

## Europees recht

PJ 2022/15

**HOF ARNHEM-LEEWARDEN**

30 november 2021, nr. 200.265.999

(Mrs. A.E.F. Hillen, F.J. de Vries, H.M.J. van den Hurk)

m.nt. mr. drs. A.M. Helstone CPL

Art. 8 Rome-I; Wet Bpf 2000; art. 97 PW

ECLI:NL:GHARL:2021:11015

ECLI:NL:GHARL:2021:11021

ECLI:NL:GHARL:2021:11023

ECLI:NL:GHARL:2021:11029

**Werknemers van buitenlandse nationaliteit met een A1-verklaring die vanuit een buitenlandse vennootschap in Nederland tewerk worden gesteld in de vleesbewerkende industrie, vallen onder de werking van het Verplichtstellingsbesluit.**

*Diverse in andere EU-landen gevestigde ondernemingen stellen werknemers van verschillende nationaliteiten tewerk in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie in Nederland. Meerdere werknemers werken in Nederland op basis van een arbeidsovereenkomst naar buitenlands recht en een zogeheten A1-verklaring. In geschil is of deze werknemers verplicht hadden moeten deelnemen bij VLEP; volgens het hof is dat het geval.*

*Het hof concludeert dat de uit het Verplichtstellingsbesluit voor VLEP voortvloeiende uitkering van aanvullend pensioen niet valt onder de Coördinatieverordening. Dit betekent dat de aan de werknemers afgegeven A1-verklaringen daarop geen betrekking hebben. Vervolgens toetst het hof of de werknemers onder het Verplichtstellingsbesluit voor VLEP vallen aan de hand van artikel 8 Rome I. Volgens het hof is dat het geval omdat Nederland het gewoonlijk werkland is en er onvoldoende factoren zijn die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met het buitenland. Dat betekent dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit.*

*Het argument dat een inleenbedrijf dat voor niet meer dan 50% van de totale loonsom (dus inclusief werknemers die in het buitenland werken) werknemers in Nederland arbeid laat verrichten in de vleesbewerkende industrie van de werkingssfeer van VLEP is uitgesloten, gaat volgens het hof niet op, omdat 100% van de werknemers in Nederland in de vleesbewerkende industrie werkten. Tot slot is volgens het hof artikel 97 lid 2 Pw niet van toepassing omdat van detachering vanuit het buitenland geen sprake is; Nederland is het gewoonlijk werkland van de werknemers.*

**GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN**

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.265.999

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland 6724989<sup>1</sup>)**arrest van 30 november 2021**

in de zaak van

de rechtspersoon naar Slowaaks recht

**Lema Slovakia S.R.O.**

gevestigd te Levice, Slowakije,

appellante,

in eerste aanleg; eiseres in conventie, verweerster in reconventie,

hierna: Lema

advocaat: mr. A.W. van Leeuwen,

tegen:

---

<sup>1</sup> ECLI:NL:RBMNE:2019:2295

de stichting **Stichting Bedrijfstakpensioenfondsvlees, Vleeswaren, Gemaksvlees en Pluimveevlees**,  
gevestigd te Den Haag,  
geïntimeerde,  
in eerste aanleg: gedaagde in conventie, eiseres in reconventie,  
hierna: VLEP,  
advocaat: mr. E. Lutjens.

### **Arrest Hof Arnhem-Leeuwarden, van 30 november 2021:**

#### **1 Het verloop van het de procedure in hoger beroep**

- 1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - de dagvaarding in hoger beroep van 19 augustus 2019
  - de memorie van grieven met producties
  - de memorie van antwoord met productie
  - de akte overlegging producties van Presta van 28 april 2021
  - het pleidooi van 19 oktober 2021, waarbij partijen pleitaantekeningen hebben overgelegd.
- 1.2 Hierna heeft het hof arrest bepaald.

#### **2 De motivering van de beslissing in hoger beroep**

##### *I. Inleiding*

De betrokken partijen

2.1 Presta is een in Luxemburg gevestigde onderneming die overeenkomsten van opdracht sluit met opdrachtgevers in diverse EU-landen. Daarbij verbindt zij zich tot het uitvoeren van arbeid ten behoeve van de verwerking van vlees en vleesproducten. Ter uitvoering van deze overeenkomsten van opdracht stelt zij werknemers van verschillende nationaliteiten tewerk in de versvlees- en vleesbewerkende industrie. VLEP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Werkgevers die onder de werking van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn verplicht om daarin deel te nemen. Deelneming in VLEP is verplicht gesteld bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 juni 2013, Stcrt. 2013, nr. 15217, (het Verplichtstellingsbesluit). Onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen onder meer werknemers die in dienst zijn van inleenbedrijven, die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom op basis van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk arbeid laten verrichten binnen ondernemingen in de versvlees- en vleesbewerkende industrie.

Het geschil

2.2 Het gaat in deze zaak om de vraag of Presta in de periode 2012 tot 2017 valt onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit. VLEP vindt dat dat het geval is en heeft ambtshalve premienota's aan Presta gestuurd. Presta is het daar niet mee eens en heeft de premienota's onbetaald gelaten. VLEP heeft daarop een dwangbevel tegen Presta uitgevaardigd. Presta is tegen de tenuitvoerlegging daarvan in verzet gekomen en vordert (onder meer) dat dit verzet gegrond wordt verklaard. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De vorderingen in reconventie van VLEP, onder meer tot betaling van hetgeen bij dwangbevel werd ingevorderd en tot aanmelding van haar werknemers bij VLEP, zijn gedeeltelijk toegewezen.

De beslissing van het hof

2.3 Ook het hof wijst de vorderingen van Presta af. Het hof legt deze beslissing hierna uit. Daarbij zal het hof ingaan op de volgende onderwerpen die Presta in deze procedure ter discussie stelt:

- (onder II) de bewijslast
- (onder III) is het hof gebonden aan de A1-verklaringen en daarom onbevoegd? In dat kader bespreekt het hof ook de vraag of de Wet Bpf valt onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening<sup>2</sup>

2 Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (onder IV) welk recht is van toepassing en wat is de werking van het Verdrag Rome I3/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? - (onder V) valt Presta onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit?

- (onder VI) komt Presta een beroep toe op artikel 97 lid 2 Pensioenwet (Pw)?
- (onder VII) maakt VLEP misbruik van bevoegdheid/procesrecht en is het dwangbevel nietig?
- (onder VIII) overige verweren.

## II. Bewijslast

2.4 VLEP stelt dat Presta valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit. De bewijslast van die stelling berust op VLEP. Dat neemt niet weg dat van Presta, die betwist dat het Verplichtstellingsbesluit op haar van toepassing is, verlangd wordt dat zij haar verweer substantieert. De feitelijke gegevens, die van belang zijn voor de beoordeling van de vraag of Presta onder het Verplichtstellingsbesluit valt, hebben betrekking op haar bedrijfsvoering en personeelsbestand. Die gegevens bevinden zich dus in het domein van Presta. Dat betekent dat Presta feitelijke gegevens moet verstrekken ter motivering van haar betwisting. Zij heeft in die zin een verzwaarde motiveringsplicht van haar verweer.

## III. De Wet Bpf en de Coördinatieverordening

Het verweer van Presta

2.5 Presta vindt dat het hof geen rechtsmacht heeft, zich onbevoegd moet verklaren, althans dat VLEP niet-ontvankelijk is. Zij stelt dit onderwerp in grief 1 aan de orde. Zij beroept zich in dit verband primair op de vrijstelling van artikel 97 Pensioenwet (Pw) en subsidiair op het feit dat VLEP eerst de dialoogprocedure moet doorlopen. Het hof behandelt op deze plaats alleen het subsidiaire verweer, omdat een eventuele vrijstelling van artikel 97 Pw niet tot het door Presta bepleite gevolg van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid kan leiden. Dit onderwerp zal onder VI aan de orde komen.

2.6 Presta stelt dat de Nederlandse AOW samen met het aanvullend verplichte werkgeverspensioen van VLEP in Europees opzicht gezien moet worden als een sociaalzekerheidspensioen. Het aanvullend pensioen valt onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening. Of daarvan sprake is moet volgens vaste Europese rechtspraak materieel, en niet formeel worden getoetst. Presta beschikt voor de werknemers, waar het in deze procedure over gaat, over een A1-formulier. De werknemers vallen onder het sociale zekerheidsregime van Luxemburg. Dat regime houdt in een verplichte pensioenverzekering bij het Caisse de Pension/CCSS, dat direct is verbonden met het verrichten van werk en een betere pensioenuitkering oplevert dan die van VLEP. Presta draagt voor hen pensioenpremies af in Luxemburg. Als Presta ook onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen moet zij dubbel pensioenpremies afdragen. Dat is in strijd met de Coördinatieverordening. In het A1-formulier staat dat de plaats waar wordt gewerkt Luxemburg is. De rechter van een lidstaat, in dit geval dit hof, is daaraan volgens Presta gebonden en het is niet toegestaan om het A1-formulier inhoudelijk te toetsen. Ook VLEP is aan de vaststellingen in het A1-formulier gebonden en als zij het daarmee niet eens is moet zij eerst de in de Coördinatieverordening voorgeschreven dialoogprocedure doorlopen.

Wet Bpf 2000 valt niet onder de Coördinatieverordening

2.7 De Coördinatieverordening faciliteert het vrij verkeer van personen en coördineert toepasselijke socialezekerheidswetgeving bij grensoverschrijdende arbeid. De verordening bevat regels om rechten die in nationale stelsels zijn opgebouwd te behouden en voorangsregels die moeten tegengaan dat dubbele uitkeringsrechten ontstaan. Uit de definitiebepaling van de term “*wetgeving*” in artikel 1 onder I van de verordening volgt dat het moet gaan om “*wetten, regelingen, statutaire bepalingen en alle andere uitvoeringsmaatregelen die betrekking hebben op de in artikel 3, lid 1, bedoelde takken van sociale zekerheid*”. Daaraan is toegevoegd dat contractuele bepalingen niet onder de term (en daarmee niet onder het toepassingsbereik van de verordening) 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 welke verklaring bij de Europese Unie is aangemeld.

2.8 Presta voert als eerste argument voor haar standpunt (de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen valt binnen de reikwijdte van de Coördinatieverordening) aan dat de pensioenaanspraak die voortvloeit uit de verplichtstelling een wettelijke aanspraak is. De Wet Bpf 2000 is immers de grondslag voor het verplichte aanvullend pensioen in de vleessector. Daarom is er sprake van wetgeving in de zin van artikel 1 onder I van de Coördinatieverordening. Dit argument gaat niet op. De Wet Bpf 2000 is weliswaar een wet, maar daar vloeien geen rechtstreekse uitkeringsaanspraken voor deelnemers uit voort. Die aanspraken kunnen pas ontstaan als de sociale partners in een bedrijfstak afspreken dat in die bedrijfstak een pensioenregeling dient te gelden. De afspraken over het pensioen kunnen zij op grond van artikel 2 Wet Bpf

2000 door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verplicht laten stellen voor de hele bedrijfstak. Daarmee hebben de aanspraken een contractuele, en geen wettelijke grondslag. Er is geen rechtstreeks uit de wet voortvloeiende aanspraak voor alle werknemers binnen (in dit geval) de vleessector.

2.9 Het tweede argument van Presta is dat er gekeken moet worden naar de materiële werkingsfeer van de Coördinatieverordening. De uitkering uit het aanvullend pensioen op basis van het Verplichtstellingsbesluit dekt de risico's zoals omschreven in artikel 3 lid 1 van de Coördinatieverordening. Presta beroept zich op een groot aantal uitspraken van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU), waaruit blijkt dat bij de bepaling of er sprake is van sociale zekerheid gekeken moet worden naar de materiële werkelijkheid en niet naar de formaliteiten in de lidstaat. Het hof volgt ook dit argument niet. De bedoelde rechtspraak gaat over *wetgeving* van lidstaten en valt dus binnen de definitie van artikel 1 lid 1 en daarmee onder de werking van de Coördinatieverordening. Omdat de pensioenaanspraken waar het hier over gaat een contractuele grondslag hebben, vallen die alleen onder het bereik van de verordening voor zover de Nederlandse regering daaromtrent een verklaring zou hebben opgesteld als bedoeld in de artikelen 1 sub I en 9 lid 1 Coördinatieverordening. De Nederlandse regering heeft een dergelijke verklaring niet opgesteld, zodat de verplichte deelneming buiten het toepassingsgebied van de Coördinatieverordening valt. De regering heeft zelfs bij de implementatie van de Beschermingsrichtlijn<sup>3</sup> uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de Coördinatieverordening niet van toepassing is op verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen<sup>4</sup>. Anders dan Presta aanvoert is een verklaring een constitutief vereiste voor een contractuele regeling om binnen het bereik van de Coördinatieverordening te vallen. De uitspraak van het HvJ EU<sup>5</sup> waarnaar zij verwijst ging over een wettelijke regeling en mist dus toepassing in dit geval.

Conclusie: geen gebondenheid aan A1-formulieren

2.10 De conclusie luidt dat de uit het Verplichtstellingsbesluit voortvloeiende uitkering van aanvullend pensioen niet valt onder de Coördinatieverordening. Dit betekent dat de aan de werknemers van Presta afgegeven A1-formulieren daarop geen betrekking hebben. Die formulieren zien slechts op sociale zekerheid in de zin van de Coördinatieverordening. Het hof is daaraan als bij de beoordeling van (de gebondenheid aan) de aanvullende pensioenverzekering niet gebonden. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt ook dat A1-verklaringen voor rechterlijke instanties van een andere lidstaat uitsluitend bindend zijn op het gebied van de sociale zekerheid<sup>6</sup>. Van onbevoegdheid van het hof is geen sprake. Dus ook de stelling van Presta dat VLEP eerst de dialoogprocedure had moeten doorlopen om het A1-formulier te laten herzien gaat niet op. Het beroep op niet-ontvankelijkheid wordt verworpen.

### III. Toepasselijk recht

Het juridisch kader: artikel 8 Rome I

2.11 In artikel 8 lid 1, eerste zin, Rome I is bepaald dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen overeenkomstig artikel 3 Rome I hebben gekozen. De tweede zin van artikel 8 lid 1 Rome I bepaalt echter dat een rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel van toepassing zou zijn geweest zonder rechtskeuze (het objectief toepasselijk recht). Op grond van artikel 8 lid 2 Rome I wordt de arbeidsovereenkomst zonder rechtskeuze beheerst door het recht van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (gewoonlijk werkland). Het land waar of van waaruit de arbeid gewoonlijk wordt verricht, wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht, zo bepaalt dit artikellid verder. Als er geen gewoonlijk werkland kan worden aangewezen is op grond van lid 3 het (recht van het) land waar de werkgever gevestigd is van toepassing. Lid 4 tot slot bepaalt als de arbeidsovereenkomst kennelijk nauwer verbonden is met het recht van een ander land, het recht van dat land van toepassing is in plaats van het recht dat zou volgen uit de leden 2 en 3.

2.12 Het doel van de regeling van artikel 8 is de werknemer als de in sociaaleconomisch opzicht zwakkere partij te beschermen. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangeknoopt bij de plek waar de werknemer werkt. Lid 2 van artikel 8 moet daarom ruim worden uitgelegd<sup>7</sup>. De systematiek van artikel 8

3 Richtlijn nr. 98/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.

4 MvT *Kamerstukken II* 2000-01 27649 nr. 3 p. 1; Nota nav *Verdrag Kamerstukken II* 2000-01 27649 nr. 5 p. 3.

5 HvJ EU 12 maart 2020, ECLI:EU:2020:203.

6 HvJ EU 14 mei 2020, ECLI:EU:2020:379.

7 HvJ EU 15 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:151 (Koelzsch).

brengt mee dat voor de vaststelling van het objectief toepasselijk recht volgens lid 2 als uitgangspunt geldt dat dat het recht van het gewoonlijke werkland is en dat daarbij wordt onderzocht of sprake is van tijdelijke arbeid. Als dat onderzoek leidt tot het recht van een bepaald land, moet worden beoordeeld of de uitzonderingsbepaling van lid 4 voor toepassing in aanmerking komt. De rechter moet bij de beoordeling naar het toepasselijk recht motiveren waarom uit alle omstandigheden van het geval blijkt van een kennelijk nauwere band met dat andere land, die rechtvaardigt dat een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt van het recht van het gewoonlijke werkland<sup>8</sup>.

Toepassing artikel 8 Rome I voor de werknemers van Presta

2.13 De premienota's en ambtshalve aanslagen zijn door VLEP opgelegd voor werknemers die in dienst van Presta waren over de periode 2012-2017 en die door haar in slachthuizen van Nederlandse opdrachtgevers in Nederland tewerk zijn gesteld. Het hof moet dus een oordeel geven over de vraag of die werknemers onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Presta betwist niet dat er in deze periode werknemers die bij haar in dienst waren in Nederland hebben gewerkt, maar stelt dat dat werk van tijdelijke aard was. Presta heeft in de procedure bij de kantonrechter een arbeidsovereenkomst en loonstroken overgelegd van een voorbeeldwerknemer. Zij stelt dat de situatie van die werknemer representatief is voor alle werknemers om wie het in de procedure gaat. Het hof gaat daarvan dan ook uit. In hoger beroep heeft Presta nog producties overgelegd die betrekking hebben op andere werknemers dan de voorbeeldwerknemer. Ook die producties worden in de beoordeling betrokken.

a. lid 1 - rechtskeuze

2.14 De arbeidsovereenkomsten van de werknemers bevatten een rechtskeuze voor Luxemburgs recht.

b. lid 2 - gewoonlijk werkland

2.15 Voor de toetsing aan artikel 8 lid 2 Rome I moet eerst onderzocht worden of er een land is "waar" de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk werkt. Pas als er geen land is "waar" de werknemer gewoonlijk werkt, komt een onderzoek naar het land "van waaruit" hij werkt, zo blijkt uit de tekst van het artikellid. Ook bij het onderzoek naar het land "waar" de werknemer werkt, gaat het erom waar hij, rekening houdend met alle elementen die de werkzaamheden kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult<sup>9</sup>.

2.16 Het hof onderzoekt dus allereerst of er ten aanzien van de werknemers van Presta een land is aan te wijzen "waar" wordt gewerkt. Volgens Presta is dat land Luxemburg en worden haar werknemers vanuit Luxemburg tijdelijk gedetacheerd in Nederland. Volgens VLEP is Nederland het gewoonlijk werkland. Anders dan Presta bij pleidooi heeft aangevoerd is in de als productie 8 bij memorie van grieven overgelegde brief van 19 september 2016 geen erkenning van VLEP te lezen dat Luxemburg het gewoonlijk werkland is.

2.17 Presta heeft haar werknemers voor onbepaalde tijd in dienst. In artikel 5 van de door Presta overgelegde arbeidsovereenkomst van de voorbeeldwerknemer<sup>10</sup> staat dat de hoofdstandplaats in eerste instantie Luxemburg is, maar dat de werknemer al naar gelang de behoeften van de werkgever worden aangesteld in alle lidstaten van de Europese Unie en dat de werknemer telefonisch of schriftelijk op de hoogte wordt gesteld van een andere standplaats. Anders dan Presta aanvoert wordt in de arbeidsovereenkomst dus niet Luxemburg als vaste standplaats benoemd.

2.18 Presta stelt dat de arbeidsovereenkomst in de praktijk aldus wordt uitgevoerd, dat de werknemers slechts voor een bepaalde periode bij een opdrachtgever werken en dat zij gedurende het jaar in verschillende landen werken in de slachthuizen van opdrachtgevers. Dat kan zijn in Luxemburg, Nederland, Frankrijk, België of Duitsland. Van enige stabiliteit in Nederland is geen sprake. De werknemers weten van tevoren niet in welk land zij de volgende periode tewerkgesteld worden. Presta zorgt voor tijdelijke huisvesting voor haar werknemers in (vakantiewoningen) in het land waar zij moeten werken. Tijdens de zitting heeft Presta toegelicht dat de werknemers gedurende de werkweek in die woning wonen en dat ze in het weekend in principe naar huis in hun land van herkomst gaan. Het gaat om werknemers van Franse, Belgische, Poolse, Roemeense, Portugese, Italiaanse, Turkse en Tsjechische nationaliteit. Verder is ter zitting toegelicht dat ter uitvoering van de overeenkomsten van opdracht steeds een ploeg van werknemers, inclusief een voorman, wordt samengesteld om een bepaald afgesproken

8 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165.

9 Zie de uitspraak in noot viii.

10 Productie 4 bij dagvaarding eerste aanleg.

tonnage aan vlees te bewerken. De overeenkomsten van opdracht (waarvan er ook enkele zijn overgelegd) worden steeds afgesloten voor een periode van een jaar en daarna verlengd. Over de duur van de periode waarin zo'n samengestelde ploeg werkt werd verklaard dat dat kan verschillen per opdracht.

2.19 Ter onderbouwing van haar stellingen over de feitelijke tewerkstelling legt Presta de volgende stukken over:

- salarisspecificaties van zes Poolse werknemers, waaruit volgens Presta blijkt dat er in de desbetreffende maand door deze werknemers in Luxemburg is gewerkt<sup>11</sup>;
- enkele weekplanningen voor werknemers, waaruit blijkt dat zij in een maand in verschillende landen moesten werken<sup>12</sup>;
- overzichten van diverse werknemers, waaruit blijkt dat zij "abattoir Ettelbruck" in Luxemburg hebben gewerkt<sup>13</sup>.

De betreffende producties zijn door Presta overigens inhoudelijk niet toegelicht. De betreffende producties zeggen (zonder toelichting) niks over de werknemers waarover het hier gaat. Presta heeft geen andere producties overgelegd waaruit de juistheid van haar stellingen over de tewerkstelling blijkt. Zij geeft in haar memorie van grieven wel een uiteenzetting over de voorbeeldwerknemer die, naar zij stelt, (in de relevante periode) in 2016 103 dagen in Nederland heeft gewerkt en 20 dagen in Frankrijk en in 2017 205 dagen in Nederland en 9 dagen in Frankrijk, maar die stelling heeft zij niet onderbouwd. Bovendien blijkt uit deze aantallen van een substantiële tewerkstelling in Nederland. Tijdens het pleidooi heeft zij nog verwezen naar oproepbrieven, maar die zijn door haar niet overgelegd in deze zaak (wel in de aanvraag Mahevia). Zij heeft daarom niet voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht (zie 2.4). Het gaat hier om een concrete groep werknemers, namelijk de werknemers die in de periode 2012-2017 voor Presta in Nederland hebben gewerkt. Presta heeft in deze procedure de namen van de werknemers waar het om gaat niet verstrekt. Presta beschikt over alle gegevens die nodig zijn om een beeld te krijgen of het klopt dat deze werknemers slechts tijdelijk in Nederland werkten, zoals zij stelt. Daarvoor had zij een overzicht kunnen overleggen van de feitelijke tewerkstelling van de desbetreffende werknemers over deze periode. VLEP heeft voorafgaande aan de procedure ook al herhaaldelijk om deze gegevens gevraagd (zie 2.36-2.37). Nu Presta in het geheel geen inzicht heeft gegeven in het personeelsbestand en de plaats waar zij, anders dan in Nederland, in de periode 2012-2017 hebben gewerkt, verwerpt het hof het verweer van Presta dat de tewerkstelling in Nederland van tijdelijke aard was. Dit brengt mee dat VLEP voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de werknemers voor langere tijd in de Nederlandse vleessector hebben gewerkt, zoals blijkt uit het volgende.

2.20 De criteria die het HvJ EU in het arrest Koelzsch heeft geformuleerd om het gewoonlijk werkland te toetsen hebben betrekking op werk in het internationaal vervoer, waaraan kenmerkend is dat de werkzaamheden niet in één land worden uitgevoerd. In dit geval staat vast dat de werkzaamheden door de werknemers van Presta zijn verricht (in slachthuizen van haar opdrachtgevers) in Nederland. Dat betekent dat de criteria uit het arrest Koelzsch: het land van waaruit opdrachten worden verricht, de plaats waar vervoer hoofdzakelijk wordt verricht en de plaats waar goederen worden gelost, in deze zaak geen betekenis hebben. De werknemers kregen instructies van leidinggevend van Presta op het werk, in Nederland dus. Ook als ze door Presta vanuit Luxemburg materialen ter beschikking gesteld kregen, zoals Presta stelt, waren dit materialen om te gebruiken voor het werk in Nederland. Dat ze daarnaast, vanwege hun dienstverband met een Luxemburgse werkgever, ook gebonden waren aan het bedrijfsreglement van Presta en dat zij de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen moesten nakomen (zoals zich bij ziekte onderwerpen aan controle aan een bedrijfsarts in Luxemburg en opleidingsactiviteiten in Luxemburg), maakt niet dat Luxemburg als gewoonlijk werkland heeft te gelden. Het gaat daarbij namelijk niet om prestaties die de arbeidsovereenkomst het meeste kenmerken; de kenmerkende prestatie is het werk bij de opdrachtgevers. Tot slot keerden de werknemers na het werk niet terug naar Luxemburg, maar naar hun land van herkomst.

2.21 De werknemers verrichten dus het belangrijkste deel van hun verplichtingen ten opzichte van Presta in Nederland. Het hof concludeert dat Nederland het gewoonlijk werkland is.

c. lid 4 - kennelijk nauwere band

2.22 Het hof moet vervolgens onderzoeken of de uitzonderingsbepaling van lid 4 zich voor toepassing leent: zijn er factoren die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan het gewoonlijk werkland? Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet daarbij rekening

<sup>11</sup> Productie 21 bij memorie van grieven.

<sup>12</sup> Productie 22 bij memorie van grieven.

<sup>13</sup> Productie 23 bij memorie van grieven.

worden gehouden met alle factoren die de arbeidsverhouding kenmerken. Belangrijke factoren daarbij zijn in welk land de werknemer belasting betaalt op inkomsten uit arbeid, in welk land hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en bij de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden<sup>14</sup>

2.23 Aan Presta kan worden toegegeven dat bij deze toetsing heel wat factoren in de richting van Luxemburg wijzen: de werknemers vallen onder het sociaal zekerheidsstelsel van Luxemburg, het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld in Luxemburg en (daarmee samenhangend) nevenverplichtingen die verband houden met de arbeidsovereenkomst moeten in Luxemburg worden uitgevoerd: zij worden aan het begin van het dienstverband in Luxemburg ingewerkt en opgeleid, zij volgen daar tussentijdse opleidingen en de werknemers moeten in Luxemburg naar de bedrijfsarts. Ook disciplinaire maatregelen worden vanuit Luxemburg uitgevoerd. Maar eigenlijk vloeien al deze factoren rechtstreeks voort uit het feit dat Presta in Luxemburg is gevestigd. De werknemers hebben niet de Luxemburgse nationaliteit, zij wonen niet in Luxemburg en zij keren na afloop van een opdracht niet naar Luxemburg terug. Als zij in Luxemburg werken is dat tijdelijk bij een Luxemburgse opdrachtgever van Presta. Voor de werknemers wordt bovendien in Nederland loonbelasting afgedragen. Het hof is van oordeel dat in deze omstandigheden de naar Luxemburg wijzende factoren onvoldoende gewicht in de schaal leggen om de uitzonderingsbepaling toe te passen en af te wijken van het recht van het gewoonlijk werkland. Bij die afweging betreft het hof ook de beschermingsgedachte van artikel 8 Rome I (zie 2.12).

#### Conclusie

2.24 De slotsom luidt dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit. Presta betwist dat ook niet, maar wel dat zij valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit.

#### V. De werkingssfeer van Verplichtstellingsbesluit

##### Het verweer van Presta

2.25 Haar verweer dat zij niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt verwoordt Presta in grief 3. Zij onderbouwt dat in de uitwerking van de grief met de stelling dat er in dit geval sprake is van detachering en dat zij is vrijgesteld van premiebetaling in Nederland op grond van artikel 97 lid 2 Pw. Dit argument zal hierna onder VI worden behandeld. Bij akte voorafgaand aan het pleidooi heeft Presta een verklaring van een registeraccountant overgelegd, waarin staat dat over de periode 2014-2018 de loonsom van de in Nederland gedetacheerde werknemers minder dan 50% van de totale jaarlijkse bruto loonsom van Presta vormt. Tijdens het pleidooi heeft zij aangevoerd dat zij (ook) niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt omdat zij niet voldoet aan de 50%-eis als genoemd onder C. VLEP heeft hiertegen tijdens het pleidooi bezwaar gemaakt: zij ziet dit als een nieuwe grief en die mag op grond van de zogeheten “twee-conclusieregel” die voortvloeit uit de wet<sup>15</sup> niet meer worden meege- genomen in de beoordeling.

2.26 Het hof oordeelt dat het beroep op de verklaring van de registeraccountant een toegestane nadere invulling is van grief 3. Die grief heeft de kop “*Werkings sfeer verplichtstelling*” en daaruit volgt voldoende duidelijk dat Presta meent dat zij niet onder die werkingssfeer valt. Zij mag dat verweer invullen met het aan de tekst van het Verplichtstellingsbesluit ontleende argument dat zij niet aan de 50%-eis voldoet.

2.27 Inhoudelijk houdt het verweer van Presta in dat het Verplichtstellingsbesluit zo moet worden uitgelegd dat van de werking is uitgesloten een inleenbedrijf dat in de regel voor niet meer dan 50% van de totale loonsom (dus inclusief werknemers die in het buitenland werken) werknemers in Nederland arbeid laat verrichten in de vleesbewerkende industrie. VLEP betwist dat en stelt dat het bij toepassing van het criterium gaat om de totale loonsom van de in Nederland werkzame werknemers. Partijen zijn het dus niet eens over de uitleg van het Verplichtstellingsbesluit.

<sup>14</sup> HvJ EU 12 september 2013, ECLI:EU:C:2013:551 (Schlecker).

<sup>15</sup> Artikel 347 lid 1 Rv.

### Het juridisch kader voor uitleg van het Verplichtstellingsbesluit

2.28 Het Verplichtstellingsbesluit is recht in de zin van artikel 79 RO. Op de uitleg van deze regeling is de zogeheten cao-norm van toepassing, zo heeft de Hoge Raad in 2018 nogmaals bevestigd<sup>16</sup>. De cao-norm houdt het volgende in. In beginsel zijn de bewoordingen van een cao, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de cao. De bedoeling van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, is in beginsel niet van belang voor de uitleg. Met die bedoeling kan alleen rekening gehouden worden als die naar objectieve maatstaven kenbaar is uit de bepalingen van de cao of de toelichting bij de cao. Bij de uitleg van een cao kan onder meer rekening worden gehouden met de op andere plaatsen in de cao gebruikte formuleringen. Ook kan van belang zijn of de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden aanmerkelijk zijn. De bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.

### Uitleg van het Verplichtstellingsbesluit

2.29 De passage uit het Verplichtstellingsbesluit onder categorie C waar het om gaat luidt voor zover van belang:

“Onder inleenbedrijf wordt verstaan de rechtspersoon (...) die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom werknemers arbeid laat verrichten binnen ondernemingen binnen de Vlees- of vleesbewerkende industrie op basis van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk met die ondernemingen (...)”.

Het begrip “*totale loonsom*” is niet omschreven. Omdat het Verplichtstellingsbesluit betrekking heeft op bedrijven in de vleesbewerkende industrie in Nederland, legt het hof dit begrip zo uit dat het gaat om de totale loonsom in Nederland. De uitleg die Presta voorstaat zou leiden tot het onaanmerkelijke rechtsgevolg dat een onderneming met bijvoorbeeld 1000 personeelsleden, die 40% van haar werknemers in Nederland laat werken en 60% in het buitenland, voor haar in Nederland werkende werknemers niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen. Daarmee zou de bescherming van de werknemers in de Nederlandse vleesbewerkende industrie onvoldoende zijn gewaarborgd. De omstandigheid dat in het verleden in het aansluitingsformulier van VLEP ook werd gevraagd naar in het buitenland werkende werknemers kan niet tot een andere uitleg leiden. VLEP heeft uitgelegd dat dat te maken had met het feit dat in het verleden buitenlandse ondernemingen in de Gemaksvoedingindustrie (genoemd onder B, dus een andere categorie dan waar het hier over gaat) van deelname waren uitgesloten.

### Conclusie

2.30 Wat hiervoor is overwogen leidt er toe dat het hof het verweer van Presta ook op dit punt verwerpt. Voor toepassing van het 50%-criterium gaat het erom of er meer dan de helft van de werknemers, afgezet tegen de totale loonsom van de in Nederland voor Presta werkzame werknemers, in de vleesbewerkende industrie werkten. Presta stelt niet dat zij in de periode waar het hier om gaat in Nederland werknemers tewerk heeft gesteld in ondernemingen die niet in de vleesbewerkende industrie behoorden. Dit betekent dat 100% van haar werknemers in Nederland in de vleesbewerkende industrie werkten en zij dus voldoet aan het criterium. Zij valt dan ook onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit.

### VI. Artikel 97 lid 2 Pw

#### Verweer van Presta

2.31 Presta beroept zich op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw. Zij stelt dat voor haar werknemers in Luxemburg pensioenpremies worden betaald. Dit is een werkgeverspensioen dat vergelijkbaar is met de aanvullende pensioenvoorziening van VLEP. Het Luxemburgs pensioen geeft zelfs een veel ruimere uitkering.

<sup>16</sup> HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958.



Artikel 97 lid 2 Pw is niet van toepassing

2.32 In dit artikellid staat dat als tijdens detachering in Nederland de betaling van pensioenpremie in een ander land wordt voortgezet, de in Nederland gedetacheerde werknemer en werkgever worden vrijgesteld van de verplichting tot premiebetaling in Nederland. Met de invoering van artikel 97 Pw is in Nederland de Europese Beschermingsrichtlijn geïmplementeerd. In artikel 3 onder e van die richtlijn wordt een gedetacheerde werknemer gedefinieerd als “*een werkende die in een andere lidstaat wordt gedetacheerd om daar te werken en die krachtens titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong; ‘detachering’ dient dienovereenkomstig te worden geïnterpreteerd*”.

De genoemde verordening is de voorloper van de Coördinatieverordening. Voor de vraag wat onder detachering wordt verstaan moet dus worden aangeknoopt bij de omschrijving in de Coördinatieverordening. Uit artikel 12 Coördinatieverordening volgt dat van detachering sprake is als de werknemer door zijn werkgever vanuit het land waar hij gewoonlijk werkt wordt uitgezonden naar een ander land.

2.33 Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijk werkland is van de werknemers. Daaruit volgt dat van detachering vanuit Luxemburg geen sprake is en dat artikel 97 lid 2 Pw toepassing mist. Daarmee komt het hof ook niet toe aan de inhoudelijke vergelijking van de Luxemburgse pensioenvoorziening en het aanvullend pensioen van VLEP, waarover partijen uitgebreid hebben gedebatteerd.

Conclusie

2.34 Het hof oordeelt dus dat Presta zich niet kan beroepen op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw.

#### VII. *Misbruik van (proces)recht/nietigheid dwangbevel*

Verweer Presta

2.35 Presta vindt dat VLEP misbruik heeft gemaakt van haar (proces)recht of bevoegdheid door een dwangbevel uit te brengen. Presta stelt dat VLEP, in verband met haar betrokken belangen, het dwangbevel niet had mogen uitbrengen. VLEP heeft de Europese wetgeving genegeerd en een nietig dwangbevel uitgebracht. Bovendien heeft VLEP ten onrechte geen gehoor gegeven aan het verzoek van de boekhouder van Presta, HLB Van Daal&Partners (HLB), om de kwestie gezamenlijk op te lossen.

De gang van zaken voorafgaand aan het dwangbevel

2.36 VLEP heeft vanaf 2014 gegevens opgevraagd bij HLB, die zich namens Presta in Nederland met de loonadministratie bezighield. In de correspondentie heeft VLEP nadien bij herhaling gevraagd om aanvullende gegevens, waaronder per werknemer een overzicht van de historie bij opdrachtgevers in Nederland en in het buitenland. Omdat zij geen of onvoldoende inzage kreeg in het personeelsbestand van Presta heeft VLEP ambtshalve facturen gestuurd. HLB heeft bij brief van 29 augustus 2016 namens Presta bezwaar gemaakt tegen de verplichte aansluiting bij VLEP. Dit bezwaar is door VLEP afgewezen bij brief van 19 september 2016. Daarin is uitgelegd dat de A1-verklaring er niet aan in de weg staat dat Presta toch verplicht is om deel te nemen aan de pensioenregeling van VLEP. In die brief vraagt VLEP ook om nadere gegevens om meer inzicht te krijgen in de feitelijke situatie. Presta heeft die informatie niet gegeven. In plaats daarvan heeft HLB namens Presta om een gesprek met VLEP gevraagd om de kwestie op te lossen, maar VLEP heeft daarop gereageerd dat zo'n gesprek niet zinvol was en nogmaals om loongegevens gevraagd. Die zijn niet verstrekt en vervolgens heeft VLEP op 19 december 2017 een dwangbevel voor de ambtshalve aanslagen opgelegd. HLB heeft rond die periode namens Presta voor het eerst Excel-sheets met personeelsgegevens aan VLEP verstrekt.

De beoordeling door het hof

2.37 Uit de hiervoor geschetste gang van zaken blijkt dat Presta het dwangbevel over zichzelf heeft afgeroepen door, ondanks herhaaldelijk verzoeken vanaf 2014, geen personeelsgegevens te verstrekken. Dit is in strijd met haar (wettelijke) plicht voortvloeiend uit het Uitvoeringsreglement van VLEP en artikel 4 Wet Bpf 2000. Zoals hiervoor is overwogen heeft ze dat ook in deze procedure niet gedaan. Zelfs het aantal tewerkgestelde werknemers is niet duidelijk geworden. In de dagvaarding stelt Presta zelf dat het zou gaan om ongeveer 500 werknemers; in hoger beroep geeft zij geen gegevens over het aantal werknemers, maar stelt zij dat zij “sommige van haar werknemers” detacheert en tijdens de zitting is gezegd dat het zou gaan om 50-80 werknemers. VLEP stelt dat de gegevens op het Excel-sheets incompleet en niet onderbouwd zijn, zodat zij deze niet kon gebruiken voor de premieberekening. Dat heeft Presta niet weerlegd. De verwijten die Presta tijdens het pleidooi heeft gemaakt over de gang van zaken na het vonnis van de kantonrechter kunnen niet meewegen in de beoordeling of sprake is van misbruik

van recht, omdat die gaan over gestelde gedragingen van VLEP na het uitbrengen van het dwangbevel. Dit alles betekent dat van misbruik door VLEP geen sprake is. Ook het verwijt dat het dwangbevel nietig zou zijn snijdt geen hout. Het dwangbevel is verstuurd aan HLB. HLB heeft steeds namens Presta opgetreden en ook in latere correspondentie zich opgeworpen als contactpersoon. Daarnaast voldoet het dwangbevel aan de wettelijke vereisten van artikel 21 Wet Bpf 2000.

#### Conclusie

2.38 Het verweer van Presta over misbruik van (proces)recht slaagt niet.

#### VIII. Overige verweren/stellingen Presta

##### De redelijkheid en billijkheid

2.39 Presta stelt nog dat zij op grond van de redelijkheid en billijkheid een beroep kan doen op vrijstelling, dan wel ontheffing. Zij voert daartoe aan dat het dwangbevel hoge kosten met zich meebrengt, zeker gezien het feit dat het aanvullende pensioen van VLEP geen toegevoegde waarde heeft voor de werknemers gezien hun hoge bescherming in Luxemburg.

2.40 Presta heeft dit verweer onvoldoende uitgewerkt. Het hof gaat daar dan ook aan voorbij.

##### Inbreuk vrij verkeer van diensten

2.41 Presta vindt dat deelname aan de aanvullende pensioenregeling van VLEP een belemmering zou opleveren van het vrije verkeer van diensten. Dat is in strijd met artikel 56 van het Verdrag Betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

2.42 Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijke werkland is van de werknemers waar het in deze procedure om gaat. In die context kan geen sprake zijn van een belemmering in het vrij verkeer van diensten of personen. Alle werknemers die in Nederland in de vleesindustrie werken vallen onder de werking van het Verplichtstellingsbesluit. Uitsluiting van deelname van werknemers die door een buitenlands werkgever tewerkgesteld zijn zou een (ongerechtvaardigd) voordeel opleveren ten opzichte van Nederlandse werkgevers.

##### Bewijsaanbod

2.43 Omdat Presta niet heeft voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht gaat het hof aan haar bewijsaanbod voorbij. Presta heeft zowel voorafgaand aan als in de procedure geen gegevens aangedragen ter onderbouwing van haar verweer.

2.44 Aan behandeling van de overige stellingen en verweren van Presta komt het hof niet toe, omdat deze niet tot een andere uitkomst leiden.

##### Prejudiciële vragen

2.45 Het hof ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU, zoals Presta wil. Er is geen uitleg van Europese regelgeving nodig voor de beslechting van dit geschil.

#### IX. Conclusie

2.46 Het hof oordeelt dat Presta onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt. Haar verzet tegen het dwangbevel is dus ongegrond.

### 3 Slotsom

3.1 Het hoger beroep van Presta slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis waartegen zij beroep heeft ingesteld en wijst de vorderingen in hoger beroep af.

3.2 Presta worden als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep. Deze kosten worden aan de zijde van VLEP vastgesteld op € 5.382,- voor griffierecht en op € 11.410,- (2 punten tarief VIII) voor salaris van de advocaat.

### 4 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 22 mei 2019; veroordeelt Presta in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van VLEP tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 5.382,- aan verschotten en € 11.410,- aan salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Presta in het nasalaris, vastgesteld op € 163,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85,- in geval de Presta niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad wat betreft de veroordelingen.

### **Arrest Hof Arnhem-Leeuwarden, van 30 november 2021:**

#### **1 Het verloop van het de procedure in hoger beroep**

- 1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding in hoger beroep van 21 augustus 2019
  - de memorie van grieven met producties
  - de memorie van antwoord met productie
  - de akte overlegging producties van Intermeat van 28 april 2021
  - het pleidooi van 19 oktober 2021, waarbij partijen pleitaantekeningen hebben overgelegd.
- 1.2 Hierna heeft het hof arrest bepaald.

#### **2 De motivering van de beslissing in hoger beroep**

##### *I. Inleiding*

De betrokken partijen

2.1 Intermeat is een in Luxemburg gevestigde onderneming die overeenkomsten van opdracht sluit met opdrachtgevers in diverse EU-landen. Daarbij verbindt zij zich tot het uitvoeren van arbeid ten behoeve van de verwerking van vlees en vleesproducten. Ter uitvoering van deze overeenkomsten van opdracht stelt zij werknemers van verschillende nationaliteiten tewerk in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie. VLEP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Werkgevers die onder de werking van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn verplicht om daarin deel te nemen. Deelneming in VLEP is verplicht gesteld bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 juni 2013, Stcrt. 2013, nr. 15217, (het Verplichtstellingsbesluit). Onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen onder meer werknemers die in dienst zijn van inleenbedrijven, die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom op basis van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk arbeid laten verrichten binnen ondernemingen in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie.

Het geschil

2.2 Het gaat in deze zaak om de vraag of Intermeat in de periode 2014 tot 2017 valt onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit. VLEP vindt dat dat het geval is en heeft ambtshalve premienota's aan Intermeat gestuurd. Intermeat is het daar niet mee eens en heeft de premienota's onbetaald gelaten. VLEP heeft daarop een dwangbevel tegen Intermeat uitgevaardigd. Intermeat is tegen de tenuitvoerlegging daarvan in verzet gekomen en vordert (onder meer) dat dit verzet gegrond wordt verklaard. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De vorderingen in reconventie van VLEP, onder meer tot betaling van hetgeen bij dwangbevel werd ingevorderd en tot aanmelding van haar werknemers bij VLEP, zijn gedeeltelijk toegewezen.

De beslissing van het hof

2.3 Ook het hof wijst de vorderingen van Intermeat af. Het hof legt deze beslissing hierna uit. Daarbij zal het hof ingaan op de volgende onderwerpen die Intermeat in deze procedure ter discussie stelt:

- (onder II) de bewijslast
- (onder III) is het hof gebonden aan de A1-verklaringen en daarom onbevoegd? In dat kader bespreekt het hof ook de vraag of de Wet Bpf valt onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening<sup>1</sup>
- (onder IV) welk recht is van toepassing en wat is de werking van het Verdrag Rome I<sup>2</sup>?
- (onder V) valt Intermeat onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit?
- (onder VI) komt Intermeat een beroep toe op artikel 97 lid 2 Pensioenwet (Pw)?

<sup>1</sup> Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels.

<sup>2</sup> 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.

- (onder VII) maakt VLEP misbruik van bevoegdheid/procesrecht en is het dwangbevel nietig?
- (onder VIII) overige verweren
- (onder IX) conclusie.

## II. Bewijslast

2.4 VLEP stelt dat Intermeat valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit. De bewijslast van die stelling berust op VLEP. Dat neemt niet weg dat van Intermeat, die betwist dat het Verplichtstellingsbesluit op haar van toepassing is, verlangd wordt dat zij haar verweer substantieert. De feitelijke gegevens, die van belang zijn voor de beoordeling van de vraag of Intermeat onder het Verplichtstellingsbesluit valt, hebben betrekking op haar bedrijfsvoering en personeelsbestand. Die gegevens bevinden zich dus in het domein van Intermeat. Dat betekent dat Intermeat feitelijke gegevens moet verstrekken ter motivering van haar betwisting. Zij heeft in die zin een verzwaarde motiveringsplicht van haar verweer.

## III. De Wet Bpf en de Coördinatieverordening

### Het verweer van Intermeat

2.5 Intermeat vindt dat het hof geen rechtsmacht heeft, zich onbevoegd moet verklaren, althans dat VLEP niet-ontvankelijk is. Zij stelt dit onderwerp in grief 1 aan de orde. Zij beroept zich in dit verband primair op de vrijstelling van artikel 97 Pensioenwet (Pw) en subsidiair op het feit dat VLEP eerst de dialoogprocedure moet doorlopen. Het hof behandelt op deze plaats alleen het subsidiaire verweer, omdat een eventuele vrijstelling van artikel 97 Pw niet tot het door Intermeat bepleite gevolg van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid kan leiden. Dit onderwerp zal onder VI aan de orde komen.

2.6 Intermeat stelt dat de Nederlandse AOW samen met het aanvullend verplichte werkgeverspensioen van VLEP in Europees opzicht gezien moet worden als een sociaalzekerheidspensioen. Het aanvullend pensioen valt onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening. Of daarvan sprake is moet volgens vaste Europese rechtspraak materieel, en niet formeel worden getoetst. Intermeat beschikt voor de werknemers, waar het in deze procedure over gaat, over een A1-formulier. De werknemers vallen onder het sociale zekerheidsregime van Luxemburg. Dat regime houdt in een verplichte pensioenverzekering bij het Caisse de Pension/CCSS, dat direct is verbonden met het verrichten van werk en een betere pensioenuitkering oplevert dan die van VLEP. Intermeat draagt voor hen pensioenpremies af in Luxemburg. Als Intermeat ook onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen moet zij dubbel pensioenpremies afdragen. Dat is in strijd met de Coördinatieverordening. In het A1-formulier staat dat de plaats waar wordt gewerkt Luxemburg is. De rechter van een lidstaat, in dit geval dit hof, is daaraan volgens Intermeat gebonden en het is niet toegestaan om het A1-formulier inhoudelijk te toetsen. Ook VLEP is aan de vaststellingen in het A1-formulier gebonden en als zij het daarmee niet eens is moet zij eerst de in de Coördinatieverordening voorgeschreven dialoogprocedure doorlopen.

### Wet Bpf 2000 valt niet onder de Coördinatieverordening

2.7 De Coördinatieverordening faciliteert het vrij verkeer van personen en coördineert toepasselijke sociaalzekerheidswetgeving bij grensoverschrijdende arbeid. De verordening bevat regels om rechten die in nationale stelsels zijn opgebouwd te behouden en voorrangregels die moeten tegengaan dat dubbele uitkeringsrechten ontstaan. Uit de definitiebepaling van de term “*wetgeving*” in artikel 1 onder 1 van de verordening volgt dat het moet gaan om “*wetten, regelingen, statutaire bepalingen en alle andere uitvoeringsmaatregelen die betrekking hebben op de in artikel 3, lid 1, bedoelde takken van sociale zekerheid*”. Daaraan is toegevoegd dat contractuele bepalingen niet onder de term (en daarmee niet onder het toepassingsbereik van de verordening) 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 welke verklaring bij de Europese Unie is aangemeld.

2.8 Intermeat voert als eerste argument voor haar standpunt (de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen valt binnen de reikwijdte van de Coördinatieverordening) aan dat de pensioenaanspraak die voortvloeit uit de verplichtstelling een wettelijke aanspraak is. De Wet Bpf 2000 is immers de grondslag voor het verplichte aanvullend pensioen in de vleessector. Daarom is er sprake van wetgeving in de zin van artikel 1 onder 1 van de Coördinatieverordening. Dit argument gaat niet op. De Wet Bpf 2000 is weliswaar een wet, maar daaruit vloeien geen rechtstreekse uitkeringsaanspraken voor deelnemers uit voort. Die aanspraken kunnen pas ontstaan als de sociale partners in een bedrijfstak afspreken

dat in die bedrijfstak een pensioenregeling dient te gelden. De afspraken over het pensioen kunnen zij op grond van artikel 2 Wet Bpf 2000 door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verplicht laten stellen voor de hele bedrijfstak. Daarmee hebben de aanspraken een contractuele, en geen wettelijke grondslag. Er is geen rechtstreeks uit de wet voortvloeiende aanspraak voor alle werknemers binnen (in dit geval) de vleessector.

2.9 Het tweede argument van Intermeat is dat er gekeken moet worden naar de materiële werkingsfeer van de Coördinatieverordening. De uitkering uit het aanvullend pensioen op basis van het Verplichtstellingsbesluit dekt de risico's zoals omschreven in artikel 3 lid 1 van de Coördinatieverordening. Intermeat beroept zich op een groot aantal uitspraken van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU), waaruit blijkt dat bij de bepaling of er sprake is van sociale zekerheid gekeken moet worden naar de materiële werkelijkheid en niet naar de formaliteiten in de lidstaat. Het hof volgt ook dit argument niet. De bedoelde rechtspraak gaat over *wetgeving* van lidstaten en valt dus binnen de definitie van artikel 1 lid 1 en daarmee onder de werking van de Coördinatieverordening. Omdat de pensioenaanspraken waar het hier over gaat een contractuele grondslag hebben, vallen die alleen onder het bereik van de verordening voor zover de Nederlandse regering daaromtrent een verklaring zou hebben opgesteld als bedoeld in de artikelen 1 sub 1 en 9 lid 1 Coördinatieverordening. De Nederlandse regering heeft een dergelijke verklaring niet opgesteld, zodat de verplichte deelneming buiten het toepassingsgebied van de Coördinatieverordening valt. De regering heeft zelfs bij de implementatie van de Beschermingsrichtlijn<sup>3</sup> uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de Coördinatieverordening niet van toepassing is op verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen<sup>4</sup>. Anders dan Intermeat aanvoert is een verklaring een constitutief vereiste voor een contractuele regeling om binnen het bereik van de Coördinatieverordening te vallen. De uitspraak van het HvJ EU<sup>5</sup> waarnaar zij verwijst ging over een wettelijke regeling en mist dus toepassing in dit geval.

Conclusie: geen gebondenheid aan A1-formulieren

2.10 De conclusie luidt dat de uit het Verplichtstellingsbesluit voortvloeiende uitkering van aanvullend pensioen niet valt onder de Coördinatieverordening. Dit betekent dat de aan de werknemers van Intermeat afgegeven A1-formulieren daarop geen betrekking hebben. Die formulieren zien slechts op sociale zekerheid in de zin van de Coördinatieverordening. Het hof is daaraan als bij de beoordeling van (de gebondenheid aan) de aanvullende pensioenverzekering niet gebonden. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt ook dat A1-verklaringen voor rechterlijke instanties van een andere lidstaat uitsluitend bindend zijn op het gebied van de sociale zekerheid<sup>6</sup>. Van onbevoegdheid van het hof is geen sprake. Dus ook de stelling van Intermeat dat VLEP eerst de dialoogprocedure had moeten doorlopen om het A1-formulier te laten herzien gaat niet op. Het beroep op niet-ontvankelijkheid wordt verworpen.

### III. Toepasselijk recht

Het juridisch kader: artikel 8 Rome I

2.11 In artikel 8 lid 1, eerste zin, Rome I is bepaald dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen overeenkomstig artikel 3 Rome I hebben gekozen. De tweede zin van artikel 8 lid 1 Rome I bepaalt echter dat een rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel van toepassing zou zijn geweest zonder rechtskeuze (het objectief toepasselijk recht). Op grond van artikel 8 lid 2 Rome I wordt de arbeidsovereenkomst zonder rechtskeuze beheerst door het recht van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (gewoonlijk werkland). Het land waar of van waaruit de arbeid gewoonlijk wordt verricht, wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht, zo bepaalt dit artikellid verder. Als er geen gewoonlijk werkland kan worden aangewezen is op grond van lid 3 het land waar de werkgever gevestigd is van toepassing. Lid 4 tot slot bepaalt als de arbeidsovereenkomst kennelijk nauwer verbonden is met het recht van een ander land, het recht van dat land van toepassing is in plaats van het recht dat zou volgen uit de leden 2 en 3.

3 Richtlijn nr. 98/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.

4 MvT *Kamerstukken II 2000-01 27649* nr. 3 p. 1; Nota nav Verslag *Kamerstukken II 2000-01 27649* nr. 5 p. 3.

5 HvJ EU 12 maart 2020, ECLI:EU:2020:203.

6 HvJ EU 14 mei 2020, ECLI:EU:2020:379.

2.12 Het doel van de regeling van artikel 8 is de werknemer als de in sociaal-economisch opzicht zwakkere partij te beschermen. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangeknoopt bij de plek waar de werknemer werkt. Lid 2 van artikel 8 moet daarom ruim worden uitgelegd<sup>7</sup>. De systematiek van artikel 8 brengt mee dat voor de vaststelling van het objectief toepasselijk recht volgens lid 2 als uitgangspunt geldt dat dat het recht van het gewoonlijke werkland is en dat daarbij wordt onderzocht of sprake is van tijdelijke arbeid. Als dat onderzoek leidt tot het recht van een bepaald land, moet worden beoordeeld of de uitzonderingsbepaling van lid 4 voor toepassing in aanmerking komt. De rechter moet bij de beoordeling naar het toepasselijk recht motiveren waarom uit alle omstandigheden van het geval blijkt van een kennelijk nauwere band met dat andere land, die rechtvaardigt dat een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt van het recht van het gewoonlijke werkland<sup>8</sup>.

Toepassing artikel 8 Rome I voor de werknemers van Intermeat

2.13 De premienota's en ambtshalve aanslagen zijn door VLEP opgelegd voor werknemers die in dienst van Intermeat waren over de periode 2014-2017 en die door haar in slachthuizen van Nederlandse opdrachtgevers in Nederland tewerk zijn gesteld. Het hof moet dus een oordeel geven over de vraag of die werknemers onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Intermeat betwist niet dat er in deze periode werknemers die bij haar in dienst waren in Nederland hebben gewerkt, maar stelt dat dat werk van tijdelijke aard was. Intermeat heeft in de procedure bij de kantonrechter een arbeidsovereenkomst en loonstroken overgelegd van een voorbeeldwerknemer. Zij stelt dat de situatie van die werknemer representatief is voor alle werknemers om wie het in de procedure gaat. Het hof gaat daarvan dan ook uit. In hoger beroep heeft Intermeat nog producties overgelegd die betrekking hebben op andere werknemers dan de voorbeeldwerknemer. Ook die producties worden in de beoordeling betrokken.

a. lid 1 - rechtskeuze

2.14 De arbeidsovereenkomsten van de werknemers bevatten een rechtskeuze voor Luxemburgs recht.

b. lid 2 - gewoonlijk werkland

2.15 Voor de toetsing aan artikel 8 lid 2 Rome I moet eerst onderzocht worden of er een land is “waar” de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk werkt. Pas als er geen land is “waar” de werknemer gewoonlijk werkt, komt een onderzoek naar het land “van waaruit” hij werkt, zo blijkt uit de tekst van het artikellid. Ook bij het onderzoek naar het land “waar” de werknemer werkt, gaat het erom waar hij, rekening houdend met alle elementen die de werkzaamheden kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult<sup>9</sup>.

2.16 Het hof onderzoekt dus allereerst of er ten aanzien van de werknemers van Intermeat een land is aan te wijzen “waar” wordt gewerkt. Volgens Intermeat is dat land Luxemburg en worden haar werknemers vanuit Luxemburg tijdelijk gedetacheerd in Nederland. Volgens VLEP is Nederland het gewoonlijk werkland. Anders dan Intermeat bij pleidooi heeft aangevoerd is in de als productie 8 bij memorie van grieven overgelegde brief van 19 september 2016 geen erkenning van VLEP te lezen dat Luxemburg het gewoonlijk werkland is.

2.17 Intermeat heeft haar werknemers voor onbepaalde tijd in dienst. In artikel 3 van de door Intermeat overgelegde arbeidsovereenkomst van de voorbeeldwerknemer<sup>10</sup> staat dat hij wordt aangesteld op verschillende locaties, meer in het bijzonder in het buitenland, waar hij van de ene naar de andere productielocatie gaat waarvoor de werkgever met zijn klanten een handelsovereenkomst heeft gesloten in de verschillende landen van de Europese Unie. Anders dan Intermeat aanvoert staat in de arbeidsovereenkomst dus niet dat de standplaats Luxemburg is. Dat staat ook niet in de door in hoger beroep als productie 11 overgelegde Franse standaardovereenkomst.

2.18 Intermeat stelt dat de arbeidsovereenkomst in de praktijk aldus wordt uitgevoerd, dat de werknemers slechts voor een bepaalde periode bij een opdrachtgever werken en dat zij gedurende het jaar in verschillende landen werken in de slachthuizen van opdrachtgevers. Dat kan zijn in Luxemburg, Nederland, Frankrijk, België of Duitsland. Van enige stabiliteit in Nederland is geen sprake. De werknemers weten van tevoren niet in welk land zij de volgende periode tewerkgesteld worden. Intermeat zorgt voor tijdelijke huisvesting voor haar werknemers in (vakantiewoningen) in het land waar zij moeten werken.

<sup>7</sup> HvJ EU 15 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:151 (Koelzsch).

<sup>8</sup> HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165.

<sup>9</sup> Zie de uitspraak in noot vii.

<sup>10</sup> Productie 4 bij dagvaarding eerste aanleg.

Tijdens de zitting heeft Intermeat toegelicht dat de werknemers gedurende de werkweek in die woning wonen en dat ze in het weekend in principe naar huis in hun land van herkomst gaan. Het gaat om werknemers van Franse (maar volgens de stukken ook van Poolse, Roemeense, Italiaanse en Duitse) nationaliteit. Verder is ter zitting toegelicht dat ter uitvoering van de overeenkomsten van opdracht steeds een ploeg van werknemers, inclusief een voorman, wordt samengesteld om een bepaald afgesproken tonnage aan vlees te bewerken. De overeenkomsten van opdracht (waarvan er ook enkele zijn overgelegd) worden steeds afgesloten voor een periode van een jaar en daarna verlengd. Over de duur van de periode waarin zo'n samengestelde ploeg werkt werd verklaard dat dat kan verschillen per opdracht.

2.19 Ter onderbouwing van haar stellingen over de feitelijke tewerkstelling legt Intermeat de volgende stukken over:

- vijf salarisspecificaties van vier Franse werknemers, waaruit blijkt dat er in de desbetreffende maand "*Heures Prestées*" in België, Nederland en Luxemburg worden uitbetaald<sup>11</sup>;
- twee "*Livre de paie*", waaruit blijkt dat voor één van de daarop vermelde 7 werknemers in de betreffende periode uren in de hiervoor genoemde landen zijn uitbetaald<sup>12</sup>;

De betreffende producties zijn door Intermeat overigens inhoudelijk niet toegelicht. Zij verwijst in haar memorie van grieven verder nog naar als productie 2 overgelegde salarisspecificaties. Daaruit blijkt echter alleen dat er in de periode waar het hier om gaat werknemers in Luxemburg hebben gewerkt. Dat zegt dus (zonder toelichting) niks over de werknemers waarover het hier gaat. Intermeat heeft geen andere producties overgelegd waaruit de juistheid van haar stellingen over de tewerkstelling blijkt. Tijdens het pleidooi heeft zij nog verwezen naar werkplanningen en oproepbrieven, maar die zijn door haar niet overgelegd in deze zaak (wel in de aanverwante zaak van Presta Meat). Zij heeft daarom niet voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht (zie 2.4). Het gaat hier om een concrete groep werknemers, namelijk de werknemers die in de periode 2014-2017 voor Intermeat in Nederland hebben gewerkt. Intermeat heeft in deze procedure de namen van de werknemers waar het om gaat niet verstrekt. Intermeat beschikt over alle gegevens die nodig zijn om een beeld te krijgen of het klopt dat deze werknemers slechts tijdelijk in Nederland werkten, zoals zij stelt. Daarvoor had zij een overzicht kunnen overleggen van de feitelijke tewerkstelling van de desbetreffende werknemers over deze periode. VLEP heeft voorafgaande aan de procedure ook al herhaaldelijk om deze gegevens gevraagd (zie 2.36-2.37). Nu Intermeat in het geheel geen inzicht heeft gegeven in het personeelsbestand en de plaats waar zij, anders dan in Nederland, in de periode 2014-2017 hebben gewerkt, verwerpt het hof het verweer van Intermeat dat de tewerkstelling in Nederland van tijdelijke aard was. Dit brengt mee dat VLEP voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de werknemers voor langere tijd in de Nederlandse vleessector hebben gewerkt, zoals blijkt uit het volgende.

2.20 De criteria die het HvJ EU in het arrest Koelzsch heeft geformuleerd om het gewoonlijk werkland te toetsen hebben betrekking op werk in het internationaal vervoer, waaraan kenmerkend is dat de werkzaamheden niet in één land worden uitgevoerd. In dit geval staat vast dat de werkzaamheden door de werknemers van Intermeat zijn verricht (in slachthuizen van haar opdrachtgevers) in Nederland. Dat betekent dat de criteria uit het arrest Koelzsch: het land van waaruit opdrachten worden verricht, de plaats waar vervoer hoofdzakelijk wordt verricht en de plaats waar goederen worden gelost, in deze zaak geen betekenis hebben. De werknemers kregen instructies van leidinggevenden van Intermeat op het werk, in Nederland dus. Ook als ze door Intermeat vanuit Luxemburg materialen ter beschikking gesteld kregen, zoals Intermeat stelt, waren dit materialen om te gebruiken voor het werk in Nederland. Dat ze daarnaast, vanwege hun dienstverband met een Luxemburgse werkgever, ook gebonden waren aan het bedrijfsreglement van Intermeat en dat zij de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen moesten nakomen (zoals zich bij ziekte onderwerpen aan controle aan een bedrijfsarts in Luxemburg en opleidingsactiviteiten in Luxemburg), maakt niet dat Luxemburg als gewoonlijk werkland heeft te gelden. Het gaat daarbij namelijk niet om prestaties die de arbeidsovereenkomst het meeste kenmerken; de kenmerkende prestatie is het werk bij de opdrachtgevers. Tot slot keerden de werknemers na het werk niet terug naar Luxemburg, maar naar hun land van herkomst.

2.21 De werknemers verrichten dus het belangrijkste deel van hun verplichtingen ten opzichte van Intermeat in Nederland. Het hof concludeert dat Nederland het gewoonlijk werkland is.

c. lid 4 - kennelijk nauwere band

2.22 Het hof moet vervolgens onderzoeken of de uitzonderingsbepaling van lid 4 zich voor toepassing leent: zijn er factoren die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een

<sup>11</sup> Productie 4 bij memorie van grieven.

<sup>12</sup> Productie 3 bij memorie van grieven.

ander land dan het gewoonlijk werkland? Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet daarbij rekening worden gehouden met alle factoren die de arbeidsverhouding kenmerken. Belangrijke factoren daarbij zijn in welk land de werknemer belasting betaalt op inkomsten uit arbeid, in welk land hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en bij de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden<sup>13</sup>

2.23 Aan Intermeat kan worden toegegeven dat bij deze toetsing heel wat factoren in de richting van Luxemburg wijzen: de werknemers vallen onder het sociaal zekerheidsstelsel van Luxemburg, het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld in Luxemburg en (daarmee samenhangend) nevenverplichtingen die verband houden met de arbeidsovereenkomst moeten in Luxemburg worden uitgevoerd: zij worden aan het begin van het dienstverband in Luxemburg ingewerkt en opgeleid, zij volgen daar tussentijdse opleidingen en de werknemers moeten in Luxemburg naar de bedrijfsarts. Ook disciplinaire maatregelen worden vanuit Luxemburg uitgevoerd. Maar eigenlijk vloeien al deze factoren rechtstreeks voort uit het feit dat Intermeat in Luxemburg is gevestigd. De werknemers hebben niet de Luxemburgse nationaliteit, zij wonen niet in Luxemburg en zij keren na afloop van een opdracht niet naar Luxemburg terug. Als zij in Luxemburg werken is dat tijdelijk bij een Luxemburgse opdrachtgever van Intermeat. Voor de werknemers wordt bovendien in Nederland belasting afgedragen. Het hof is van oordeel dat in deze omstandigheden de naar Luxemburg wijzende factoren onvoldoende gewicht in de schaal leggen om de uitzonderingsbepaling toe te passen en af te wijken van het gewoonlijk werkland. Bij die afweging betreft het hof ook de beschermingsgedachte van artikel 8 Rome I (zie 2.13).

#### Conclusie

2.24 De slotsom luidt dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit. Intermeat betwist dat ook niet, maar wel dat zij valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit.

#### V. De werkingssfeer van Verplichtstellingsbesluit

##### Het verweer van Intermeat

2.25 Haar verweer dat zij niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt verwoordt Intermeat in grief 3. Zij onderbouwt dat in de uitwerking van de grief met de stelling dat er in dit geval sprake is van detachering en dat zij is vrijgesteld van premiebetaling in Nederland op grond van artikel 97 lid 2 Pw. Dit argument zal hierna onder VI worden behandeld. Bij akte voorafgaand aan het pleidooi heeft Intermeat een verklaring van een registeraccountant overgelegd, waarin staat dat over de periode 2014–2018 de loonsom van de in Nederland gedetacheerde werknemers minder dan 50% van de totale jaarlijkse bruto loonsom van Intermeat vormt. Tijdens het pleidooi heeft zij aangevoerd dat zij (ook) niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt omdat zij niet voldoet aan de 50%-eis als genoemd onder C. VLEP heeft hiertegen tijdens het pleidooi bezwaar gemaakt: zij ziet dit als een nieuwe grief en die mag op grond van de zogeheten “twee-conclusieregel” die voortvloeit uit de wet<sup>14</sup> niet meer worden meegenomen in de beoordeling.

2.26 Het hof oordeelt dat het beroep op de verklaring van de registeraccountant een toegestane nadere invulling is van grief 3. Die grief heeft de kop “*Werkings sfeer verplichtstelling*” en daaruit volgt voldoende duidelijk dat Intermeat meent dat zij niet onder die werkingssfeer valt. Zij mag dat verweer invullen met het aan de tekst van het Verplichtstellingsbesluit ontleende argument dat zij niet aan de 50%-eis voldoet.

2.27 Inhoudelijk houdt het verweer van Intermeat in dat het Verplichtstellingsbesluit zo moet worden uitgelegd dat van de werking is uitgesloten een inleenbedrijf dat in de regel voor niet meer dan 50% van de totale loonsom (dus inclusief werknemers die in het buitenland werken) werknemers in Nederland arbeid laat verrichten in de vleesbewerkende industrie. VLEP betwist dat en stelt dat het bij toepassing van het criterium gaat om de totale loonsom van de in Nederland werkzame werknemers. Partijen zijn het dus niet eens over de uitleg van het Verplichtstellingsbesluit.

<sup>13</sup> HvJ EU 12 september 2013, ECLI:EU:C:2013:551 (Schlecker).

<sup>14</sup> Artikel 347 lid 1 Rv.



Het juridisch kader voor uitleg van het Verplichtstellingsbesluit

2.28 Het Verplichtstellingsbesluit is recht in de zin van artikel 79 RO. Op de uitleg van deze regeling is de zogeheten cao-norm van toepassing, zo heeft de Hoge Raad in 2018 nogmaals bevestigd<sup>15</sup>. De cao-norm houdt het volgende in. In beginsel zijn de bewoordingen van een cao, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de cao. De bedoeling van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, is in beginsel niet van belang voor de uitleg. Met die bedoeling kan alleen rekening gehouden worden als die naar objectieve maatstaven kenbaar is uit de bepalingen van de cao of de toelichting bij de cao. Bij de uitleg van een cao kan onder meer rekening worden gehouden met de op andere plaatsen in de cao gebruikte formuleringen. Ook kan van belang zijn of de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden aannemelijk zijn. De bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.

Uitleg van het Verplichtstellingsbesluit

2.29 De passage uit het Verplichtstellingsbesluit onder categorie C waar het om gaat luidt voor zover van belang:

“Onder inleenbedrijf wordt verstaan de rechtspersoon (...) die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom werknemers arbeid laat verrichten binnen ondernemingen binnen de Vers vlees- of vleesbewerkende industrie op basis van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk met die ondernemingen (...).”

Het begrip “*totale loonsom*” is niet omschreven. Omdat het Verplichtstellingsbesluit betrekking heeft op bedrijven in de vleesbewerkende industrie in Nederland, legt het hof dit begrip zo uit dat het gaat om de totale loonsom in Nederland. De uitleg die Intermeat voorstaat zou leiden tot het onaannemelijke rechtsgevolg dat een onderneming met bijvoorbeeld 1000 personeelsleden, die 40% van haar werknemers in Nederland laat werken en 60% in het buitenland, voor haar in Nederland werkende werknemers niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen. Daarmee zou de bescherming van de werknemers in de Nederlandse vleesbewerkende industrie onvoldoende zijn gewaarborgd. De omstandigheid dat in het verleden in het aansluitingsformulier van VLEP ook werd gevraagd naar in het buitenland werkende werknemers kan niet tot een andere uitleg leiden. VLEP heeft uitgelegd dat dat te maken had met het feit dat in het verleden buitenlandse ondernemingen in de Gemaksvoedingindustrie (genoemd onder B, dus een andere categorie dan waar het hier over gaat) van deelname waren uitgesloten.

Conclusie

2.30 Wat hiervoor is overwogen leidt er toe dat het hof het verweer van Intermeat ook op dit punt verwerpt. Voor toepassing van het 50%-criterium gaat het erom of er meer dan de helft van de werknemers, afgezet tegen de totale loonsom van de in Nederland voor Intermeat werkzame werknemers, in de vleesbewerkende industrie werkten. Intermeat stelt niet dat zij in de periode waar het hier om gaat in Nederland werknemers tewerk heeft gesteld in ondernemingen die niet in de vleesbewerkende industrie behoorden. Dit betekent dat 100% van haar werknemers in Nederland in de vleesbewerkende industrie werkten en zij dus voldoet aan het criterium. Zij valt dan ook onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit.

VI. *Artikel 97 lid 2 Pw*

Verweer van Intermeat

2.31 Intermeat beroept zich op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw. Zij stelt dat voor haar werknemers in Luxemburg pensioenpremies worden betaald. Dit is een werkgeverspensioen dat vergelijkbaar is met de aanvullende pensioenvoorziening van VLEP. Het Luxemburgs pensioen geeft zelfs een veel ruimere uitkering.

<sup>15</sup> HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958.

Artikel 97 lid 2 Pw is niet van toepassing

2.32 In dit artikellid staat dat als tijdens detachering in Nederland de betaling van pensioenpremie in een ander land wordt voortgezet, de in Nederland gedetacheerde werknemer en werkgever worden vrijgesteld van de verplichting tot premiebetaling in Nederland. Met de invoering van artikel 97 Pw is in Nederland de Europese Beschermingsrichtlijn geïmplementeerd. In artikel 3 onder e van die richtlijn wordt een gedetacheerde werknemer gedefinieerd als “*een werkende die in een andere lidstaat wordt gedetacheerd om daar te werken en die krachtens titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong; ‘detachering’ dient dienovereenkomstig te worden geïnterpreteerd*”.

De genoemde verordening is de voorloper van de Coördinatieverordening. Voor de vraag wat onder detachering wordt verstaan moet dus worden aangeknoopt bij de omschrijving in de Coördinatieverordening. Uit artikel 12 Coördinatieverordening volgt dat van detachering sprake is als de werknemer door zijn werkgever vanuit het land waar hij gewoonlijk werkt wordt uitgezonden naar een ander land.

2.33 He hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijk werkland is van de werknemers. Daaruit volgt dat van detachering vanuit Luxemburg geen sprake is en dat artikel 97 lid 2 Pw toepassing mist. Daarmee komt het hof ook niet toe aan de inhoudelijke vergelijking van de Luxemburgse pensioenvoorziening en het aanvullend pensioen van VLEP, waarover partijen uitgebreid hebben gedebatteerd.

Conclusie

2.34 Het hof oordeelt dus dat Intermeat zich niet kan beroepen op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw.

#### VII. *Misbruik van (proces)recht/nietigheid dwangbevel*

Verweer Intermeat

2.35 Intermeat vindt dat VLEP misbruik heeft gemaakt van haar (proces)recht of bevoegdheid door een dwangbevel uit te brengen. Intermeat stelt dat VLEP, in verband met haar betrokken belangen, het dwangbevel niet had mogen uitbrengen. VLEP heeft de Europese wetgeving genegeerd en een nietig dwangbevel uitgebracht. Bovendien heeft VLEP ten onrechte geen gehoor gegeven aan het verzoek van de boekhouder van Intermeat, HLB Van Daal&Partners (HLB), om de kwestie gezamenlijk op te lossen.

De gang van zaken voorafgaand aan het dwangbevel

2.36 HLB heeft namens Intermeat op 20 februari 2015 een aansluitingsformulier ingediend. Daarop is ingevuld dat Intermeat vanaf december 2014 personeel in dienst had en dat haar personeel voor 100% van de loonsom werkzaam was in het slachten van dieren en/of vleesbewerking. HLB werd daarop als extern kantoor vermeld dat de loongegevens zou doorgeven. Vervolgens heeft VLEP Intermeat gewezen op de noodzaak van digitale aanlevering van personeelsgegevens. Omdat zij geen of onvoldoende inzage kreeg in het personeelsbestand van Intermeat heeft VLEP ambtshalve facturen gestuurd. HLB heeft bij brief van 27 juli 2016 namens Intermeat bezwaar gemaakt tegen de verplichte aansluiting bij VLEP. Dit bezwaar is door VLEP afgewezen bij brief van 16 september 2016. Daarin is uitgelegd dat de A1-verklaring er niet aan in de weg staat dat Intermeat toch verplicht is om deel te nemen aan de pensioenregeling van VLEP. In die brief vraagt VLEP ook om nadere gegevens om meer inzicht te krijgen in de feitelijke situatie. Intermeat heeft die informatie niet gegeven. In plaats daarvan heeft HLB namens Intermeat om een gesprek met VLEP gevraagd om de kwestie op te lossen, maar VLEP heeft daarop gereageerd dat zo'n gesprek niet zinvol was en nogmaals om loongegevens gevraagd. Die zijn niet verstrekt en vervolgens heeft VLEP op 19 december 2017 een dwangbevel voor de ambtshalve aanslagen opgelegd. HLB heeft rond die periode namens Intermeat voor het eerst Excel-sheets met personeelsgegevens aan VLEP verstrekt.

De beoordeling door het hof

2.37 Uit de hiervoor geschetste gang van zaken blijkt dat Intermeat het dwangbevel over zichzelf heeft afgeroepen door, ondanks herhaaldelijk verzoek (naar VLEP stelt vanaf oktober 2014), geen personeelsgegevens te verstrekken. Dit is in strijd met haar (wettelijke) plicht voortvloeiend uit het Uitvoeringsreglement van VLEP en artikel 4 Wet Bpf 2000. Zoals hiervoor is overwogen heeft ze dat ook in deze procedure niet gedaan. Zelfs het aantal tewerkgestelde werknemers is niet duidelijk geworden. In de dagvaarding stelt Intermeat zelf dat het zou gaan om ongeveer 400 werknemers, maar in hoger beroep stelt zij dat het er veel minder waren en dat zij niet meer dan 200 werknemers in totaal heeft. VLEP stelt dat de gegevens op het Excel-sheets incompleet en niet onderbouwd zijn, zodat zij deze niet kon gebruiken voor de premieberekening. Dat heeft Intermeat niet weerlegd. De verwijten die Intermeat tijdens het pleidooi heeft gemaakt over de gang van zaken na het vonnis van de kantonrechter kunnen niet

meewegen in de beoordeling of sprake is van misbruik van recht, omdat die gaan over gestelde gedragingen van VLEP na het uitbrengen van het dwangbevel. Dit alles betekent dat van misbruik door VLEP geen sprake is. Ook het verwijt dat het dwangbevel nietig zou zijn snijdt geen hout. Het dwangbevel is verstuurd aan HLB. HLB heeft steeds namens Intermeat opgetreden en ook in latere correspondentie zich opgeworpen als contactpersoon. Daarnaast voldoet het dwangbevel aan de wettelijke vereisten van artikel 21 Wet Bpf 2000.

#### Conclusie

2.38 Het verweer van Intermeat over misbruik van (proces)recht slaagt niet.

#### VIII. Overige verweren/stellingen Intermeat

##### De redelijkheid en billijkheid

2.39 Intermeat stelt nog dat zij op grond van de redelijkheid en billijkheid een beroep kan doen op vrijstelling, dan wel ontheffing. Zij voert daartoe aan dat het dwangbevel hoge kosten met zich meebrengt, zeker gezien het feit dat het aanvullende pensioen van VLEP geen toegevoegde waarde heeft voor de werknemers gezien hun hoge bescherming in Luxemburg.

2.40 Intermeat heeft dit verweer onvoldoende uitgewerkt. Het hof gaat daar dan ook aan voorbij.

##### Inbreuk vrij verkeer van diensten

2.41 Intermeat vindt dat deelname aan de aanvullende pensioenregeling van VLEP een belemmering zou opleveren van het vrije verkeer van diensten. Dat is in strijd met artikel 56 van het Verdrag Betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

2.42 Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijke werkland is van de werknemers waar het in deze procedure om gaat. In die context kan geen sprake zijn van een belemmering in het vrij verkeer van diensten of personen. Alle werknemers die in Nederland in de vleesindustrie werken vallen onder de werking van het Verplichtstellingsbesluit. Uitsluiting van deelname van werknemers die door een buitenlands werkgever tewerkgesteld zijn zou een (ongerechtvaardigd) voordeel opleveren ten opzichte van Nederlandse werkgevers.

##### Bewijsaanbod

2.43 Omdat Intermeat niet heeft voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht gaat het hof aan haar bewijsaanbod voorbij. Intermeat heeft zowel voorafgaand aan als in de procedure geen gegevens aangedragen ter onderbouwing van haar verweer.

2.44 Aan behandeling van de overige stellingen en verweren van Intermeat komt het hof niet toe, omdat deze niet tot een andere uitkomst leiden.

##### Prejudiciële vragen

2.45 Het hof ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU, zoals Intermeat wil. Er is geen uitleg van Europese regelgeving nodig voor de beslechting van dit geschil.

#### IX. Conclusie

2.46 Het hof oordeelt dat Intermeat onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt. Haar verzet tegen het dwangbevel is dus ongegrond.

### 3 Slotsom

3.1 Het hoger beroep van Intermeat slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis waartegen zij beroep heeft ingesteld en wijst de vorderingen in hoger beroep af.

3.2 Intermeat worden als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep. Deze kosten worden aan de zijde van VLEP vastgesteld op € 5.382,- voor griffierecht en op € 8.128,- (2 punten tarief VI) voor salaris van de advocaat.

### 4 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 22 mei 2019;

veroordeelt Intermeat in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van VLEP tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 5.382,- aan verschotten en € 8.128,- aan salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Intermeat in het nasalaris, vastgesteld op € 163,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85,- in geval de Intermeat niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan en betekening heeft plaatsgevonden, verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad wat betreft de veroordelingen.

### **Arrest Hof Arnhem-Leeuwarden, van 30 november 2021:**

#### **1 Het verloop van het de procedure in hoger beroep**

1.1 Het hof heeft in deze zaak op 22 juni 2021 een tussenarrest gewezen, waarbij een mondelinge behandeling is bepaald. Die zitting is gehouden op 20 oktober 2021. Van de zitting is een proces-verbaal opgemaakt, waaraan de pleitnotities van beide partijen zijn gehecht.

1.2 Hierna heeft het hof arrest bepaald.

#### **2 De motivering van de beslissing in hoger beroep**

##### *I. Inleiding*

De betrokken partijen

2.1 Mahevia is een in Luxemburg gevestigde onderneming die overeenkomsten van opdracht sluit met opdrachtgevers in diverse EU-landen. Daarbij verbindt zij zich tot het uitvoeren van arbeid ten behoeve van de verwerking van vlees en vleesproducten. Ter uitvoering van deze overeenkomsten van opdracht stelt zij werknemers van verschillende nationaliteiten tewerk in de versvlees- en vleesbewerkende industrie. Met een deel van haar in Nederland werkende werknemers heeft zij een arbeids-overeenkomst naar Nederlands recht gesloten. Met een ander deel van de werknemers heeft Mahevia een arbeidsovereenkomst naar Luxemburgs recht gesloten. Voor die werknemers beschikt zij over een zogeheten A1-verklaring. VLEP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Werkgevers die onder de werking van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn verplicht om daarin deel te nemen. Deelneming in VLEP is verplicht gesteld bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 juni 2013, Stcrt. 2013, nr. 15217, (het Verplichtstellingsbesluit). Onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen onder meer werknemers die in dienst zijn van inleenbedrijven, die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom op basis van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk arbeid laten verrichten binnen ondernemingen in de versvlees- en vleesbewerkende industrie.

Het geschil

2.2 Mahevia is voor haar werknemers die zij naar Nederlands recht in dienst heeft vanaf 2013 verplicht aangesloten bij VLEP. Het gaat in deze zaak om de vraag of Mahevia in de periode 2013 tot 2017 ten aanzien van de groep werknemers die zij naar Luxemburgs recht in dienst heeft valt onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit. VLEP vindt dat dat het geval is en heeft ambtshalve premienota's aan Mahevia gestuurd. Mahevia is het daar niet mee eens en heeft de premienota's onbetaald gelaten. VLEP heeft daarop een dwangbevel tegen Mahevia uitgevaardigd. Mahevia is tegen de tenuitvoerlegging daarvan in verzet gekomen en vordert (onder meer) dat dit verzet gegrond wordt verklaard. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De vorderingen in reconventie van VLEP, onder meer tot betaling van hetgeen bij dwangbevel werd ingevorderd en tot aanmelding van haar werknemers bij VLEP, zijn gedeeltelijk toegewezen.

De beslissing van het hof

2.3 Ook het hof wijst de vorderingen van Mahevia af. Het hof legt deze beslissing hierna uit. Daarbij zal het hof ingaan op de volgende onderwerpen die Mahevia in deze procedure ter discussie stelt:

- (onder II) de bewijslast
- (onder III) is het hof gebonden aan de A1-verklaringen en daarom onbevoegd? In dat kader bespreekt het hof ook de vraag of de Wet Bpf valt onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels.

- (onder IV) welk recht is van toepassing en wat is de werking van het Verdrag Rome I<sup>2</sup>?
- (onder V) valt Mahevia onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit?
- (onder VI) komt Mahevia een beroep toe op artikel 97 lid 2 Pensioenwet (Pw)?
- (onder VII) maakt VLEP misbruik van bevoegdheid/procesrecht en is het dwangbevel nietig?
- (onder VIII) overige verweren.

## II. Bewijslast

2.4 VLEP stelt dat Mahevia valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit. De bewijslast van die stelling berust op VLEP. Dat neemt niet weg dat van Mahevia, die betwist dat het Verplichtstellingsbesluit op haar van toepassing is, verlangd wordt dat zij haar verweer substantieert. De feitelijke gegevens, die van belang zijn voor de beoordeling van de vraag of Mahevia onder het Verplichtstellingsbesluit valt, hebben betrekking op haar bedrijfsvoering en personeelsbestand. Die gegevens bevinden zich dus in het domein van Mahevia. Dat betekent dat Mahevia feitelijke gegevens moet verstrekken ter motivering van haar betwisting. Zij heeft in die zin een verzwaarde motiveringsplicht van haar verweer.

## III. De Wet Bpf en de Coördinatieverordening

Het verweer van Mahevia

2.5 Mahevia vindt dat het hof geen rechtsmacht heeft, zich onbevoegd moet verklaren, althans dat VLEP niet-ontvankelijk is. Zij stelt dit onderwerp in grief 1 aan de orde. Zij beroept zich in dit verband primair op de vrijstelling van artikel 97 Pensioenwet (Pw) en subsidiair op het feit dat VLEP eerst de dialoogprocedure moet doorlopen. Het hof behandelt op deze plaats alleen het subsidiaire verweer, omdat een eventuele vrijstelling van artikel 97 Pw niet tot het door Mahevia bepleite gevolg van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid kan leiden. Dit onderwerp zal onder VI aan de orde komen.

2.6 Mahevia stelt dat de Nederlandse AOW samen met het aanvullend verplichte werkgeverspensioen van VLEP in Europees opzicht gezien moet worden als een sociaalzekerheidspensioen. Het aanvullend pensioen valt onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening. Of daarvan sprake is moet volgens vaste Europese rechtspraak materieel, en niet formeel worden getoetst. Mahevia beschikt voor de werknemers, waar het in deze procedure over gaat, over een A1-formulier. De werknemers vallen onder het sociale zekerheidsregime van Luxemburg. Dat regime houdt in een verplichte pensioenverzekering bij het Caisse de Pension/CCSS, dat direct is verbonden met het verrichten van werk en een betere pensioenuitkering oplevert dan die van VLEP. Mahevia draagt voor hen pensioenpremies af in Luxemburg. Als Mahevia ook onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen moet zij dubbel pensioenpremies afdragen. Dat is in strijd met de Coördinatieverordening. In het A1-formulier staat dat de plaats waar wordt gewerkt Luxemburg is. De rechter van een lidstaat, in dit geval dit hof, is daaraan volgens Mahevia gebonden en het is niet toegestaan om het A1-formulier inhoudelijk te toetsen. Ook VLEP is aan de vaststellingen in het A1-formulier gebonden en als zij het daarmee niet eens is moet zij eerst de in de Coördinatieverordening voorgeschreven dialoogprocedure doorlopen.

Wet Bpf 2000 valt niet onder de Coördinatieverordening

2.7 De Coördinatieverordening faciliteert het vrij verkeer van personen en coördineert toepasselijke socialezekerheidswetgeving bij grensoverschrijdende arbeid. De verordening bevat regels om rechten die in nationale stelsels zijn opgebouwd te behouden en voorrangregels die moeten tegengaan dat dubbele uitkeringsrechten ontstaan. Uit de definitiebepaling van de term “*wetgeving*” in artikel 1 onder I van de verordening volgt dat het moet gaan om “*wetten, regelingen, statutaire bepalingen en alle andere uitvoeringsmaatregelen die betrekking hebben op de in artikel 3, lid 1, bedoelde takken van sociale zekerheid*”. Daaraan is toegevoegd dat contractuele bepalingen niet onder de term (en daarmee niet onder het toepassingsbereik van de verordening) 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 welke verklaring bij de Europese Unie is aangemeld.

2.8 Mahevia voert als eerste argument voor haar standpunt (de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen valt binnen de reikwijdte van de Coördinatieverordening) aan dat de pensioenaanspraak die voortvloeit uit de verplichtstelling een wettelijke aanspraak is. De Wet Bpf 2000 is immers de

<sup>2</sup> 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.

grondslag voor het verplichte aanvullend pensioen in de vleessector. Daarom is er sprake van wetgeving in de zin van artikel 1 onder I van de Coördinatieverordening. Dit argument gaat niet op. De Wet Bpf 2000 is weliswaar een wet, maar daaruit vloeien geen rechtstreekse uitkeringsaanspraken voor deelnemers uit voort. Die aanspraken kunnen pas ontstaan als de sociale partners in een bedrijfstak afspreken dat in die bedrijfstak een pensioenregeling dient te gelden. De afspraken over het pensioen kunnen zij op grond van artikel 2 Wet Bpf 2000 door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verplicht laten stellen voor de hele bedrijfstak. Daarmee hebben de aanspraken een contractuele, en geen wettelijke grondslag. Er is geen rechtstreeks uit de wet voortvloeiende aanspraak voor alle werknemers binnen (in dit geval) de vleessector.

2.9 Het tweede argument van Mahevia is dat er gekeken moet worden naar de materiële werkingsfeer van de Coördinatieverordening. De uitkering uit het aanvullend pensioen op basis van het Verplichtstellingsbesluit dekt de risico's zoals omschreven in artikel 3 lid 1 van de Coördinatieverordening. Mahevia beroept zich op een groot aantal uitspraken van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU), waaruit blijkt dat bij de bepaling of er sprake is van sociale zekerheid gekeken moet worden naar de materiële werkelijkheid en niet naar de formaliteiten in de lidstaat. Het hof volgt ook dit argument niet. De bedoelde rechtspraak gaat over *wetgeving* van lidstaten en valt dus binnen de definitie van artikel 1 lid 1 en daarmee onder de werking van de Coördinatieverordening. Omdat de pensioenaanspraken waar het hier over gaat een contractuele grondslag hebben, vallen die alleen onder het bereik van de verordening voor zover de Nederlandse regering daaromtrent een verklaring zou hebben opgesteld als bedoeld in de artikelen 1 sub I en 9 lid 1 Coördinatieverordening. De Nederlandse regering heeft een dergelijke verklaring niet opgesteld, zodat de verplichte deelneming buiten het toepassingsgebied van de Coördinatieverordening valt. De regering heeft zelfs bij de implementatie van de Beschermingsrichtlijn<sup>3</sup> uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de Coördinatieverordening niet van toepassing is op verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen<sup>4</sup>. Anders dan Mahevia aanvoert is een verklaring een constitutief vereiste voor een contractuele regeling om binnen het bereik van de Coördinatieverordening te vallen. De uitspraak van het HvJ EU<sup>5</sup> waarnaar zij verwijst ging over een wettelijke regeling en mist dus toepassing in dit geval.

Conclusie: geen gebondenheid aan A1-formulieren

2.10 De conclusie luidt dat de uit het Verplichtstellingsbesluit voortvloeiende uitkering van aanvullend pensioen niet valt onder de Coördinatieverordening. Dit betekent dat de aan de werknemers van Mahevia afgegeven A1-formulieren daarop geen betrekking hebben. Die formulieren zien slechts op sociale zekerheid in de zin van de Coördinatieverordening. Het hof is daaraan als bij de beoordeling van (de gebondenheid aan) de aanvullende pensioenverzekering niet gebonden. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt ook dat A1-verklaringen voor rechterlijke instanties van een andere lidstaat uitsluitend bindend zijn op het gebied van de sociale zekerheid<sup>6</sup>. Van onbevoegdheid van het hof is geen sprake. Dus ook de stelling van Mahevia dat VLEP eerst de dialoogprocedure had moeten doorlopen om het A1-formulier te laten herzien gaat niet op. Het beroep op niet-ontvankelijkheid wordt verworpen.

### III. Toepasselijk recht

Het juridisch kader: artikel 8 Rome I

2.11 In artikel 8 lid 1, eerste zin, Rome I is bepaald dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen overeenkomstig artikel 3 Rome I hebben gekozen. De tweede zin van artikel 8 lid 1 Rome I bepaalt echter dat een rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel van toepassing zou zijn geweest zonder rechtskeuze (het objectief toepasselijk recht). Op grond van artikel 8 lid 2 Rome I wordt de arbeidsovereenkomst zonder rechtskeuze beheerst door het recht van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (gewoonlijk werkland). Het land waar of van waaruit de arbeid gewoonlijk wordt verricht, wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht, zo bepaalt dit artikellid verder. Als er geen gewoonlijk werkland kan worden aangewezen is op

3 Richtlijn nr. 98/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.

4 MvT *Kamerstukken II* 2000-01 27649 nr. 3 p. 1; Nota nav Verslag *Kamerstukken II* 2000-01 27649 nr. 5 p. 3.

5 HvJ EU 12 maart 2020, ECLI:EU:2020:203.

6 HvJ EU 14 mei 2020, ECLI:EU:2020:379.

grond van lid 3 het (recht van het) land waar de werkgever gevestigd is van toepassing. Lid 4 tot slot bepaalt als de arbeidsovereenkomst kennelijk nauwer verbonden is met het recht van een ander land, het recht van dat land van toepassing is in plaats van het recht dat zou volgen uit de leden 2 en 3.

2.12 Het doel van de regeling van artikel 8 is de werknemer als de in sociaaleconomisch opzicht zwakkere partij te beschermen. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangeknoopt bij de plek waar de werknemer werkt. Lid 2 van artikel 8 moet daarom ruim worden uitgelegd<sup>7</sup>. De systematiek van artikel 8 brengt mee dat voor de vaststelling van het objectief toepasselijk recht volgens lid 2 als uitgangspunt geldt dat dat het recht van het gewoonlijke werkland is en dat daarbij wordt onderzocht of sprake is van tijdelijke arbeid. Als dat onderzoek leidt tot het recht van een bepaald land, moet worden beoordeeld of de uitzonderingsbepaling van lid 4 voor toepassing in aanmerking komt. De rechter moet bij de beoordeling naar het toepasselijk recht motiveren waarom uit alle omstandigheden van het geval blijkt van een kennelijk nauwere band met dat andere land, die rechtvaardigt dat een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt van het recht van het gewoonlijke werkland<sup>8</sup>.

Toepassing artikel 8 Rome I voor de werknemers van Mahevia

2.13 De premienota's en ambtshalve aanslagen zijn door VLEP opgelegd voor werknemers die in dienst van Mahevia waren over de periode 2013-2017 en die door haar in slachthuizen van Nederlandse opdrachtgevers in Nederland tewerk zijn gesteld. Het hof moet dus een oordeel geven over de vraag of die werknemers onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Mahevia betwist niet dat er in deze periode werknemers die bij haar in dienst waren in Nederland hebben gewerkt, maar stelt dat dat werk van tijdelijke aard was.

a. lid 1 - rechtskeuze

2.14 De arbeidsovereenkomsten van de werknemers bevatten een rechtskeuze voor Luxemburgs recht.

b. lid 2 - gewoonlijk werkland

2.15 Voor de toetsing aan artikel 8 lid 2 Rome I moet eerst onderzocht worden of er een land is "waar" de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk werkt. Pas als er geen land is "waar" de werknemer gewoonlijk werkt, komt een onderzoek naar het land "van waaruit" hij werkt, zo blijkt uit de tekst van het artikellid. Ook bij het onderzoek naar het land "waar" de werknemer werkt, gaat het erom waar hij, rekening houdend met alle elementen die de werkzaamheden kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult<sup>9</sup>.

2.16 Het hof onderzoekt dus allereerst of er ten aanzien van de werknemers van Mahevia een land is aan te wijzen "waar" wordt gewerkt. Volgens Mahevia is dat land Luxemburg en worden haar werknemers vanuit Luxemburg tijdelijk gedetacheerd in Nederland. Volgens VLEP is Nederland het gewoonlijk werkland.

2.17 Mahevia heeft haar werknemers voor onbepaalde tijd in dienst. Zij heeft een 'legal opinion' overgelegd van een Luxemburgse advocaat<sup>10</sup>. Deze heeft een vijftal arbeidsovereenkomsten bekeken en constateert dat de werknemers bij die arbeidsovereenkomsten zijn aangesteld in Luxemburg, omdat de vennootschap haar zetel in Luxemburg heeft, dat Luxemburgs recht van toepassing is, dat de werknemers onder het gezag van de werkgever vallen en dat de werknemers verplicht zijn aangesloten bij de Caisse nationale d'assurance pension (CNAP). Uit die arbeidsovereenkomsten (die niet zijn overgelegd in de procedure) blijkt niet waar de tewerkstelling feitelijk plaatsvindt.

2.18 Mahevia stelt dat de arbeidsovereenkomst in de praktijk aldus wordt uitgevoerd, dat de werknemers slechts voor een bepaalde periode bij een opdrachtgever werken en dat zij gedurende het jaar in verschillende landen werken in de slachthuizen van opdrachtgevers. Dat kan zijn in Luxemburg, Nederland, Frankrijk, België of Duitsland. Van enige stabiliteit in Nederland is geen sprake. De werknemers weten van tevoren niet in welk land zij de volgende periode tewerkgesteld worden. Mahevia zorgt voor tijdelijke huisvesting voor haar werknemers in (vakantiewoningen) in het land waar zij moeten werken. Tijdens de zitting heeft Mahevia toegelicht dat de werknemers gedurende de werkweek in die woning wonen en dat ze in het weekend, in elk geval eens in de twee weken, in principe naar huis in hun land van herkomst gaan. Het gaat volgens de stelling van Mahevia om werknemers van Franse, Roemeense,

7 HvJ EU 15 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:151 (Koelzsch).

8 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165.

9 Zie de uitspraak in noot viii.

10 Productie 39 en vertaling productie 48 eerste aanleg.

Portugese, Hongaarse en Luxemburgse nationaliteit. Verder is ter zitting toegelicht dat ter uitvoering van de overeenkomsten van opdracht steeds een ploeg van werknemers, inclusief een voorman, wordt samengesteld om een bepaald afgesproken tonnage aan vlees te bewerken. De overeenkomsten van opdracht (waarvan er ook enkele zijn overgelegd) worden steeds afgesloten voor een periode van een jaar en daarna verlengd. Over de duur van de periode waarin zo'n samengestelde ploeg werkt werd verklaard dat dat kan verschillen per opdracht.

2.19 Ter onderbouwing van haar stellingen over de feitelijke tewerkstelling legt Mahevia de volgende stukken over:

- salarisspecificaties<sup>11</sup>;
- een aantal oproepbrieven van werknemers, waaruit blijkt dat zij kort tevoren worden geïnformeerd op welke plaats zij tewerk gesteld worden<sup>12</sup>;

De betreffende producties zijn door Mahevia overigens inhoudelijk niet toegelicht. De betreffende producties zeggen (zonder toelichting) niks over de werknemers waarover het hier gaat. Mahevia heeft geen andere producties overgelegd waaruit de juistheid van haar stellingen over de tewerkstelling blijkt. Zij heeft daarom niet voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht (zie 2.4). Het gaat hier om een concrete groep werknemers, namelijk de werknemers die in de periode 2013-2017 voor Mahevia in Nederland hebben gewerkt. Mahevia heeft in deze procedure de namen van de werknemers waar het om gaat niet verstrekt. Mahevia beschikt over alle gegevens die nodig zijn om een beeld te krijgen of het klopt dat deze werknemers slechts tijdelijk in Nederland werkten, zoals zij stelt. Daarvoor had zij een overzicht kunnen overleggen van de feitelijke tewerkstelling van de desbetreffende werknemers over deze periode. VLEP heeft voorafgaande aan de procedure ook al herhaaldelijk om deze gegevens gevraagd (zie 2.36). Nu Mahevia in het geheel geen inzicht heeft gegeven in het personeelsbestand en de plaats waar zij, anders dan in Nederland, in de periode 2013-2017 hebben gewerkt, verwerpt het hof het verweer van Mahevia dat de tewerkstelling in Nederland van tijdelijke aard was. Dit brengt mee dat VLEP voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de werknemers voor langere tijd in de Nederlandse vleessector hebben gewerkt, zoals blijkt uit het volgende.

2.20 De criteria die het HvJ EU in het arrest Koelzsch heeft geformuleerd om het gewoonlijk werkland te toetsen hebben betrekking op werk in het internationaal vervoer, waaraan kenmerkend is dat de werkzaamheden niet in één land worden uitgevoerd. In dit geval staat vast dat de werkzaamheden door de werknemers van Mahevia zijn verricht (in slachthuizen van haar opdrachtgevers) in Nederland. Dat betekent dat de criteria uit het arrest Koelzsch: het land van waaruit opdrachten worden verricht, de plaats waar vervoer hoofdzakelijk wordt verricht en de plaats waar goederen worden gelost, in deze zaak geen betekenis hebben. De werknemers kregen instructies van leidinggevend van Mahevia op het werk, in Nederland dus. Ook als ze door Mahevia vanuit Luxemburg materialen ter beschikking gesteld kregen, zoals Mahevia stelt, waren dit materialen om te gebruiken voor het werk in Nederland. Dat ze daarnaast, vanwege hun dienstverband met een Luxemburgse werkgever, ook gebonden waren aan het bedrijfsreglement van Mahevia en dat zij de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen moesten nakomen (zoals zich bij ziekte onderwerpen aan controle aan een bedrijfsarts in Luxemburg en opleidingsactiviteiten in Luxemburg), maakt niet dat Luxemburg als gewoonlijk werkland heeft te gelden. Het gaat daarbij namelijk niet om prestaties die de arbeidsovereenkomst het meeste kenmerken; de kenmerkende prestatie is het werk bij de opdrachtgevers. Tot slot keerden de werknemers na het werk niet terug naar Luxemburg, maar naar hun land van herkomst.

2.21 De werknemers verrichten dus het belangrijkste deel van hun verplichtingen ten opzichte van Mahevia in Nederland. Het hof concludeert dat Nederland het gewoonlijk werkland is.

c. lid 4 - kennelijk nauwere band

2.22 Het hof moet vervolgens onderzoeken of de uitzonderingsbepaling van lid 4 zich voor toepassing leent: zijn er factoren die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan het gewoonlijk werkland? Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet daarbij rekening worden gehouden met alle factoren die de arbeidsverhouding kenmerken. Belangrijke factoren daarbij zijn in welk land de werknemer belasting betaalt op inkomsten uit arbeid, in welk land hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en bij de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Producties 45, 54, 59 en 88 van Mahevia.

<sup>12</sup> Productie 86 bij memorie van grieven.

<sup>13</sup> HvJ EU 12 september 2013, ECLI:EU:C:2013:551 (Schlecker).



2.23 Aan Mahevia kan worden toegegeven dat bij deze toetsing heel wat factoren in de richting van Luxemburg wijzen: de werknemers vallen onder het sociaal zekerheidsstelsel van Luxemburg, het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld in Luxemburg en (daarmee samenhangend) nevenverplichtingen die verband houden met de arbeidsovereenkomst moeten in Luxemburg worden uitgevoerd: zij worden aan het begin van het dienstverband in Luxemburg ingewerkt en opgeleid, zij volgen daar tussentijdse opleidingen en de werknemers moeten in Luxemburg naar de bedrijfsarts. Ook disciplinaire maatregelen worden vanuit Luxemburg uitgevoerd. Maar eigenlijk vloeien al deze factoren rechtstreeks voort uit het feit dat Mahevia in Luxemburg is gevestigd. De werknemers hebben niet de Luxemburgse nationaliteit, zij wonen niet in Luxemburg en zij keren na afloop van een opdracht niet naar Luxemburg terug. Als zij in Luxemburg werken is dat tijdelijk bij een Luxemburgse opdrachtgever van Mahevia. Voor de werknemers wordt bovendien in Nederland loonbelasting afgedragen. Het hof is van oordeel dat in deze omstandigheden de naar Luxemburg wijzende factoren onvoldoende gewicht in de schaal leggen om de uitzonderingsbepaling toe te passen en af te wijken van het recht van het gewoonlijk werkland. Bij die afweging betreft het hof ook de beschermingsgedachte van artikel 8 Rome I (zie 2.12).

#### Conclusie

2.24 De slotsom luidt dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit. Mahevia betwist dat ook niet, maar wel dat zij valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit.

#### V. De werkingssfeer van Verplichtstellingsbesluit

##### Het verweer van Mahevia

2.25 Haar verweer dat zij niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt verwoordt Mahevia in grief 3. Zij onderbouwt dat in de uitwerking van de grief met de stelling dat er in dit geval sprake is van detachering en dat zij is vrijgesteld van premiebetaling in Nederland op grond van artikel 97 lid 2 Pw. Dit argument zal hierna onder VI worden behandeld.

2.26 Daarnaast stelt Mahevia dat zij niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt omdat zij niet voldoet aan de 50%-eis als genoemd onder C. Zij legt een verklaring van een registeraccountant over, waarin staat dat over de periode 2013-2017 de loonsom van de in Nederland gedetacheerde werknemers minder dan 50% van de totale jaarlijkse bruto loonsom van Mahevia vormt.

2.27 Het verweer van Mahevia houdt in dat het Verplichtstellingsbesluit zo moet worden uitgelegd dat van de werking is uitgesloten een inleenbedrijf dat in de regel voor niet meer dan 50% van de totale loonsom (dus inclusief werknemers die in het buitenland werken) werknemers in Nederland arbeid laat verrichten in de vleesbewerkende industrie. VLEP betwist dat en stelt dat het bij toepassing van het criterium gaat om de totale loonsom van de in Nederland werkzame werknemers. Partijen zijn het dus niet eens over de uitleg van het Verplichtstellingsbesluit.

##### Het juridisch kader voor uitleg van het Verplichtstellingsbesluit

2.28 Het Verplichtstellingsbesluit is recht in de zin van artikel 79 RO. Op de uitleg van deze regeling is de zogeheten cao-norm van toepassing, zo heeft de Hoge Raad in 2018 nogmaals bevestigd<sup>14</sup>. De cao-norm houdt het volgende in. In beginsel zijn de bewoordingen van een cao, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de cao. De bedoeling van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, is in beginsel niet van belang voor de uitleg. Met die bedoeling kan alleen rekening gehouden worden als die naar objectieve maatstaven kenbaar is uit de bepalingen van de cao of de toelichting bij de cao. Bij de uitleg van een cao kan onder meer rekening worden gehouden met de op andere plaatsen in de cao gebruikte formuleringen. Ook kan van belang zijn of de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden aannemelijk zijn. De bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.

14 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958.

## Uitleg van het Verplichtstellingsbesluit

2.29 De passage uit het Verplichtstellingsbesluit onder categorie C waar het om gaat luidt voor zover van belang:

“Onder inleenbedrijf wordt verstaan de rechtspersoon (...) die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom werknemers arbeid laat verrichten binnen ondernemingen binnen de Versvlees- of vleesbewerkende industrie op basis van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk met die ondernemingen (...)”.

Het begrip “totale loonsom” is niet omschreven. Omdat het Verplichtstellingsbesluit betrekking heeft op bedrijven in de vleesbewerkende industrie in Nederland, legt het hof dit begrip zo uit dat het gaat om de totale loonsom in Nederland. De uitleg die Mahevia voorstaat zou leiden tot het onaanneemelijke rechtsgevolg dat een onderneming met bijvoorbeeld 1000 personeelsleden, die 40% van haar werknemers in Nederland laat werken en 60% in het buitenland, voor haar in Nederland werkende werknemers niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit zou vallen. Daarmee zou de bescherming van de werknemers in de Nederlandse vleesbewerkende industrie onvoldoende zijn gewaarborgd. De omstandigheid dat in het verleden in het aansluitingsformulier van VLEP ook werd gevraagd naar in het buitenland werkende werknemers kan niet tot een andere uitleg leiden. VLEP heeft uitgelegd dat dat te maken had met het feit dat in het verleden buitenlandse ondernemingen in de Gemakvoedingindustrie (genoemd onder B, dus een andere categorie dan waar het hier over gaat) van deelname waren uitgesloten.

## Conclusie

2.30 Wat hiervoor is overwogen leidt ertoe dat het hof het verweer van Mahevia ook op dit punt verwerpt. Voor toepassing van het 50%-criterium gaat het erom of er meer dan de helft van de werknemers, afgezet tegen de totale loonsom van de in Nederland voor Mahevia werkzame werknemers, in de vleesbewerkende industrie werkten. Mahevia stelt niet dat zij in de periode waar het hier om gaat in Nederland werknemers tewerk heeft gesteld in ondernemingen die niet in de vleesbewerkende industrie behoorden. Dit betekent dat 100% van haar werknemers in Nederland in de vleesbewerkende industrie werkten en zij dus voldoet aan het criterium. Zij valt dan ook onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit.

## VI. Artikel 97 lid 2 Pw

## Verweer van Mahevia

2.31 Mahevia beroept zich op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw. Zij stelt dat voor haar werknemers in Luxemburg pensioenpremies worden betaald. Dit is een werkgeverspensioen dat vergelijkbaar is met de aanvullende pensioenvoorziening van VLEP. Het Luxemburgs pensioen geeft zelfs een veel ruimere uitkering.

## Artikel 97 lid 2 Pw is niet van toepassing

2.32 In dit artikellid staat dat als tijdens detachering in Nederland de betaling van pensioenpremie in een ander land wordt voortgezet, de in Nederland gedetacheerde werknemer en werkgever worden vrijgesteld van de verplichting tot premiebetaling in Nederland. Met de invoering van artikel 97 Pw is in Nederland de Europese Beschermingsrichtlijn geïmplementeerd. In artikel 3 onder e van die richtlijn wordt een gedetacheerde werknemer gedefinieerd als “een werkende die in een andere lidstaat wordt gedetacheerd om daar te werken en die krachtens titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong; ‘detachering’ dient dienovereenkomstig te worden geïnterpreteerd”.

De genoemde verordening is de voorloper van de Coördinatieverordening. Voor de vraag wat onder detachering wordt verstaan moet dus worden aangeknoopt bij de omschrijving in de Coördinatieverordening. Uit artikel 12 Coördinatieverordening volgt dat van detachering sprake is als de werknemer door zijn werkgever vanuit het land waar hij gewoonlijk werkt wordt uitgezonden naar een ander land.

2.33 He hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijk werkland is van de werknemers. Daaruit volgt dat van detachering vanuit Luxemburg geen sprake is en dat artikel 97 lid 2 Pw toepassing mist. Daarmee komt het hof ook niet toe aan de inhoudelijke vergelijking van de Luxemburgse pensioenvoorziening en het aanvullend pensioen van VLEP, waarover partijen uitgebreid hebben gedebatteerd.

**Conclusie**

2.34 Het hof oordeelt dus dat Mahevia zich niet kan beroepen op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw.

**VII. Misbruik van (proces)recht/nietigheid dwangbevel****Verweer Mahevia**

2.35 Mahevia vindt dat VLEP misbruik heeft gemaakt van haar (proces)recht of bevoegdheid door een dwangbevel uit te brengen. Mahevia stelt dat VLEP, in verband met haar betrokken belangen, het dwangbevel niet had mogen uitbrengen. VLEP heeft de Europese wetgeving genegeerd en een nietig dwangbevel uitgebracht. Bovendien heeft VLEP ten onrechte geen gehoor gegeven aan het verzoek van de boekhouder van Mahevia, HLB Van Daal&Partners (HLB), om de kwestie gezamenlijk op te lossen.

**De gang van zaken voorafgaand aan het dwangbevel**

2.36 Vanaf juli 2014 heeft VLEP bij HLB namens Mahevia gegevens opgevraagd over de werknemers voor wie Mahevia over een A1-verklaring beschikt. HLB heeft zich namens Mahevia op het standpunt gesteld dat die werknemers niet onder de verplichte deelneming bij VLEP vielen. VLEP heeft daarop bij herhaling om gegevens verzocht waaruit dat blijkt. Onder meer werd verzocht om per werknemer een overzicht van de historie bij opdrachtgevers in Nederland en in het buitenland. Die gegevens heeft HLB namens Mahevia niet verstrekt. Omdat VLEP geen of onvoldoende inzage kreeg in het personeelsbestand van Mahevia heeft VLEP ambtshalve facturen gestuurd. HLB heeft bij brief van 21 juli 2016 namens Mahevia bezwaar gemaakt tegen de verplichte aansluiting bij VLEP. Dit bezwaar is door VLEP afgewezen bij brief van 16 september 2016. Daarin is uitgelegd dat de A1-verklaring er niet aan in de weg staat dat Mahevia toch verplicht is om deel te nemen aan de pensioenregeling van VLEP. In die brief vraagt VLEP ook om nadere gegevens om meer inzicht te krijgen in de feitelijke situatie. Mahevia heeft die informatie niet gegeven. In plaats daarvan heeft HLB namens Mahevia om een gesprek met VLEP gevraagd om de kwestie op te lossen, maar VLEP heeft daarop gereageerd dat zo'n gesprek niet zinvol was en nogmaals om loongegevens gevraagd. Die zijn niet verstrekt en vervolgens heeft VLEP op 19 december 2017 een dwangbevel voor de ambtshalve aanslagen opgelegd. HLB heeft rond die periode namens Mahevia voor het eerst Excel-sheets met personeelsgegevens aan VLEP verstrekt.

**De beoordeling door het hof**

2.37 Uit de hiervoor geschetste gang van zaken blijkt dat Mahevia het dwangbevel over zichzelf heeft afgeroepen door, ondanks herhaaldelijk verzoek (naar VLEP stelt vanaf oktober 2014), geen personeelsgegevens te verstrekken. Dit is in strijd met haar (wettelijke) plicht voortvloeiend uit het Uitvoeringsreglement van VLEP en artikel 4 Wet Bpf 2000. Zoals hiervoor is overwogen heeft ze dat ook in deze procedure niet gedaan. Zelfs het aantal tewerkgestelde werknemers is niet duidelijk geworden. Mahevia stelt dat zij "sommige van haar werknemers" detachteert. VLEP stelt dat de gegevens op het Excel-sheets incompleet en niet onderbouwd zijn, zodat zij deze niet kon gebruiken voor de premieberekening. Dat heeft Mahevia niet weerlegd. De verwijten die Mahevia tijdens het pleidooi heeft gemaakt over de gang van zaken na het vonnis van de kantonrechter kunnen niet meewegen in de beoordeling of sprake is van misbruik van recht, omdat die gaan over gestelde gedragingen van VLEP na het uitbrengen van het dwangbevel. Dit alles betekent dat van misbruik door VLEP geen sprake is. Ook het verwijt dat het dwangbevel nietig zou zijn snijdt geen hout. Het dwangbevel is verstuurd aan HLB. HLB heeft steeds namens Mahevia opgetreden en ook in latere correspondentie zich opgeworpen als contactpersoon. Daarnaast voldoet het dwangbevel aan de wettelijke vereisten van artikel 21 Wet Bpf 2000.

**Conclusie**

2.38 Het verweer van Mahevia over misbruik van (proces)recht slaagt niet.

**VIII. Overige verweren/stellingen Mahevia****De redelijkheid en billijkheid**

2.39 Mahevia stelt nog dat zij op grond van de redelijkheid en billijkheid een beroep kan doen op vrijstelling, dan wel ontheffing. Zij voert daartoe aan dat het dwangbevel hoge kosten met zich meebrengt, zeker gezien het feit dat het aanvullende pensioen van VLEP geen toegevoegde waarde heeft voor de werknemers gezien hun hoge bescherming in Luxemburg.

2.40 Mahevia heeft dit verweer onvoldoende uitgewerkt. Het hof gaat daar dan ook aan voorbij.

Inbreuk vrij verkeer van diensten

2.41 Mahevia vindt dat deelname aan de aanvullende pensioenregeling van VLEP een belemmering zou opleveren van het vrije verkeer van diensten. Dat is in strijd met artikel 56 van het Verdrag Betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

2.42 Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijke werkland is van de werknemers waar het in deze procedure om gaat. In die context kan geen sprake zijn van een belemmering in het vrij verkeer van diensten of personen. Alle werknemers die in Nederland in de vleesindustrie werken vallen onder de werking van het Verplichtstellingsbesluit. Uitsluiting van deelname van werknemers die door een buitenlands werkgever tewerkgesteld zijn zou een (ongerechtvaardigd) voordeel opleveren ten opzichte van Nederlandse werkgevers.

Bewijsaanbod

2.43 Omdat Mahevia niet heeft voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht gaat het hof aan haar bewijsaanbod voorbij. Mahevia heeft zowel voorafgaand aan als in de procedure geen gegevens aangedragen ter onderbouwing van haar verweer.

2.44 Aan behandeling van de overige stellingen en verweren van Mahevia komt het hof niet toe, omdat deze niet tot een andere uitkomst leiden.

Prejudiciële vragen

2.45 Het hof ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU, zoals Mahevia wil. Er is geen uitleg van Europese regelgeving nodig voor de beslechting van dit geschil.

*IX. Conclusie*

2.46 Het hof oordeelt dat Mahevia onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt. Haar verzet tegen het dwangbevel is dus ongegrond.

### **3 Slotsom**

3.1 Het hoger beroep van Mahevia slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis waartegen zij beroep heeft ingesteld en wijst de vorderingen in hoger beroep af.

3.2 Mahevia worden als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep. Deze kosten worden aan de zijde van VLEP vastgesteld op € 5.517,- voor griffierecht en op € 11.410,- (2 punten tarief VIII) voor salaris van de advocaat.

### **4 De beslissing**

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 22 mei 2019;

veroordeelt Mahevia in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van VLEP tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 5.517,- aan verschotten en € 11.410,- aan salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Mahevia in het nasalaris, vastgesteld op € 163,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85,- in geval de Mahevia niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad wat betreft de veroordelingen.

### **Arrest Hof Arnhem-Leeuwarden, van 30 november 2021:**

#### **1 Het verloop van het de procedure in hoger beroep**

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 19 augustus 2019
- de memorie van grieven tevens houdende akte tot wijziging van eis, met producties
- de memorie van antwoord
- de schriftelijke pleidooien van 19 januari 2021.

1.2 Hierna heeft het hof arrest bepaald.

## 2 De motivering van de beslissing in hoger beroep

### I. Inleiding

De betrokken partijen

2.1 Lema is een in Slowakije gevestigde onderneming die werknemers tewerkstelt in de versvlees- en vleesbewerkende industrie in (onder meer) Nederland. VLEP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Werkgevers die onder de werking van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn verplicht om daarin deel te nemen. Deelneming in VLEP is verplicht gesteld bij besluiten van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid<sup>1</sup> (hierna gezamenlijk het Verplichtstellingsbesluit te noemen). Onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen onder meer werknemers die in dienst zijn van inleenbedrijven, die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom op basis van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk arbeid laten verrichten binnen ondernemingen in de versvlees- en vleesbewerkende industrie.

Het geschil

2.2 Het gaat in deze zaak om de vraag of Lema in de periode 2012 tot 2017 valt onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit. VLEP vindt dat dat het geval is en heeft ambtshalve premienota's aan Lema gestuurd. Lema is het daar niet mee eens en heeft de premienota's onbetaald gelaten. VLEP heeft daarop een dwangbevel tegen Lema uitgevaardigd. Lema is tegen de tenuitvoerlegging daarvan in verzet gekomen en vordert (onder meer) dat dit verzet gegrond wordt verklaard. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De vorderingen in reconventie van VLEP, onder meer tot betaling van hetgeen bij dwangbevel werd ingevorderd en tot aanmelding van haar werknemers, zijn gedeeltelijk toegewezen.

De beslissing van het hof

2.3 Ook het hof wijst de vorderingen van Lema af. Het hof legt deze beslissing hierna uit. Daarbij zal het hof ingaan op de volgende onderwerpen die Lema in deze procedure ter discussie stelt:

- (onder II) de bewijslast
- (onder III) welk recht is van toepassing en wat is de werking van het Verdrag Rome I<sup>2</sup>?
- (onder IV) komt Lema een beroep toe op artikel 97 lid 2 Pensioenwet (Pw)?
- (onder V) vermindering/matiging.

### II. Bewijslast

2.4 VLEP stelt dat Lema valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit. De bewijslast van die stelling berust op VLEP. Dat neemt niet weg dat van Lema, die betwist dat het Verplichtstellingsbesluit op haar van toepassing is, verlangd wordt dat zij haar verweer substantieert. De feitelijke gegevens, die van belang zijn voor de beoordeling van de vraag of Lema onder het Verplichtstellingsbesluit valt, hebben betrekking op haar bedrijfsvoering en personeelsbestand. Die gegevens bevinden zich dus in het domein van Lema. Dat betekent dat Lema feitelijke gegevens moet verstrekken ter motivering van haar betwisting. Zij heeft in die zin een verzwaarde motiveringsplicht van haar verweer.

### III. Toepasselijk recht

Het juridisch kader: artikel 8 Rome I

2.5 Lema stelt terecht dat eerst onderzocht dient te worden welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten met de werknemers waar het hier om gaat. Daarvoor geldt het volgende kader. In artikel 8 lid 1, eerste zin, Rome I is bepaald dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen overeenkomstig artikel 3 Rome I hebben gekozen. De tweede zin van artikel 8 lid 1 Rome I bepaalt echter dat een rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel van toepassing zou zijn geweest zonder rechtskeuze (het objectief toepasselijk

1 Besluiten Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 1 april 2009, Strct 2009, nr 65 van 3 april 2009 en 3 juni 2013, Strct. 2013, nr. 15217 van 23 juli 2013.

2 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.

recht). Op grond van artikel 8 lid 2 Rome I wordt de arbeidsovereenkomst zonder rechtskeuze beheerst door het recht van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (gewoonlijk werkland). Het land waar of van waaruit de arbeid gewoonlijk wordt verricht, wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht, zo bepaalt dit artikellid verder. Als er geen gewoonlijk werkland kan worden aangewezen is op grond van lid 3 het (recht van het) land waar de werkgever gevestigd is van toepassing. Lid 4 tot slot bepaalt als de arbeidsovereenkomst kennelijk nauwer verbonden is met het recht van een ander land, het recht van dat land van toepassing is in plaats van het recht dat zou volgen uit de leden 2 en 3.

2.6 Het doel van de regeling van artikel 8 is de werknemer als de in sociaaleconomisch opzicht zwakkere partij te beschermen. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangeknoopt bij de plek waar de werknemer werkt. Lid 2 van artikel 8 moet daarom ruim worden uitgelegd. De systematiek van artikel 8 brengt mee dat voor de vaststelling van het objectief toepasselijk recht volgens lid 2 als uitgangspunt geldt dat dat het recht van het gewoonlyke werkland is en dat daarbij wordt onderzocht of sprake is van tijdelijke arbeid. Als dat onderzoek leidt tot het recht van een bepaald land, moet worden beoordeeld of de uitzonderingsbepaling van lid 4 voor toepassing in aanmerking komt. De rechter moet bij de beoordeling naar het toepasselijk recht motiveren waarom uit alle omstandigheden van het geval blijkt van een kennelijk nauwere band met dat andere land, die rechtvaardigt dat een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt van het recht van het gewoonlyke werkland.

Toepassing artikel 8 Rome I voor de werknemers van Lema

2.7 De premienota's en ambtshalve aanslagen zijn door VLEP opgelegd voor werknemers die in dienst van Lema waren over de periode 2012-2017 en die door haar in slachthuizen van Nederlandse opdrachtgevers in Nederland tewerk zijn gesteld. Het hof moet dus een oordeel geven over de vraag of die werknemers onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Lema betwist niet dat er in deze periode werknemers die bij haar in dienst waren in Nederland hebben gewerkt, maar stelt dat dat werk van tijdelijke aard was. Lema heeft in de procedure bij de kantonrechter een arbeidsovereenkomst, een wijzigingsovereenkomst, een A1-verklaring en loonstroken overgelegd van een voorbeeldwerknemer. Zij stelt dat de situatie van die werknemer representatief is voor alle werknemers om wie het in de procedure gaat. Het hof gaat daarvan dan ook uit.

a. lid 1 - rechtskeuze

2.8 Partijen gaan ervan uit dat de arbeidsovereenkomsten van de werknemers een rechtskeuze voor Slowaaks recht bevatten. Het hof neemt dat tot uitgangspunt.

b. lid 2 - gewoonlijk werkland

2.9 Voor de toetsing aan artikel 8 lid 2 Rome I moet eerst onderzocht worden of er een land is "waar" de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk werkt. Pas als er geen land is "waar" de werknemer gewoonlijk werkt, komt een onderzoek naar het land "van waaruit" hij werkt, zo blijkt uit de tekst van het artikellid. Ook bij het onderzoek naar het land "waar" de werknemer werkt, gaat het erom waar hij, rekening houdend met alle elementen die de werkzaamheden kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult.

2.10 Het hof onderzoekt dus allereerst of er ten aanzien van de werknemers van Lema een land is aan te wijzen "waar" wordt gewerkt. Volgens Lema is dat land Slowakije en worden haar werknemers vanuit Slowakije tijdelijk gedetacheerd in Nederland. Volgens VLEP is Nederland het gewoonlijk werkland.

2.11 Lema sluit met haar werknemers arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Bij de voorbeeldwerknemer ging het om een contract voor de duur van één jaar, van 27 oktober 2014 tot 26 oktober 2015. In artikel 2 van de door Lema overgelegde arbeidsovereenkomst van de voorbeeldwerknemer als plaats van uitvoering van de werkzaamheden: "*LEMA Slovakia*", gevolgd door het bedrijfsadres van Lema. Daarnaast is er een "*Overeenkomst over een wijziging van de arbeidsovereenkomst*" met de voorbeeldwerknemer overgelegd. Daarin staat als plaats van uitvoering van de werkzaamheden: "*van 27.10.2014 tot 26.10.2015 VION Fresh Meat West B.V.*" (volgt adres) in Nederland. Beide overeenkomsten zijn gedateerd 23 oktober 2014.

2.12 Het hof constateert op basis van deze gegevens dat de werknemers van Lema, waarvoor de voorbeeldwerknemer model staat, gedurende de hele looptijd van hun arbeidsovereenkomst werken in Nederland. In Nederland wordt dus het werk verricht "*ter uitvoering van de overeenkomst*" (artikel 8 lid 2, eerste zin, Rome I).

2.13 Lema stelt dat sprake is van tijdelijk werk zoals bedoeld in de tweede zin van artikel 8 lid 2 Rome I. De werknemers verrichten het werk slechts tijdelijk, namelijk voor de duur van de arbeidsovereenkomst,

in Nederland en keren daarna terug naar hun gewoonlijk werkland, Slowakije. In overweging 36 bij Rome I staat dat het verrichten van werk in een ander land als tijdelijk wordt aangemerkt, als van de werknemer wordt verwacht dat hij na voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw in het land van herkomst gaat werken. Daarvan is volgens Lema in dit geval sprake.

2.14 Het hof is het in zoverre met Lema eens, dat het op grond van de door haar genoemde bepalingen niet nodig is dat steeds sprake is van een (doorlopende) arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever. Dus op zichzelf is het ook mogelijk dat een werknemer voorafgaand aan de ter beschikkingstelling in (in dit geval) het land van herkomst werkte bij een andere werkgever en/of dat de verwachting is dat hij na afloop van de ter beschikkingstelling naar dat land terugkeert om in dienst te treden bij een andere werkgever. Kortom, als een werknemer van Lema voor en na de ter beschikkingstelling in Nederland werkte in Slowakije, kan dit tot de conclusie leiden dat het werk in Nederland tijdelijk was. Het feit dat het dan gaat om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (namelijk de duur van de ter beschikkingstelling) staat daaraan dan niet in de weg. Lema heeft dit echter op geen enkele manier onderbouwd. Zij heeft geen producties overgelegd waaruit de juistheid van haar stellingen blijkt. Zij heeft daarom niet voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht (zie 2.4). Het gaat hier om een concrete groep werknemers, namelijk de werknemers die in de periode 2012-2017 voor Lema in Nederland hebben gewerkt. Lema heeft in deze procedure de namen van de werknemers waar het om gaat niet verstrekt. Lema beschikt over alle gegevens die nodig zijn om een beeld te krijgen of het klopt dat deze werknemers vanuit Slowakije slechts tijdelijk in Nederland werkten, zoals zij stelt. Daarvoor had zij een overzicht kunnen overleggen van de plekken waar de desbetreffende werknemers over deze periode (anders dan in Nederland) hebben gewerkt. VLEP heeft voorafgaande aan de procedure ook al herhaaldelijk om deze gegevens gevraagd. Lema heeft in de procedure bij de kantonrechter slechts een overzicht in een e-mail van haar boekhouder van 28 oktober 2018 overgelegd, die betrekking heeft op 17 werknemers. In de e-mail staat dat de werknemers door Lema voor een periode van maximaal 24 maanden naar Nederland worden gezonden, dat de werkzaamheden van de werknemers aan het einde van de periode van 24 maanden of eerder voor minimaal 2 maanden worden gestaakt voordat zij opnieuw in Nederland werden ingezet. Die passage duidt eerder op een draaideurconstructie (met het oog op de A1-verklaringen) dan op de door Lema gestelde tijdelijke tewerkstelling in Nederland. Bovendien blijkt uit het overzicht van de 17 (anonieme) werknemers dat deze gedurende de periode 2012 tot 2016 (met uitzondering van de pauze van 2 maanden) geruime tijd, vaak zelfs gedurende de volle vier jaar, in Nederland bij opdrachtgevers hebben gewerkt. Nu Lema overigens in het geheel geen inzicht heeft gegeven in het personeelsbestand en de plaats waar zij, anders dan in Nederland, in de periode 2012-2017 hebben gewerkt, verwerpt het hof het verweer van Lema dat de tewerkstelling in Nederland van tijdelijke aard was. Dit brengt mee dat VLEP voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de werknemers voor langere tijd in de Nederlandse vleesindustrie hebben gewerkt, zoals blijkt uit het volgende.

2.15 De criteria die het HvJ EU in het arrest Koelzsch heeft geformuleerd om het gewoonlijk werkland te toetsen hebben betrekking op werk in het internationaal vervoer, waaraan kenmerkend is dat de werkzaamheden niet in één land worden uitgevoerd. In dit geval staat vast dat de werkzaamheden door de werknemers van Lema zijn verricht (in slachthuizen van haar opdrachtgevers) in Nederland. Dat betekent dat de criteria uit het arrest Koelzsch: het land van waaruit opdrachten worden verricht, de plaats waar vervoer hoofdzakelijk wordt verricht en de plaats waar goederen worden gelost, in deze zaak geen betekenis hebben. De werknemers kregen instructies van voormannen van Lema op het werk, in Nederland. Dat Lema verantwoordelijk was voor de verloning en betaling van haar werknemers vloeit voort uit hun dienstverband met een Slowaakse werkgever en maakt niet dat Slowakije als gewoonlijk werkland heeft te gelden. Het gaat daarbij namelijk niet om prestaties die de arbeidsovereenkomst het meeste kenmerken; de kenmerkende prestatie is het werk bij de opdrachtgevers.

2.16 De werknemers verrichten dus het belangrijkste deel van hun verplichtingen ten opzichte van Lema in Nederland. Het hof concludeert dat Nederland het gewoonlijk werkland is.

c. lid 4 - kennelijk nauwere band

2.17 Het hof moet vervolgens onderzoeken of de uitzonderingsbepaling van lid 4 zich voor toepassing leent: zijn er factoren die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan het gewoonlijk werkland? Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet daarbij rekening worden gehouden met alle factoren die de arbeidsverhouding kenmerken. Belangrijke factoren daarbij zijn in welk land de werknemer belasting betaalt op inkomsten uit arbeid, in welk land hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en bij de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden

2.18 Aan Lema kan worden toegegeven dat bij deze toetsing de nodige factoren in de richting van Slowakije wijzen: de werknemers vallen onder het sociaal zekerheidsstelsel van Slowakije en het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden zijn op Slowaakse leest geschoeid en de werknemers hebben de Slowaakse nationaliteit. Lema heeft niet aangetoond dat de werknemers in Slowakije wonen. Gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst waar het hier om gaat in elk geval niet, zij woonden dan volgens Lema in Duitsland. Het feit dat op de A1-verklaring en een (ongedateerd) ID-bewijs een adres in Slowakije wordt vermeld oordeelt het hof, bij gebreke van de onder 2.14 genoemde gegevens, onvoldoende bewijs van een (permanente) woonplaats in Slowakije. Zoals hiervoor is overwogen heeft Lema evenmin aangetoond dat de werknemers na afloop van de arbeidsovereenkomst van een jaar terugkeren naar Slowakije. Dit zijn dus geen factoren die kunnen meewegen in de beoordeling van de nauwere band. Voor de werknemers wordt bovendien in Nederland belasting afgedragen. Het hof is van oordeel dat in deze omstandigheden de naar Slowakije wijzende factoren onvoldoende gewicht in de schaal leggen om de uitzonderingsbepaling toe te passen en af te wijken van het recht van het gewoonlijk werkland. Bij die afweging betreft het hof ook de beschermingsgedachte van artikel 8 Rome I (zie 2.6). De omstandigheid dat de werknemers naar verwachting gedurende de periode dat zij pensioengerechtigd zijn niet in Nederland, maar in hun land van herkomst verblijven leidt het hof niet tot een ander oordeel, omdat die omstandigheid er niet aan een aanspraak op een aanvullende pensioenuitkering van VLEP in de weg staat.

#### Conclusie

2.19 De slotsom luidt dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit.

#### IV. Artikel 97 lid 2 Pw

##### Verweer van Lema

2.20 Lema beroept zich subsidiair op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw. Zij stelt dat voor haar werknemers in Slowakije pensioenpremies worden betaald. Zij nemen deel in het Slowaakse I. Pillar pensioen. Dit is te vergelijken met het Nederlandse tweede pijler pensioen, waartoe ook de pensioenvoorziening van VLEP behoort.

##### Artikel 97 lid 2 Pw is niet van toepassing

2.21 In dit artikellid staat dat als tijdens detachering in Nederland de betaling van pensioenpremie in een ander land wordt voortgezet, de in Nederland gedetacheerde werknemer en werkgever worden vrijgesteld van de verplichting tot premiebetaling in Nederland. Met de invoering van artikel 97 Pw is in Nederland de Europese Beschermingsrichtlijn<sup>3</sup> geïmplementeerd. In artikel 3 onder e van die richtlijn wordt een gedetacheerde werknemer gedefinieerd als “een werkende die in een andere lidstaat wordt gedetacheerd om daar te werken en die krachtens titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong; ‘detachering’ dient dienovereenkomstig te worden geïnterpreteerd”.

De genoemde verordening is de voorloper van de Coördinatieverordening<sup>4</sup>. Voor de vraag wat onder detachering wordt verstaan moet dus worden aangeknoopt bij de omschrijving in de Coördinatieverordening. Uit artikel 12 Coördinatieverordening volgt dat van detachering sprake is als de werknemer door zijn werkgever vanuit het land waar hij gewoonlijk werkt wordt uitgezonden naar een ander land.

2.22 Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijk werkland is van de werknemers. Lema voert aan dat het gewoonlijk werkland in de zin van artikel 8 lid 2 Rome I niet zonder meer het werk is waar de werknemer “gewoonlijk werkt” in de zin van de Detacheringsrichtlijn. Zij licht dat standpunt niet toe en het hof ziet daar ook geen aanknopingspunten voor. Als Nederland het gewoonlijk werkland is, betekent dat dat van detachering vanuit Slowakije geen sprake kan zijn en dat artikel 97 lid 2 Pw toepassing mist. Het hof volgt Lema dus ook niet in haar stelling dat de detachering vaststaat, omdat een A1-verklaring is verstrekt. Die formulieren zien slechts op sociale zekerheid in de zin van de Coördinatieverordening. De Coördinatieverordening is echter niet van toepassing op verplichte deelneming in bedrijfspensioenfondsen, zo erkent ook Lema zelf. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt ook

3 Richtlijn nr 98/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.

4 Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van socialezekerheidsstelsels.



dat A1-verklaringen voor rechterlijke instanties van een andere lidstaat uitsluitend bindend zijn op het gebied van de sociale zekerheid<sup>5</sup>. Het hof komt dan ook niet toe aan de inhoudelijke vergelijking van de Slowaakse pensioenvoorziening en het aanvullend pensioen van VLEP en ook niet aan de vraag of het aanvullend pensioen een harde kernarbeidsvoorwaarde in de zin van de Detacheringsrichtlijn is.

2.23 Voor zover Lema nog aanvoert dat deelname aan de aanvullende pensioenregeling van VLEP een belemmering zou opleveren van het vrije verkeer van diensten overweegt het hof als volgt. Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat Nederland het gewoonlijke werkland is van de werknemers waar het in deze procedure om gaat. In die context kan geen sprake zijn van een belemmering in het vrij verkeer van diensten of personen. Alle werknemers die in Nederland in de vleesindustrie werken vallen onder de werking van het Verplichtstellingsbesluit. Uitsluiting van deelname van werknemers die door een buitenlands werkgever tewerkgesteld zijn zou een (ongerechtvaardigd) voordeel opleveren ten opzichte van Nederlandse werkgevers

#### Conclusie

2.24 Het hof oordeelt dus dat Lema zich niet kan beroepen op de vrijstelling van artikel 97 lid 2 Pw.

#### V. Vermindering dwangbevel

2.25 Het hof verwerpt de verweren van Lema en concludeert dat Lema valt onder werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit. In grief 19 betoogt Lema subsidiair dat VLEP niet heeft bewezen heeft dat zij een juiste berekening heeft gemaakt. Dat verwijt gaat niet op. Op Lema rust de (wettelijke) plicht voortvloeiend uit het Uitvoeringsreglement van VLEP en artikel 4 Wet Bpf 2000 om alle benodigde gegevens voor premieberekening aan te leveren. Dat heeft zij niet gedaan. Dat zij in de (onjuist gebleken) veronderstelling verkeerde dat zij niet onder het Verplichtstellingsbesluit viel en dat haar boekhouder haar niet op de hoogte heeft gesteld van de discussie die hierover met VLEP is gevoerd zijn omstandigheden die voor haar risico komen. Voor matiging van de vordering is dan ook geen aanleiding. Het verzet tegen de tenuitvoerlegging van het dwangbevel is ongegrond.

2.26 Omdat Lema niet heeft voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht gaat het hof aan haar bewijsaanbod voorbij. Lema heeft zowel voorafgaand aan als in de procedure geen gegevens aangedragen ter onderbouwing van haar verweer.

2.26 Aan behandeling van de overige stellingen en verweren van Lema komt het hof niet toe, omdat deze niet tot een andere uitkomst leiden.

### 3 Slotsom

3.1 Het hoger beroep van Lema slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis waartegen zij beroep heeft ingesteld en wijst de vorderingen in hoger beroep af.

3.2 Lema worden als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep. Deze kosten worden aan de zijde van VLEP vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 11.410,- (2 punten tarief VIII) voor salaris van de advocaat.

### 4 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 22 mei 2019;

veroordeelt Lema in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van VLEP tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 741,- aan verschotten en € 11.410,- aan salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Lema in het nasalaris, vastgesteld op € 163,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85,- in geval de franchisenemers niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad wat betreft de veroordelingen.

#### Noot

De onderhavige vier uitspraken hebben ieder betrekking op geschillen met de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor Vlees, Vleeswaren, Gemaksvoeding en Pluimveevlees ("VLEP"). In deze annotatie beperk

<sup>5</sup> HvJ EU 14 mei 2020, ECLI:EU:2020:379.

ik mij tot de belangrijkste gemeenschappelijke gezichtspunten die uit deze uitspraken naar voren komen en die relevant zijn voor de aanwijzingsregels van artikel 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 (“**Rome I**”) voor de verplichte deelneming bij VLEP en de Wet Bpf 2000. Andere aspecten, zoals detachering en de vraag naar de verhouding van de verplichte deelneming tot het vrije verkeer van diensten, laat ik hier nadrukkelijk buiten beschouwing. Hiervoor wijs ik op de annotatie van Eleveld bij een van de uitspraken (Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, *JAR* 2022/13 (*Presta*)) die deze aspecten wel betreft in haar commentaar. Voor beschouwingen over de uitspraken in eerste aanleg verwijs ik naar de relevante literatuur (zie hiervoor in ieder geval Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, *JAR* 2019/157, m.nt. M.A.N. van Schadewijk (*Presta*)).

In deze zaken gaat het om de – door het hof in deze zaken bevestigend beantwoorde – vraag of Nederland als het gewoonlijke werkland in de betekenis van artikel 8 Rome I moet worden aangemerkt op basis van de arbeidsovereenkomsten tussen respectievelijk in Luxemburg (Mahevia, Intermeat en Presta) en in Slowakije (Lema) gevestigde ondernemingen en buitenlandse werknemers die in Nederland in de vleesverwerkingsindustrie worden uitgeleend en tewerkgesteld. In de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers is Luxemburgs respectievelijk Slowaaks recht van toepassing verklaard. De tewerkstelling vindt plaats op grond van overeenkomsten van opdracht tussen de betrokken buitenlandse ondernemingen en verschillende Nederlandse opdrachtgevers.

In navolging van bestaande rechtspraak over de werking van de regels van artikel 8 Rome I (zie hiervoor bijvoorbeeld HvJ EU 15 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:151 (*Koelzsch*)), HvJ EU 12 september 2013, ECLI:EU:C:2013:551 (*Schlecker*)), Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1942, *PJ* 2018/61, m.nt. M.C.W. Tomeij en Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:472, *PJ* 2021/24, m.nt. A.M. Helstone) illustreren ook deze vier uitspraken dat het geen *sine cure* is om vast te stellen wat het *objectief toepasselijk recht* is in gevallen zoals deze, waarin een contractuele rechtskeuze door partijen is gemaakt in de arbeidsovereenkomst. Artikel 8 Rome I bepaalt dat een rechtskeuze niet tot gevolg kan hebben dat een werknemer de bescherming verliest van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn geweest volgens de aanwijzingsregels van artikel 8 lid 2 tot en met lid 4 Rome I (welke bepalingen om die reden worden aangeduid als het *objectief toepasselijke recht*). Ratio hiervan is de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan artikel 8 Rome I: vanwege zijn sociaal-economische positie dient een werknemer te worden beschermd tegen onbegrensde en werknemersonvriendelijke rechtskeuzes die worden opgelegd in de arbeidsovereenkomst. Dat het hof in dit geval het instructierecht en het werk bij de opdrachtgevers in Nederland het zwaarst meeweegt als de kenmerkende prestatie voor de arbeidsovereenkomsten, past m.i. volledig bij die beschermingsgedachte. Alle overige omstandigheden die waren aangevoerd, zoals het bedrijfsreglement en controle bij de bedrijfsarts ingeval van ziekte zijn hoofdzakelijk factoren die passen bij de wijze waarop de betrokken werkgevers hun bedrijf naar eigen inzicht hebben georganiseerd: deze factoren kunnen ieder afzonderlijk redelijkerwijs niet worden aangemerkt als de meest kenmerkende prestatie van de arbeidsovereenkomst. Indien deze factoren doorslaggevend zouden zijn in de totale weging, dan zou dit er immers ook toe kunnen leiden dat werkgevers zelfstandig een verstrekkende (subjectieve) invloed kunnen uitoefenen op de aanwijzing van het objectief toepasselijk recht in de betekenis van artikel 8 Rome I. Het hof legt de verwijzingsladder van artikel 8 Rome I in alle vier uitspraken met een deugdelijke motivering uit. Tot zover lijken deze stappen op de verwijzingsladder mij juist.

De belangrijkste complicerende factor van de verwijzingsladder is echter of het objectief toepasselijk recht ex artikel 8 Rome I in alle gevallen moet worden toegepast, ongeacht of dit ruimere bescherming biedt dan het gekozen recht. In de VLEP-zaken is door Mahevia, Intermeat en Presta aangevoerd dat het Luxemburgs pensioen voorziet in een veel ruimere uitkering dan die van de verplichte deelneming in VLEP en dus gunstiger is voor de betrokken werknemers. Hoe moet de Nederlandse rechter in dat geval oordelen en dient dan een inhoudelijke vergelijking te worden gemaakt tussen de verschillende beschermingsniveaus op basis van het (a) gekozen recht enerzijds (in deze zaken het Luxemburgs en Slowaaks recht) en (b) het objectief toepasselijke recht (in deze zaken het Nederlands recht) anderzijds? Dit vraagstuk is al sinds de inwerkingtreding van Rome I onderwerp van debat in de literatuur. Twee verschillende benaderingen kunnen hierbij worden onderscheiden, i.e. (i) de *restrictieve benadering* waarin het objectief toepasselijke recht altijd van toepassing is, ongeacht de rechtskeuze die is gemaakt en (ii) de *begunstigingsbenadering* waarbij het gunstigere recht op basis van het objectief toepasselijke recht of het gekozen recht moet worden vastgesteld (zie voor de oudere literatuur bijvoorbeeld ten aanzien van benadering (i) L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 175 en M. Zilinsky, ‘Rome I en arbeidsovereenkomst’, *WPNR* 2009/6824, p. 1031-1037 en voor benadering (ii) Z. Even en E. van Kampen, ‘De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist’, *Ara* 2004/1, p. 4-61 en zie voor een recente

beschouwing K.C. Henckel, 'Rechtskeuze in het ipr-arbeidsrecht: enkele gedachten over het begunstigingsbeginsel', *NIPR* 2021-319, p. 251-273).

De vraag welke benadering in de visie van het HvJ EU prevaleert, lijkt vooralsnog te zijn beslecht in de Gruber Logistics zaak (HvJ EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:600, NJ 2021/373, m.nt. L. Strikwerda): de overwegingen van het HvJ EU wijzen op de begunstigingsbenadering (zie hiervoor bijvoorbeeld r.o. 24 en r.o. 27). In deze zaak ging het om de beantwoording van prejudiciële vragen over regels met betrekking tot minimumlonen die in deze procedure in geschil waren bij in Roemenië gevestigde transportondernemingen en Roemeense vrachtwagenchauffeurs die werkzaam waren in respectievelijk Italië en Duitsland. In de arbeidsovereenkomsten was een rechtskeuze voor Roemeens recht gemaakt. Uit de Gruber Logistics-zaak lijkt te volgen dat in de visie van het HvJ EU de rechter op basis van de begunstigingsbenadering wel degelijk het beschermingsniveau van enerzijds het objectief toepasselijke recht en anderzijds het gekozen recht moet vergelijken. Hierbij passen de nodige kanttekeningen. Strikwerda stelt in zijn noot als terechte kritiekpunten dat het HvJ EU volledig voorbijgaat aan de mogelijke 'cherry picking' effecten die de begunstigingsbenadering met zich kan brengen alsook het risico van een 'ongerechtvaardigde internationaliteitsbonus' voor werknemers. Een door Strikwerda genoemd argument dat pleit voor de restrictieve benadering is de rechtszekerheid: dat maakt de aanwijzingsregels van artikel 8 Rome I ook praktisch hanteerbaar. Tegelijkertijd onderkent Strikwerda dat de begunstigingsbenadering beter past bij de beschermingsgedachte van artikel 8 Rome I. Henckel heeft in haar commentaar bij de uitspraak erop gewezen dat er nu handvatten voor de rechter ontbreken om de inhoudelijke vergelijking op basis van de begunstigingsbenadering te kunnen maken (zie hiervoor K.C. Henckel, 'Gruber Logistics: 'een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?', *TAC* 2021, nr. 4, p. 164-173).

Terug naar de VLEP-uitspraken. Toepassing van de begunstigingsbenadering van het HvJ EU uit de Gruber Logistics-uitspraak op de VLEP-zaken roept de vraag op of het hof in dit geval niet ook als onderdeel van het toetsingskader ex artikel 8 Rome I een inhoudelijke vergelijking had moeten maken tussen de (in dit geval gunstigere) Luxemburgse pensioenregeling en die van de verplichte deelneming in VLEP. Deze vergelijking van de verschillende beschermingsniveaus ontbreekt nu; ik sluit mij hier aan bij de conclusie die Eleveld in dit verband trekt, i.e. dat eerst zou moeten worden vastgesteld wat de kwalificatie is van het Luxemburgse pensioen (eerste of tweede pijler) en vervolgens op basis van de begunstigingsbenadering zou moeten worden geanalyseerd welk tweede pijlerpensioen ruimere bescherming biedt (zie hiervoor opnieuw de annotatie van Eleveld bij deze VLEP-uitspraken, *JAR* 2022/13).

Gelet op de blijvende groei van grensoverschrijdende arbeid en het maatschappelijk debat over de juridische bescherming die aan arbeidsmigranten moet worden geboden (zie hiervoor bijvoorbeeld het recente coalitieakkoord, 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', p. 40 (Migratie) (bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 35788, nr. 77) en de aanbevelingen van het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten (bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 29861, nr. 51 en *Kamerstukken II* 2019/20, 29861, nr. 52)), valt te verwachten dat in de komende jaren door Nederlandse bedrijfstakpensioenfondsen nog veel meer tegen buitenlandse ondernemingen over de verplichte deelneming zal worden gestreden. Hierbij kan steeds sprake zijn van verschillende beschermingsniveaus van de buitenlandse pensioenregeling en de verplichte deelneming op grond van Nederlands recht. Nadere verduidelijking van de juridische handvatten die gelden voor de begunstigingsbenadering in nieuwe (vervolg) rechtspraak ten aanzien van artikel 8 Rome I is daarom dringend gewenst.

mr. drs. A.M. Helstone CPL