacheringsrichtlijn en hoe moeten de regels van deze richtlijn in de betekenis van Rome I worden geduid?

3.4 De verhouding van Rome I tot de Detacheringsrichtlijn: welke bepalingen vallen onder bijzonder dwingend recht?

In de literatuur onderscheidt Houwerzijl⁵⁶ drie kerndoelstellingen die de Detacheringsrichtlijn beoogt en die relevant zijn voor de vraagstelling:

1. Europeesrechtelijke sociale minimum bescherming van de betrokken werknemers die worden gedetacheerd (*sociaal-politiek doel*);
2. eerlijke mededinging (*sociaaleconomisch doel*); en
3. rechtszekerheid voor werkgevers en werknemers (*internationaal privaatrechtelijk én Europees doel*).

Tegen deze achtergrond beoogt de Detacheringsrichtlijn (art. 3) een harde kern⁵⁷ van dwingende bepalingen voor minimale bescherming en arbeidsvoorwaarden vast te leggen die bij detachering van werknemers⁵⁸ in het land van tewerkstelling (het ‘ontvangende’ land) in acht moet worden genomen, ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst.⁵⁹ Het gaat bij deze harde kern om arbeidsvoorwaarden waarvoor de gedetacheerde werknemers minimale sociale bescherming krijgen: de minimum voorwaarde van bescherming telt en nadrukkelijk niet het niveau van de arbeidsvoorwaarden.⁶⁰ Onder de limitatieve opsomming van deze harde kern vallen bepalingen zoals de maximale werk- en minimale rusttijden, minimum aantal vakantiedagen, gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, beschermende maat-

50 Strikwerda 2015 a.w., p. 70.

51 Zie voor de volledige overweging A.P.M.J. Vonken in Asser/Vonken 10-I 2018/601, Restrictieve uitleg voorrangsregels: ‘Dit zou in het bijzonder op het terrein van het (commerciële) overeenkomstenrecht, kunnen leiden tot een onaanvaardbare verstoring van het internationale rechtsverkeer, in die zin dat – via de weg van de voorrangsregels – al te gemakkelijk allerhande “parochiale” beschermende voorschriften van het eigen forale recht van toepassing kunnen worden verklaard.’

52 Asser/Vonken 10-I 2018/600-601.

53 Strikwerda 2015 a.w., p. 72.

54 Zie opnieuw Asser/Lutjens 7-XI 2016/724.

55 Zie hiervoor Tomeij 2017 a.w. p. 5. Zij wijst er terecht en nadrukkelijk op dat *werken in Nederland* in de reikwijdte van verplichtstellingsbesluiten (zoals ook het geval in het verplichtstellingsbesluit van de Bpf vervoer die in het geding was van de AFMB-uitspraak) voldoende is om te kunnen voldoen aan de scope-rule eis van art. 9 lid 1 Rome I, ongeacht of sprake is van tijdelijk of gewoonlijk werken. Ook Van Marwijk Kooij heeft erop gewezen dat de Nederlandse openbare orde in het algemeen in het geding zal zijn als er op Nederlands territorium werkzaamheden worden uitgevoerd: Rb. Den Haag 9 juni 2011, PJ 2011/137, m.nt. A.G. van Marwijk Kooij.

56 M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van richtlijn 96/71/EG* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2005, p. 116.

57 Zie voor de uitwerking van de harde kern art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn; hierna wordt hierop nader ingegaan. Zie over de Detacheringsrichtlijn ook A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers: Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht, en IPR aan de hand van de detachingsrichtlijn* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: Sdu 2000 en M.S. Houwerzijl 2005 a.w.

58 Gelet op de reikwijdte van deze bijdrage en de kern van de vraagstelling, volsta ik hier te verwijzen naar het begrip ‘detachering’ zoals dit in de Detacheringsrichtlijn wordt gehanteerd. Het gaat dan – kort gezegd – om 1. detachering in het kader van aanneming van werk, 2. detachering in concernverband en 3. detachering via een uitzendconstructie.

59 Zie hiervoor art. 3 lid 1 eerste volzin Detacheringsrichtlijn.

60 Zie hiervoor Houwerzijl 2005 a.w., p. 115 e.v.

regelen voor zwangere of pas bevallen vrouwen, en regels voor gelijke behandeling en discriminatie.⁶¹

Uit overweging 34 van de Considerans van Rome I blijkt over de duiding van de Detacheringsrichtlijn het volgende:

“De bepaling inzake individuele arbeidsovereenkomsten mag geen afbreuk doen aan de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van terbeschikkingstelling overeenkomstig Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van *diensten* (de Detacheringsrichtlijn, *opmerking AH*).”

De betekenis van de Detacheringsrichtlijn voor art. 9 Rome I is hiermee duidelijk: de arbeidsvoorwaarden die tot de harde kern behoren van de Detacheringsrichtlijn worden in Rome I aangemerkt als voorrangsregels als bedoeld in art. 9 Rome I, i.e. als bepalingen van bijzonder dwingend recht. De Detacheringsrichtlijn kan dus worden beschouwd als een uitwerking van Rome I.⁶²

Relevant voor de vraagstelling is om te bezien of aanvullende pensioenen onder de harde kern van arbeidsvoorwaarden van de Detacheringsrichtlijn moeten worden verstaan. Immers, indien aanvullende pensioenen, zoals de verplichte deelneming van de Wet Bpf, onder deze harde kern vallen, is dit conform het voorgaande van belang voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht als bedoeld in Rome I. Aanvullende pensioenen zijn echter uitdrukkelijk uitgesloten in art. 3 lid 1 onderdeel c Detacheringsrichtlijn:

“minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen.”

De totstandkomingsgeschiedenis van de Detacheringsrichtlijn bevestigt deze uitsluiting van aanvullende bedrijfspensioenen. Uit de conclusies en aanbevelingen voor de interpretatie en implementatie van de Detacheringsrichtlijn van de ‘Working Party’ die de Europese Commissie na aanneming van de Detacheringsrichtlijn had ingesteld, volgt dat deze uitdrukkelijk overwogen dat aanvullende bedrijfs(tak)pensioenregelingen niet onder het begrip minimumloon uit de harde kern van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn vallen.⁶³

61 Zie hiervoor de opsomming in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn.

62 Zie hiervoor M.S. Houwerzijl in *T&C Arbeidsrecht* 2018, ‘Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie’, aant. 6, p. 1206; F. Laagland, ‘Navigeren door het labyrint van grensoverschrijdende detachering, de fundamentele verkeersvrijheden, de Detacheringsrichtlijn en het internationaal privaatrecht’, *ArA* 2016/2, p. 3-27 en zie ook Tomeij 2017 a.w., p. 5.

63 Deze werkgroep was een ‘ad hoc’ commissie die bestond uit nationale experts en diende tot afstemming en overleg in de lidstaten over de omzetting van de Detacheringsrichtlijn. Zie voor de totstandkomingsgeschiedenis en de uitsluiting van aanvullende pensioenen: *Report Working Party on the transposal of the Directive concerning the posting of workers, Results of meetings*, Brussels: European Commission; *Employment & Social Affairs: Industrial relations & industrial change 1999*, p. 7. en de analyse van de conclusies en aanbevelingen van deze werkgroep in Houwerzijl 2005 a.w., p. 135. Verder wijs ik erop dat aanvullende pensioenen ook niet in de WagwEU worden genoemd; zie hierover ook Van Kampen 2017 a.w., 42.

De achtergrond van deze uitsluiting is goed verklaarbaar gelet op de ratio van de Detacheringsrichtlijn: vanuit de ‘harde kern’-gedachte die hiervoor is beschreven gaat het slechts om een minimum aan sociale bescherming dat hiermee voor gedetacheerde werknemers wordt beoogd. Het gaat niet om het niveau van de arbeidsvoorwaarden maar om een minimum vangnet dat van toepassing is, ongeacht het toepasselijke recht. Hierbij zou dan ook niet passen dat aanvullende bedrijfspensioenen hiertoe zouden worden gerekend.

In de literatuur wordt de uitsluiting van aanvullende bedrijfspensioenen als belangrijk gezichtspunt meegewogen voor de argumentatie dat de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten niet kwalificeren als bijzonder dwingend recht. Lutjens, Tomeij en de Graaf hebben hierop gewezen en ook Van Hoek noemt de uitsluiting van aanvullende pensioenen als belangrijke aanwijzing dat de verplichte toepassing van aanvullende pensioenregelingen op naar Nederland gedetacheerde werknemers al snel in strijd zal komen met het EU-recht.⁶⁴ Ik sluit mij hierbij aan: de betekenis van deze uitsluiting in de Detacheringsrichtlijn kan mijns inziens niet los worden gezien van de kwalificatievraag in de context van art. 9 Rome I. Voor dit gezichtspunt is ook de restrictieve interpretatie die het HvJ EU geeft van het minimumkarakter van de harde kernbepalingen van de Detacheringsrichtlijn van belang.⁶⁵ In het licht van het vrij verkeer van diensten is het niet toegestaan om arbeidsvoorwaarden vast te stellen die verder strekken dan het minimum van de harde kern die in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn is opgenomen. Met andere woorden: het minimum van de Detacheringsrichtlijn moet om deze reden ook worden gekwalificeerd als maximum.⁶⁶ Dit sluit aan bij de kerngedachte van de Detacheringsrichtlijn: enerzijds wordt beoogd vrij verkeer van diensten te waarborgen en eerlijke concurrentie tussen de lidstaten te verzekeren en anderzijds een minimale sociale bescherming van werknemers als zij tijdelijk in een andere lidstaat te werk worden gesteld.⁶⁷

Ik merk nog op dat, naar aanleiding van de herziening van de Detacheringsrichtlijn,⁶⁸ in 2017 in het politieke debat

64 *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/730, Tomeij 2017 a.w., p. 5-6; De Graaf 2016 a.w., p. 13 en A.A.H. van Hoek in *T&C Arbeidsrecht* 2018, ‘Verordening (EG) 593/2008 verbintenissen uit overeenkomst (“Rome I”)', aant. 4, p. 1196.

65 Zie hiervoor HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, *Jur.* 2008, p. I-04323, r.o. 50 (*Commissie/Luxemburg*).

66 Zie hiervoor ook de arresten *Laval* (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, *JAR* 2008/21) en *Rüffert* (HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2007:809, *JAR* 2008/115). Zie hierover ook Van Kampen 2017 a.w., p. 41-42 en Tomeij 2017 a.w., p. 5.

67 Zie Overweging 5 in de Considerans van de Detacheringsrichtlijn. Zie hierover ook M.S. Houwerzijl in *T&C Arbeidsrecht* 2018, ‘Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie’, aant. 5, p. 1205 en zie ook het standpunt van Tomeij 2017 a.w., p. 5.

68 Richtlijn (EU) 2018/957 van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. Op 9 juli 2018 is de Richtlijn gepubliceerd in het Europese Staatsblad (L 173/16) en in werking getreden op 29 juli 2018. De uiterste implementatiedatum voor omzetting in de lidstaten is 30 juli 2020. Op deze herziening ga ik, gelet op de reikwijdte van de vraagstelling in deze paper, inhoudelijk niet verder in, nu de uitsluiting van aanvullende pensioenen in de harde kern van arbeidsvoorwaarden onverkort is gehandhaafd in art. 3, met dien verstande dat de tekst van art. 3 lid 1 onderdeel c nu luidt: ‘beloning, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op aanvullende bedrijfspensioenregelingen.’

in Nederland aan de orde is gesteld in hoeverre de aanvullende pensioenen wél zouden moeten worden gerekend tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden.⁶⁹ Hiervoor was echter blijkbaar onvoldoende steun op Europees niveau: de uitsluiting van aanvullende bedrijfspensioenen is thans onverkort in de herziene Detacheringsrichtlijn gehandhaafd.⁷⁰

Daarnaast wijs ik erop dat uit art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn volgt dat, in aanvulling op de harde kern van arbeidsvoorwaarden, bepalingen van 'openbare orde' van toepassing kunnen zijn. De onderlinge relatie tussen deze openbare orde exceptie in de Detacheringsrichtlijn en het begrip 'bijzonder dwingend recht' uit art. 9 Rome I kan als volgt worden geduid op basis van de jurisprudentie van het HvJ EU.⁷¹

Volgens het HvJ EU geldt deze openbare orde exceptie uit de Detacheringsrichtlijn slechts in geval van ernstige bedreigingen van fundamentele belangen die een staat beoogt te beschermen.⁷² In de literatuur wordt daarom aangenomen dat er geen vrijheid meer bestaat om het begrip van de bepalingen van bijzonder dwingend recht ex art. 9

Rome I ruimer te interpreteren dan de openbare orde exceptie van art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn.⁷³ Tot zover de relevante gezichtspunten. Dan nu de analyse en het algemeen toetsingskader voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht.

4. Analyse/algemeen toetsingskader

Voor een goed begrip en om de lezer in staat te stellen de analyse te volgen, formuleer ik hierna eerst de belangrijkste relevante overwegingen.

Met deze overwegingen wordt ook beoogd een algemeen toetsingskader aan te reiken voor de beantwoording van de vraagstelling.

1: De fundamentele belangentoets en het uitzonderingskarakter van bijzonder dwingend recht

- a. Het moet gaan om bepalingen met een bijzonder dwingendrechtelijk karakter die zulke fundamentele openbare en bovenindividuele belangen beschermen dat de vrije rechtskeuze voor de arbeidsovereenkomst hiervoor moet wijken. In de literatuur wordt aangenomen dat het gaat om (semi)publieke voorschriften.
- b. Bij de rechterlijke toetsing van de kwalificatie of bepalingen als bijzonder dwingend recht ex art. 9 Rome I moeten worden aangemerkt, is van belang dat deze kwalificatie alleen in uitzonderingsgevallen door de rechter worden aangenomen. Dit volgt mede uit overweging 37 in de Considerans van Rome I en blijkt ook uit de Europese jurisprudentie van het HvJ EU.
- c. Het uitzonderingskarakter van de kwalificatie van bijzonder dwingend recht past ook in de systematiek van Rome I. Uitgangspunt van Rome I is de vrije rechtskeuze. In de bijzondere verwijzingsregel van art. 8 Rome I is reeds voorzien in beperkingen door dwingend recht. Hierbij zijn de belangen van de werknemer als sociaal-economisch zwakkere partij reeds meegewogen in art. 8 Rome I en is er slechts beperkte ruimte voor kwalificatie van regels als bijzonder dwingend recht ex art. 9 Rome I. Dit zou anders ook leiden tot een verstoring van het rechtsverkeer op het terrein van internationale overeenkomsten.

2: De betekenis van de Detacheringsrichtlijn voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht

- a. De doelstellingen van de Detacheringsrichtlijn richten zich op sociale bescherming, eerlijke mededin-

69 Motie van de leden Gijs van Dijk en Jasper van Dijk (*Kamerstukken II* 2016/17, 21501-31, 441). De strekking van de motie was om in het kader van de herziening van de Detacheringsrichtlijn de regering te verzoeken 'om, in Europees verband te bepleiten dat pensioen onderdeel moet uitmaken van de arbeidsvoorwaarden na de detacheringstermijn.'

70 Zie hiervoor de Kamerbrief van de Minister van SZW: 'Ingevolge de motie van de leden Gijs van Dijk en Jasper van Dijk heb ik mij tijdens de discussie in de Raad hard gemaakt om aanvullende pensioenen op te nemen in de harde kern van arbeidsvoorwaarden. Voor dit voorstel was onvoldoende steun' (*Kamerstukken I* 2017/18, 34439, C, p. 3). Overigens heeft Van Kampen (Van Kampen 2017 a.w., p. 43-47) nog de gedachte opgeworpen dat de uitsluiting van aanvullende pensioenen uit de Detacheringsrichtlijn er niet aan in de weg staat om aan te nemen dat de verplichte deelneming wel als regel van bijzonder dwingend recht ex art. 9 Rome I zou kunnen worden gekwalificeerd. Een van zijn belangrijkste argumenten hiervoor is – kort gezegd – dat de Europese wetgever aanvullende pensioenen tot het domein van aanvullingen op wettelijke regelingen voor sociale zekerheid rekent, waaronder de Verordening (EG) 883/2004 (Europese coördinatieverordening voor sociale zekerheid) en Richtlijn 98/49 (rechten op aanvullende pensioenen van migrerende werknemers en zelfstandigen). Uit zijn analyse valt echter mijns inziens niet af te leiden hoe hij, gelet op de doelstellingen van de Europese wetgever en ratio van de harde kern van de Detacheringsrichtlijn, tot deze conclusie komt. Als zijn redenering zou moeten worden gevolgd, is mijns inziens in ieder geval onverklaarbaar waarom de Europese wetgever voor de doeleinden van de Detacheringsrichtlijn tot deze nadrukkelijke uitsluiting van deze aanvullende pensioenen, zelfs recentelijk nog bij herziening, is gekomen. In feite zou de uitsluiting van aanvullende pensioenen in de Detacheringsrichtlijn dan betekenisloos zijn. Gelet op de reikwijdte van deze bijdrage en nu de Europese sociale zekerheidsregeling geen onderdeel van deze analyse uitmaakt, ga ik hier niet nader op in.

71 Zie voor nadere gedachtevorming over het onderscheid tussen openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht Van Hoek 2009 a.w., p. 55-90 en zie ook Tomeij 2017 a.w., p. 5.

72 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, *Jur.* 2008, p. I-04323 (*Commissie/Luxemburg*).

73 Zie hiervoor M.S. Houwerzijl 2016 a.w., p. 117 en Van Hoek 2009 a.w., p. 55-90. Tomeij sluit zich hierbij aan in Tomeij 2017 a.w., p. 5. Zoals hierna zal blijken, is relevant dat de openbare orde exceptie niet ruimer wordt geïnterpreteerd dan bijzonder dwingend recht. De redenering hiervoor is mijns inziens tweeledig, i.e. dat, indien aanvullende pensioenen zijn uitgesloten van de harde kern van arbeidsvoorwaarden in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn, er geen plaats meer is voor het onderbrengen van aanvullende pensioenen bij de openbare orde exceptie van art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn. Voor zover hier al ruimte voor zou zijn, ligt dat niet voor de hand, gelet op de uitleg die aan de openbare orde exceptie wordt gegeven: er is bij het niet toepassen van de verplichtstelling op grensoverschrijdende werknemers geen sprake van zulke ernstige bedreigingen van de Nederlandse samenleving en als bedoeld in de betekenis van de openbare orde exceptie.

ging en het internationaal privaatrechtelijke én Europese doel van rechtszekerheid voor werkgevers en werknemers bij transnationale detachering.

- b. De Detacheringsrichtlijn moet worden aangemerkt als een uitwerking van art. 9 Rome I. In de Detacheringsrichtlijn is een harde kern van arbeidsvoorwaarden opgenomen. Deze harde kern fungeert als minimum (het gaat hier om de onderwerpen die als minimum in acht moeten worden genomen; niet om het niveau ervan) en tegelijkertijd als maximum. Van deze harde kern van arbeidsvoorwaarden zijn aanvullende pensioenen uitgesloten, ook in de thans herziene versie van de Detacheringsrichtlijn is dit uitgangspunt gehandhaafd.
- c. Daarnaast is in de Detacheringsrichtlijn een openbare orde exceptie opgenomen. Uit de jurisprudentie en literatuur⁷⁴ blijkt dat het bij deze exceptie moet gaan om ernstige bedreigingen van fundamentele belangen die een staat beoogt te beschermen. In de literatuur⁷⁵ wordt daarom aangenomen dat er geen vrijheid bestaat om het begrip van de bepalingen van bijzonder dwingend recht ex art. 9 Rome I ruimer te interpreteren dan die van de openbare orde exceptie van de Detacheringsrichtlijn.

4.1 **Toets 1: de fundamentele belangentoets en het uitzonderingskarakter van bijzonder dwingend recht**

Gelet op de sociale doelstellingen van de Wet Bpf (collectiviteit en solidariteit) kan de Wet Bpf worden gezien als een wettelijke regeling die belangen van publiekrechtelijke aard in Nederland beoogt te beschermen: het bieden van een gedegen aanvullend pensioen aan werknemers naast de AOW. In de *AFMB*-uitspraak werden deze sociale doelstellingen door de rechter meegewogen voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht.⁷⁶ Door voorstanders van deze kwalificatie worden de sociale doelstellingen van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten genoemd als rechtvaardiging.⁷⁷ Anders dan voorstanders bepleiten, meen ik echter dat de sociale doelstellingen van de verplichtstelling op zichzelf nog niet de conclusie opleveren dat deze ook in de context van art. 9 Rome I als fundamentele en boven individuele belangen kwalificeren. Inhoudelijk moet nog steeds worden getoetst of deze belangen als zodanige belangen kwalificeren dat niet-naleving een zodanige bedreiging zou opleveren voor de Nederlandse staat. Daarvoor is van belang het uitzonderingskarakter van art. 9 Rome I scherp op het vizier te houden.⁷⁸ Inhoudelijke rechterlijke toetsing aan de hand van de systematiek van Rome I is dus geboden in plaats van te volstaan met de sociale doelstel-

lingen die door de Nederlandse wetgever worden nagestreefd met de verplichte deelneming.

Ik teken daarbij aan dat, voor zover valt na te gaan, niet duidelijk is of de Nederlandse wetgever zelf de Wet Bpf als voorrangregels in de betekenis van Rome I aanmerkt. In ieder geval bevat de Wet Bpf zelf geen territoriale werkingsfeer.⁷⁹

Geheel los hiervan vraag ik mij af, gelet op de aard van de doelstellingen van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten, of de belangen van de Nederlandse staat nu werkelijk zo fundamenteel zijn als in de betekenis van art. 9 Rome I.⁸⁰ Met andere woorden: komen in Nederland de concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen, het bevorderen van bedrijfstaksolidariteit en het tegengaan van witte en grijze vlekken in deze betekenis zo fundamenteel in het gedrang als de verplichtstelling niet als voorrangregel wordt toegepast? Het feit dat deze doelstellingen van de Wet Bpf van groot belang zijn, is onvoldoende om aan te nemen dat de wetgever voor ogen stond om met de Wet Bpf een fundamenteel beginsel van de rechtsorde in de betekenis van art. 9 Rome I te te codificeren.

Het standpunt dat deze doelstellingen van de verplichtstelling zouden kunnen worden aangevoerd om bijzonder dwingende belangen te beschermen acht ik in ieder geval, mede gelet op het uitzonderingskarakter en restrictieve uitleg van art. 9 Rome I, niet op voorhand aannemelijk.⁸¹ Wat ik voor het concurrentiebelang relevant acht is dat eerlijke concurrentie⁸² ook is meegewogen als een van de doelstellingen bij de Detacheringsrichtlijn en de balans tussen vrijheid van diensten enerzijds en minimale sociale bescherming anderzijds. Van deze minimale sociale bescherming, i.e. de harde kern van de arbeidsvoorwaarden, zijn aanvullende pensioenen uitgesloten. Gelet op deze uitsluiting en nu de Detacheringsrichtlijn moet worden aangemerkt als een uitleg van art. 9 Rome I, werp ik hier de vraag op of de doelstelling van de verplichtstelling tot het tegengaan van concurrentie alleen al om deze reden niet kan worden aangemerkt als bijzonder dwingend recht.

Dan nog de bijzondere sociale taak van bedrijfstakpensioenfondsen die bij de toepassing van het mededingingsrecht binnen de context van art. 106 VWEU erkenning heeft gekregen in de jurisprudentie van het HvJ EU. Voorstanders van de kwalificatie van de verplichtstelling als voorrangregel halen deze jurisprudentie aan als belangrijk aanknopingspunt.⁸³ Ook in de *AFMB*-uitspraak is dit als belangrijk gezichtspunt meegewogen.⁸⁴ De doelstellingen en bijzondere sociale taak zijn van belang voor

79 *Asser/Lutjens 7-XI 2016/724*, Tomeij 2017 a.w., p. 6-7.

80 Zie ook de twijfel die Lutjens over de beantwoording van deze vraag opwerpt: *Asser/Lutjens 7-XI 2016/730*.

81 Hoppers 2014 a.w., p. 89 werpt deze vraag ook op, maar komt tot een andere conclusie: zij bepleit dat de verplichtstelling om andere redenen wel degelijk kwalificeert als bijzonder dwingend recht in de betekenis van art. 9 Rome I.

82 Zie opnieuw Overweging 5 in de Considerans van de Detacheringsrichtlijn.

83 Zie opnieuw Hoppers 2014 a.w., p. 89.

84 Zie hiervoor r.o. 5.15. De door Hoppers genoemde argumenten die pleiten voor de kwalificatie van de verplichtstelling als bijzonder dwingend recht zijn door de rechtbank overgenomen, zoals ook terecht gesignaleerd door Van Kampen 2017 a.w., p. 46.

74 Zie voor de relevante verwijzingen voetnoten 72 en 73.

75 Zie voor de relevante verwijzingen voetnoot 73.

76 Zie hiervoor r.o. 5.14 en 5.15 van de *AFMB*-uitspraak.

77 Hoppers 2014 a.w., p. 89 en zie ook (genuanceerder) Van Kampen 2017 a.w., p. 46 die het eens is met Hoppers en de rechtbank op dit punt, maar wel meent dat uit deze sociale doelstellingen nog niet blijkt dat de Nederlandse wetgever de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten als voorrangregels beschouwt.

78 Zie hiervoor opnieuw de standpunten over het uitzonderingskarakter van Lutjens in *Asser/Lutjens 7-XI 2016/731* en Tomeij 2017 a.w., p. 6.

de toets of het gaat om 'openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie' in de betekenis van art. 9 Rome I. Mijns inziens vereist dit dat de kwalificatie van de vraagstelling een eigen en zelfstandige beoordeling is die primair moet worden geënt op de plaats en betekenis van bijzonder dwingend recht als bedoeld in art. 9 Rome I. Bij deze toets dient ook de Detacheringsrichtlijn, die een uitwerking is van Rome I, in ogenschouw te worden genomen.

De rechterlijke toets op grond van art. 9 Rome I moet dus binnen dit kader en met inachtneming van het uitzonderingskarakter worden beoordeeld. De beoordeling van het HvJ EU in de hiervoor genoemde arresten is primair relevant voor de toepassing van het mededingingsrecht die op een geheel eigen juridische grondslag (art. 106 VWEU) berust en is gebaseerd op een andere maatstaf.

4.2 **Toets 2: de betekenis van de Detacheringsrichtlijn voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht**

Relevant voor de vraagstelling is dat de Detacheringsrichtlijn in een minimum en (op basis van de jurisprudentie van het HvJ EU)⁸⁵ tegelijkertijd ook in een maximum voorziet voor de harde kern van arbeidsvoorwaarden. In de Detacheringsrichtlijn worden aanvullende pensioenen nadrukkelijk uitgesloten. Dit omvat ook de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten.

Nu ook moet worden aangenomen dat het niet aannemelijk is dat bijzonder dwingend rechtelijke bepalingen ruimer moeten worden uitgelegd dan de openbare orde exceptie van de Detacheringsrichtlijn,⁸⁶ acht ik niet aannemelijk dat de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten als bijzonder dwingend recht in de betekenis van art. 9 Rome I moeten worden aangemerkt. Immers, gelet op het feit dat aanvullende pensioenen noch onder de harde kern van arbeidsvoorwaarden, noch onder de openbare orde exceptie van de Detacheringsrichtlijn vallen, kan in het geval van de verplichtstelling geen wezenlijke ruimte meer zijn voor de kwalificatie van bijzonder dwingend recht.⁸⁷

Van belang is dat de rechter de kwalificatievraag van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten onder art. 9 Rome I ook toetst aan de Detacheringsrichtlijn. In de AFMB-uitspraak valt op dat de rechter hier geen enkele notie van neemt en de Detacheringsrichtlijn op geen enkele manier wordt meegewogen in het oordeel. Terecht is dit in de literatuur bekritiseerd.⁸⁸ De rechterlijke afwegingen in de AFMB-uitspraak verdienen daarom in dit opzicht geen navolging. Op grond van dit algemene toetsingskader kom ik nu tot een afronding.

5. Slotbeschouwing

Op grond van de voorgaande analyse zijn er mijns inziens voldoende argumenten die de conclusie rechtvaardigen dat de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten in beginsel niet kwalificeren als bijzonder dwingend recht.⁸⁹ Aanknopingspunten die in beginsel wel in die richting wijzen zijn hoofdzakelijk gebaseerd op de sociale doelstellingen waarop de verplichte deelneming is gebaseerd. Hiervoor heb ik betoogd waarom bij deze aanknopingspunten nuancering op zijn plaats is en de doelstellingen op zichzelf genomen nog niet rechtvaardigen dat sprake is van een voorrangsregel in de betekenis van art. 9 Rome I.

In aansluiting op de hiervoor genoemde uitkomsten van de analyse kan bij wijze van slotbeschouwing nog het volgende worden opgemerkt.

Gebleken is dat het voor een goed begrip van de betekenis en kwalificatie van de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten als voorrangsregel van groot belang is inzicht te hebben in de betekenis van de reikwijdte van art. 9 Rome I binnen de systematiek van Rome I, de onderlinge relatie met de Detacheringsrichtlijn en de ratio en bedoeling van de uitsluiting van aanvullende pensioenen in deze richtlijn. De Nederlandse rechter zal deze gezichtspunten in ieder geval in geschillen over de kwalificatie van de verplichtstelling moeten meewegen.

Voor de betekenis van art. 9 Rome I is verder van belang dat het HvJ EU uitgaat van een restrictieve uitleg van het begrip bijzonder dwingendrechtelijke bepalingen. Dit betekent dat de werking slechts beperkt is tot die uitzonderingsgevallen waarin de belangen van een lidstaat fundamenteel worden bedreigd als de bepalingen niet zouden worden nageleefd. Alles overwegende lijkt mij dit voornog, op grond van de onderhavige analyse, voor de Wet Bpf en verplichtstellingsbesluiten niet het geval.

Het is nog te prematuur om definitieve conclusies op basis van de verkennende analyse in deze bijdrage te trekken. Vaststaat immers dat er, afgezien van de AFMB-uitspraak, nog geen nadere rechtspraak is die expliciet ingaat op de vraagstelling en dat het inhoudelijk debat in de literatuur zich verder moet uitkristalliseren. Duidelijk is dat we in de komende jaren nog veel interessante ontwikkelingen over dit onderwerp tegemoet kunnen zien.

85 *Laval* (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, *JAR* 2008/21) en *Rüffert* (HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, *JAR* 2008/115).

86 Houwerzijl 2016 a.w., p. 117 en Van Hoek 2009 a.w., p. 55-90, Tomeij 2017 a.w., p. 5.

87 Zie ook Tomeij 2017 a.w., p. 5.

88 Zie hiervoor kritisch De Graaf in zijn annotatie bij de AFMB-uitspraak in *JAR* 2017/6 en Tomeij in haar annotaties in *PJ* 2017/9 en (uitgebreider) in 'Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?', *TPV* 2017/21.

89 Ik sluit mij hiermee dus aan bij de conclusies van De Graaf 2016 a.w., p. 13 en Tomeij 2017 a.w., p. 7.