

zal worden toegewezen. Het bedrag en de ingangsdatum van de wettelijke rente zijn niet betwist. Het arrest zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard zoals gevorderd.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van 14 november 2018 van de rechtbank Rotterdam,
- en opnieuw rechtdoende:
- wijst de vorderingen van PZW af;
 - veroordeelt PZW aan [appellant] te betalen een bedrag van € 117.731,99 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 21 december 2018 tot aan de dag van de algehele voldoening;
 - veroordeelt PZW in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van [appellant] tot op 14 november 2018 begroot op € 15.496,-- aan salaris advocaat;
 - veroordeelt PZW in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van [appellant] tot op heden begroot op € 105,06 aan kosten exploit, € 1.684,-- aan griffierecht en € 14.034,-- (tarief VII, 3 punten) aan salaris advocaat;
 - veroordeelt PZW in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep en bepaalt deze op € 2.339,-- (tarief VII, 0,5 punten);
 - verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

PJ 2020/61

HOF ARNHEM-LEEUWARDEN

17 maart 2020, nr. 200.206.789/01

(Mrs. W.F. Boele, J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers)

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

Art. 8 lid 2 Rome I; art. 2 Wet Bpf 2000

PJ 2019/80

ECLI:NL:GHARL:2019:4138

ECLI:NL:GHARL:2020:2304

De rechtskeuze in de arbeidsovereenkomst voor het recht van Cyprus betekent niet dat het Verplichtstellingsbesluit niet van toepassing is.

AFMB stelt dat zij niet valt onder het verplichtstellingsbesluit tot deelneming van het pensioenfonds, onder meer omdat een keuze voor Cypriotisch recht is gemaakt in de arbeidsovereenkomsten met de betrokken werknemers. Het hof oordeelt dat aan de hand van artikel 8 lid 2 kan worden vastgesteld dat de chauffeurs in formele dienst van AFMB ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst gewoonlijk hun arbeid in dan wel vanuit Nederland hebben verricht. Uit het geheel van omstandigheden blijkt ook niet dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan Nederland. Dat betekent dat van bepalingen van dwingend Nederlands recht, waaronder de verplichte deelneming, niet mag worden afgeweken. AFMB valt onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit van Bpf Vervoer. Het hof bekrachtigt daarom het vonnis van de kantonrechter met dien verstande dat de grondslag hiervoor is gelegen in artikel 8 Rome I en niet (zoals de kantonrechter in eerste aanleg concludeerde) in artikel 9 Rome I.

Arrest in de zaak van:

AFMB Limited te Limassol, Cyprus, appellante, in eerste aanleg: eiseres, hierna: AFMB, adv.: mr. M.J. van Dam te Rotterdam,

tegen

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg te Amsterdam te Groningen, geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde, hierna: het Pensioenfonds, adv.: mr. E. Lutjens te Amsterdam.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

- 1.1 Eerder is in deze zaak een tussenarrest gewezen dat op 14 mei 2019 is uitgesproken.
- 1.2 Ter uitvoering van dat arrest heeft AFMB op 11 juni 2019 stukken ter griffie gedeponereerd en heeft het Pensioenfonds met een akte nadere producties in het geding gebracht.
- 1.3 Het Pensioenfonds heeft vervolgens op 6 augustus 2019 een akte genomen, op welke akte AFMB op 1 oktober 2019 heeft geantwoord.
- 1.4 Vervolgens hebben partijen de aanvullende stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2 De verdere beoordeling van de grieven en de vordering

- 2.1 Kern van het geschil tussen partijen is of AFMB en haar werknemers onderworpen zijn aan het regime van de Wet Bpf 2000 en de daarop gebaseerde 'verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg' (het Verplichtingstellingsbesluit), zoals het Pensioenfonds aanvoert.

Deponering dossiers bestuursrechtelijke procedures

- 2.2 In het tussenarrest is overwogen dat AFMB haar verweer tegen de hierboven bedoelde stelling van het Pensioenfonds heeft te substantiëren, allereerst door het deponeren ter griffie van de volledige bestuursrechtelijke dossiers van de bij de Centrale Raad van Beroep ahangende procedures van AFMB tegen de Sociale Verzekeringsbank (de SVB) over het antwoord op de vraag of haar werknemers verplicht verzekerd zijn voor de Nederlandse sociale zekerheid, zoals de SVB stelt en AFMB bestrijdt.
- 2.3 AFMB heeft vervolgens overeenkomstig het daartoe door het hof gegeven bevel bedoelde dossiers ter griffie gedeponereerd. Of deze nadere stukken de door het Pensioenfonds bepleite conclusie kunnen dragen dan wel of, overeenkomstig met wat in overweging 5.16 van het tussenarrest is overwogen, AFMB een nader bevel tot ontsluiting van verdere stukken en gegevens uit haar administratie moet worden gegeven, zal hierna in overweging 2.10 en volgende worden besproken.

Onderzoeksrapport

- 2.4 Daarnaast is in het tussenarrest het Pensioenfonds bevolen een kopie over te leggen van zijn onderzoeksrapport waar hij in zijn brief van 29 augustus 2014 naar heeft verwezen; dit nadat AFMB daarom heeft verzocht en het Pensioenfonds zich op het standpunt had gesteld daartegen geen bezwaar te hebben.
- 2.5 Bij zijn akte van 11 juni 2019 heeft het Pensioenfonds vervolgens uiteengezet dat de brief van 29 augustus 2014 de opsomming van de omstandigheden bevat, en de analyse daarvan, waarop de beslissing tot aansluiting van AFMB is gebaseerd en dat daarvan geen (afzonderlijk/intern) document is opgesteld. Het in het arrest genoemde 'onderzoeksrapport' bestaat volgens het Pensioenfonds uit de documenten waaruit hij de opgesomde omstandigheden heeft gehaald, zijnde het door AFMB ingevulde Formulier bedrijfsonderzoek, een uittreksel uit het handelsregister, de website van AFMB, nieuwsberichten van AFMB in de media en de brief van het FNV van 15 januari 2014 met bijlage.
- 2.6 AFMB heeft vervolgens betoogd dat uit de akte van 11 juni 2019 volgt dat het Pensioenfonds het tegenover haar, de kantonrechter en het hof heeft doen voorkomen alsof zijn standpunt over aansluiting van AFMB was gebaseerd op nader onderzoek en dat daarvan geen sprake is geweest, maar wel van een 'fishing expedition'. AFMB verbindt daaraan de conclusie dat het dwangbevel van 2 januari 2015 in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de beginselen van zorgvuldigheid en 'fair play' en dat het dwangbevel om die reden niet in stand kan blijven. Eerder heeft AFMB zich met grief 3 beklaagd over het uitblijven van het 'onderzoeksrapport' als bedoeld in de brief van 29 augustus 2014 en over de door de kantonrechter verworpen, door AFMB gestelde, noodzaak voor overlegging daarvan.
- 2.7 Het hof volgt AFMB niet in haar standpunt. Allereerst geldt dat het Pensioenfonds niet in zijn brief van 29 augustus 2014 heeft geschreven of gesuggereerd dat omtrent de vraag of AFMB aangesloten moet worden een onderzoeksrapport is opgemaakt. In die zin is (ook) in tussenarrest van een onjuiste veronderstelling uitgegaan. Het Pensioenfonds heeft in de brief van 29 augustus 2014 geschreven:

"Onderzoek

De basis voor de aansluiting van de onderneming is gelegen in nader onderzoek. Door dit onderzoek is het vermoeden ontstaan dat de bedrijfssituaties anders in elkaar steekt dan door AFMB Ltd. op het formulier "bedrijfsonderzoek voor Pensioenfonds Vervoer" is ingevuld.

Pensioenfonds Vervoer is op basis van de haar ter beschikking staande gegevens van mening dat AFMB Ltd. een uitzendbureau is waarvan de bedrijfsactiviteiten in meerderheid bestaan uit het uitzenden van in Nederland woonachtige chauffeurs aan in Nederland gevestigde vervoersondernemingen. Volgens de verplichtstelling van het fonds bestaat voor dergelijke uitzendondernemingen en de door hen uitgezonden chauffeurs een aansluitplicht op het fonds.”

Het Pensioenfonds licht dit standpunt vervolgens toe aan de hand van de inschrijving van AFMB in het handelsregister, de KIWA aanwijzing waarover AFMB beschikt, de op de website van AFMB vermelde gegevens, de door heer [A] van AFMB tijdens een interview gedane uitspraken over de werkwijze van AFMB en andere berichten op internet en in kranten over AFMB.

Het Pensioenfonds heeft daarmee inzicht gegeven in de feiten en omstandigheden waarop hij zijn standpunt baseert dat AFMB aangesloten moet worden, waarbij voldoende kenbaar is gemaakt dat het nader onderzoek zag op het toetsen van wat AFMB in het formulier bedrijfsonderzoek had vermeld aan de andere genoemde feiten en omstandigheden.

2.8 Zoals al in het tussenarrest (overweging 5.13) is overwogen, had het Pensioenfonds met de door hem gegeven toelichting en de daarbij overgelegde gegevens zijn stelling dat chauffeurs van AFMB verplicht deelnemer zijn onderbouwd en gesubstantieerd, welke stelling niet op voorhand onaannemelijk is geacht. In zo'n geval is geen sprake van een 'fishing expedition' en evenmin van strijd met enig beginsel van behoorlijk bestuur, indien van AFMB wordt verlangd dat zij haar verweer motiveert aan de hand van gegevens die beslissend zijn en die zich uitsluitend in haar domein bevinden en niet toegankelijk voor het Pensioenfonds.

2.9 Met het voorgaande faalt eveneens [grief III](#).

Nader bevel tot ontsluiting van stukken en gegevens

2.10 Het Pensioenfonds heeft zich in zijn akte van 6 augustus 2019 uitgelaten over wat volgens hem uit de dossiers van de bestuursrechtelijke procedures tussen de SVB en AFMB blijkt. Het Pensioenfonds heeft op basis daarvan zonder enig voorbehoud de conclusie getrokken dat

- i. de werknemers op basis van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW ter beschikking zijn gesteld als chauffeur,
- ii. de werknemers vanuit Nederland werken en
- iii. de werknemers de meest nauwe band met Nederland hebben.

Het hof gaat er om die reden vanuit dat het Pensioenfonds met de stukken en gegevens uit genoemde dossiers meent nu voldoende inzicht te hebben over de werkzaamheden van - in dit geval - internationaal rijdende chauffeurs en welke kenmerken daarvan het zwaarst wegen, waarmee het Pensioenfonds geen behoefte meer heeft aan verdere stukken en gegevens uit de administratie van AFMB. Het hof ziet daarom geen reden voor een nader bevel tot ontsluiting van informatie. De stelling van het Pensioenfonds dat AFMB valt onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit zal daarom worden beoordeeld aan de hand van de tot nu toe aangedragen argumenten en overgelegde stukken en gegevens, voor zover daarop een concreet beroep is gedaan.

Of AFMB om (een) andere reden(en) nog in de gelegenheid zal worden gesteld nadere informatie (stukken en andere gegevens) uit haar administratie in het geding te brengen, zal hierna nog aan de orde komen.

Verplichte deelneming; inleiding

2.11 Niet in geschil is tussen partijen dat op grond van het Verplichtstellingsbesluit een uitzendonderneming in de zin van artikel 7:690 BW die chauffeurs ter beschikking stelt aan Nederlandse ondernemingen in het beroeps(goederen)vervoer over de weg in beginsel verplicht is om deze chauffeurs aan te melden bij het Pensioenfonds en voor deze chauffeurs pensioenpremie te betalen aan het Pensioenfonds, waarbij de vestigingsplaats van deze uitzendonderneming niet van belang is. Het Pensioenfonds stelt dat AFMB onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit valt. AFMB bestrijdt dat echter op meerdere gronden, onder meer met de stelling dat zij en haar werknemers onder het Cypriotisch recht vallen en voorts dat zij geen uitzendonderneming is. Op het Pensioenfonds rust dan ook de bewijslast van zijn stellingen.

Toepasselijk recht

2.12 AFMB heeft aangevoerd dat in de arbeidsovereenkomsten tussen haar als Cypriotische onderneming en haar chauffeurs het Cypriotisch recht van toepassing is verklaard. Het Pensioenfonds heeft

onder meer aangevoerd die rechtskeuze in dit geval geen effect heeft omdat die keuze op grond van het bepaalde in artikel 8 lid 2 Rome I (de korte aanduiding van: Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008) niet het gevolg kan hebben dat de werknemers de bescherming verliezen die zij genieten op grond van bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken op grond van het recht dat zou gelden bij gebrek aan een rechtskeuze. Zonder rechtskeuze zou het Nederlands recht van toepassing zijn omdat Nederland het gewone werkland van de chauffeurs is. Het Pensioenfonds heeft daarnaast aangevoerd dat de verplichtstelling van toepassing is op AFMB en haar chauffeurs omdat de verplichtingstelling bijzonder dwingend recht / een voorrangregel is in de zin van artikel 9 Rome I.

2.13 Gelet op de uit het uittreksel uit het handelsregister (productie 3 CvA) blijkende datum van oprichting van AFMB per 10 mei 2011 houdt het hof het ervoor dat de arbeidsovereenkomsten zijn gesloten na de datum van inwerkingtreding van Rome I op 17 december 2009, zodat, gelet op de internationale aspecten van dit geschil, het toepasselijk recht op die overeenkomsten moet worden bepaald aan de hand van de bepalingen van Rome I.

2.14 Anders dan de kantonrechter heeft gedaan en het Pensioenfonds heeft bepleit, zal het hof eerst beoordelen of uit het bepaalde in artikel 8 Rome I volgt dat de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit van toepassing zijn. Eerst indien dat niet het geval is, zal bezien worden of vanwege artikel 9 Rome I de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit moeten worden toegepast. Het bepaalde in artikel 8 Rome I houdt immers beperkingen in op de vrijheid van rechtskeuze (artikel 3 Rome I) met het oog op werknemersbescherming, terwijl artikel 9 Rome I als regel van bijzonder dwingend recht die vrije rechtskeuze beperkt vanuit - kort gezegd - openbaar belang. Het is daardoor naar het oordeel van het hof aangewezen om eerst te bezien of, als het gaat om de hier aan de orde zijnde arbeidsovereenkomsten, de gebruikelijker 'hoofdregel voor doorbreking van de rechtskeuze' van artikel 8 Rome I de door werkgever en werknemer gemaakte rechtskeuze opzij zet en pas na een ontkenkend antwoord op die vraag te beoordelen of regels van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I dat effect hebben (vgl. ook de preambule, nummer 37, die tot terughoudendheid dwingt).

2.15 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 (expliciet of impliciet) 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.

Artikel 8 lid 2 Rome I; Nederland gewoonlijk werkland?

2.16 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. 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.

2.17 Voor de uitleg van artikel 8 lid 2 Rome I in verband met internationaal wegvervoer is van belang het arrest van het HvJ EU in de zaak Koelzsch (ECLI:EU:C:2011:151), waarin onder meer is overwogen dat het criterium van het gewoonlijke werkland ruim moet worden uitgelegd. In zijn arrest van 23 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2165) heeft de Hoge Raad in dat verband het gewoonlijk werkland (als nu bedoeld in artikel 8 lid 2 Rome I) in rov. 3.4.6. als volgt omschreven:

“Het criterium van het gewoonlijk werkland wordt aldus verstaan dat het gaat om het land “waar of van waaruit de werknemer, rekening gehouden met alle elementen die deze werkzaamheid kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult” (arrest Koelzsch, punt 50; (...)). Om vast te stellen in of vanuit welk land de werknemer het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult, dient de rechter “met name” te onderzoeken in welk land zich de plaats bevindt van waaruit de werknemer zijn transportopdrachten verricht, instructies voor zijn opdrachten ontvangt en zijn werk organiseert, alsmede de plaats waar zich de arbeidsinstrumenten bevinden; verder moet de rechter nagaan in welke plaatsen het vervoer hoofdzakelijk wordt verricht, in welke plaatsen de goederen worden gelost en naar welke plaats de werknemer na zijn opdrachten terugkeert (arrest Koelzsch, punt 49).

Deze door het HvJEU gegeven opsomming van gezichtspunten is niet limitatief. De rechter moet immers rekening houden met “alle elementen die de werkzaamheid van de werknemer kenmerken” (arrest Koelzsch, punten 48 en 50). Wel komt veel gewicht toe aan de

gezichtspunten die volgens het HvJEU “met name” moeten worden onderzocht. De rechter dient in elk geval die door het HvJEU genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken.”

2.18 Uit wat door het Pensioenfonds is aangevoerd en aan stukken en andere gegevens is overgelegd, kan over het gewoonlijk werkland van de chauffeurs van AFMB het volgende worden afgeleid. Het hof zal daarbij verwijzen naar producties als ook naar de door het Pensioenfonds concreet aangewezen dossierstukken van bedoelde bestuursrechtelijke procedures tussen AFMB en de SVB omtrent de verzekeringsplicht van in totaal 38 werknemers, welke stukken hierna steeds zullen worden aangeduid met ‘stuk’ en het toepasselijke volgnummer.

2.19 Vast staat dat AFMB chauffeurs in dienst heeft die werkzaamheden verrichten in verband met internationaal wegvervoer. Het Pensioenfonds heeft in dat verband overgelegd loonstroken van 21 werknemers (stuk 16) en 24 andere werknemers (stuk 36) en een overzicht van (61) werknemers die bij AFMB in dienst zijn (geweest) (stuk 27a), waaruit blijkt dat zij, op één werknemer na, allemaal in Nederland wonen en de Nederlandse nationaliteit hebben. Het gaat daarbij volgens het Pensioenfonds om chauffeurs die vóór hun indiensttreding bij AFMB bij Nederlandse vervoersondernemingen werkzaam waren en die ná hun indiensttreding bij AFMB hun werkzaamheden voor deze Nederlandse vervoersondernemingen (dan wel voor een buitenlandse dochtermaatschappij daarvan) ongewijzigd zijn blijven verrichten.

2.20 Dit wordt bevestigd door de volgende publicaties door en namens AFMB. Allereerst gaat dat om de vermelding op de (Nederlandstalige) website van AFMB (productie 4 CvA) dat zij haar opdrachtgevers laat bedienen door goed opgeleide Nederlandse chauffeurs en dat transportondernemingen ‘door hun personeel onder te brengen bij AFMB kunnen besparen op hun loonkosten van hun Nederlandse chauffeurs’. Ten tweede heeft ‘chief operating officer’ [A] van AFMB bij het televisieprogramma Businessclass van 27 oktober 2013 een interview (productie 5 CvA) gegeven over de inzet van Nederlandse chauffeurs bij Nederlandse transportondernemingen en het daarbij door AFMB verzorgen van de verloning en de loonadministratie. [A] heeft in dat interview uiteengezet dat AFMB Nederlandse transportondernemingen de mogelijkheid biedt om hun Nederlandse chauffeurs te behouden tegen aanmerkelijk lagere kosten, door die Nederlandse werknemers in haar dienst te nemen. Ten derde verklaart [A] op de website van vaktijdschrift “TTM.nl” van 19 maart 2014 (productie 6 Akte 11 juni 2019) dat AFMB alleen werkt met Nederlandse chauffeurs. Ten vierde heeft [A] in een bericht van 15 januari 2014 (productie 7 Akte 11 juni 2019) meegedeeld dat AFMB ter besparing van loonkosten van Nederlandse transporteurs voortaan binnenlandritten zal uitvoeren met hulp van Oost-Europese chauffeurs. Uit een en ander blijkt dat AFMB zich richt op de Nederlandse markt, meer in het bijzonder op Nederlandse transporteurs en hun chauffeurs.

2.21 Het uitgedragen uitgangspunt dat met de dienstverlening door AFMB alleen de verloning en de loonadministratie voor deze transportondernemingen en hun chauffeurs veranderde en dat voor het overige geen wijziging in de werkzaamheden werd beoogd, wordt verder bevestigd door de verklaringen van werknemers van de Nederlandse transportondernemingen De Jager (stuk 25), Boers Transport (bijlagen 3 t/m 6 van stuk 43) en Soy Transport (bijlage 7 van stuk 45 en stuk 46 sub 2.1 e.v.), waaruit als gemene deler blijkt dat die chauffeurs als het ging om hun werk niets met AFMB te maken hadden. Dat wordt ook bevestigd met de overgelegde brief van Nederlandse transportonderneming Pakvis Transport aan haar werknemers dat zij naar AFMB ‘kunnen overstappen in verband met een nieuw loonsysteem’ (stuk 14 sub 16). Uit diverse facturen (stuk 17 sub 16.7 e.v. en sub 20.1 e.v., stuk 45 sub 6) kan worden afgeleid dat het loon van de chauffeurs, met bijbehorende vergoedingen en met een opslag voor AFMB, één op één aan de Nederlandse transporteur werd doorbelast, terwijl uit het namens AFMB opgestelde verzoekschrift (stuk 24 sub 67) voor een beslaglegging ten laste van de niet-betalende opdrachtgever De Jager blijkt, dat AFMB de salarissen van de door haar bij De Jager ingezette chauffeurs heeft voorgeschoten. Ook de omstandigheid dat uit de overgelegde vrachtbrieven (productie 14 CvR) blijkt dat AFMB kenmerkend over slechts drie vrachtwagens beschikt (waarvan er overigens twee van een Nederlands kenteken zijn voorzien, productie 13 CvR) terwijl zij in ieder geval enkele tientallen chauffeurs in dienst heeft, onderstreept dit uitgangspunt.

2.22 Verdere steun voor de enkel administratieve rol van AFMB kan worden gevonden in de door AFMB op haar website geplaatste leveringsvoorwaarden (productie 6 CvA) waarin onder meer is verwoord dat de zeggenschap over de opdracht, de werkzaamheden en de werknemer bij de opdrachtgever berust, aldus bepalend dat het werkgeversgezag - toezicht en leiding - op de chauffeurs wordt uitgeoefend door de vervoersonderneming. Dit is volgens deze voorwaarden niet anders bij het door AFMB genoemde ‘fleet management’ dat zij stelt voor transportondernemingen uit te voeren. Uit de leverings-

voorwaarden blijkt immers dat het daarbij gaat om 'de vloot voertuigen die toebehoren aan de Oprachtgever'. Dat AFMB stelt dat zij die leveringsvoorwaarden niet met haar opdrachtgevers overeenkomt en dat die voorwaarden inmiddels niet meer op website staan, maakt dat niet anders, nog daargelaten dat AFMB deze stelling verder niet heeft onderbouwd.

2.23 Uit de overgelegde vrachtbrieven blijkt verder dat in bijna alle vrachtbrieven een Nederlandse plaats voor aflevering of ontvangst staat vermeld, terwijl daarnaast een aantal vrachtbrieven zien op nationaal transport binnen Nederland. Gelet op hun woonplaats in Nederland, hun werk voor Nederlandse transportondernemingen (dan wel een buitenlandse dochter daarvan) en doorgaans een laad- dan wel losplaats in Nederland, houdt het hof, bij gebrek aan feiten dan wel onderbouwde stellingen die in andere richting wijzen, het ervoor dat de werknemers doorgaans hun werkzaamheden starten en beëindigen in Nederland en organiseren in en vanuit Nederland, dat zij hun instructies ontvangen vanuit Nederland en rijden met Nederlands materieel van Nederlandse transportondernemingen. Het hof passeert de verschillende aanbiedingen van AFMB tot het leveren van (tegen)bewijs op deze punten, omdat haar betwistingen niet onderbouwd zijn.

2.24 Uit het voorgaande volgt dat de chauffeurs, die aanvankelijk in dienst waren bij een in Nederland gevestigde vervoersonderneming, op basis van een overeenkomst tussen die vervoersonderneming en AFMB in dienst werden genomen door AFMB en weer aan die vervoersonderneming ter beschikking zijn gesteld om werkzaamheden voor die vervoersonderneming te verrichten. Uit niets blijkt dat die werkzaamheden feitelijk anders werden aangestuurd dan wel anders moesten worden uitgevoerd. Hier kan nog aan worden toegevoegd dat uit niets blijkt dat AFMB een chauffeur eerst in of vanuit een ander gewoonlijk werkland heeft laten werken voordat deze werkzaam werd voor een Nederlandse transporteur.

2.25 Dit sluit aan bij wat de SVB in de bestuursrechtelijke procedure over de werkwijze van AFMB uiteen heeft gezet (de paragrafen 6 en 7 van stuk 43 en stuk 46) en met bijlagen heeft geschraagd. Eén van die bijlagen is een rapport van de belastingdienst van 5 april 2016 (bijlage 7 van stuk 43), waarin als zijn conclusie is vermeld dat bij de overgang van de werknemers van Boers Transport naar AFMB het materieel werkgeverschap niet is gewijzigd, terwijl uit andere bijlagen blijkt dat transporteurs als Brinkman Trans-Holland en Soy Transport zelf hun chauffeurs wierven, waarna AFMB de aanstelling administratief verzorgde. Ook blijkt daaruit dat die transporteurs zelf hun chauffeurs ontslag gaven, waarna AFMB dat ontslag bevestigde en de gevolgen regelde. Dat een ontslag van een chauffeur door AFMB feitelijk afhing van de opdrachtgever blijkt ook uit een ontslagbrief (stuk 14 sub 34) waarin is geschreven dat het dienstverband met de werknemer met onmiddellijke ingang wordt beëindigd omdat de betreffende opdrachtgever van AFMB gestopt is met betalen.

2.26 Voor zover AFMB met een beroep op verklaringen (productie 17 MvG) van diverse instanties uit België, Duitsland, Polen en Spanje aangaande de (non)toepasselijkheid van hun sociale zekerheidsrecht betoogt dat zij ook chauffeurs uit een ander woonland dan Nederland in dienst heeft, sluit dat niet uit dat ook ten aanzien van deze werknemers heeft te gelden dat zij ter uitvoering van hun overeenkomst met AFMB gewoonlijk hun werkzaamheden in en vanuit Nederland verrichten dan wel hebben verricht. Het hof gaat daarvan uit omdat AFMB geen nadere gegevens heeft verstrekt over de werknemers waarop deze verklaringen zien, mede gelet op wat in overweging 2.20 is weergegeven over chauffeurs uit andere landen.

2.27 Uit de enkele omstandigheid dat de chauffeurs minder dan 25% van hun arbeidstijd in Nederland zouden werken, zoals AFMB aanvoert, dan wel dat de vrachtwagens voor meer dan 75% van de tijd buiten Nederland rijden volgt, mede gelet op het voorgaande, evenmin dat de chauffeurs geacht moeten worden een ander gewoonlijk werkland te hebben dan Nederland. Hierbij is nog daargelaten dat iedere toelichting op of onderbouwing van die stelling ontbreekt. Ook om die reden kan dit standpunt AFMB niet baten.

AFMB heeft evenmin (gemotiveerd) gesteld dat de chauffeurs slechts tijdelijk in of vanuit Nederland werken nadat zij eerder een ander gewoonlijk werkland hadden (artikel 8 lid 2, laatste zin, Rome I).

2.28 Gelet op wat hiervoor is overwogen, heeft AFMB de door het Pensioenfonds gestelde feiten en overgelegde stukken en gegevens onvoldoende gemotiveerd betwist. AFMB heeft voornamelijk volstaan met niet nader onderbouwde betwistingen en de stelling dat het aan het Pensioenfonds is om zijn stellingen te bewijzen. AFMB heeft daarin volhard, ook na het tussenarrest waarin is overwogen dat van haar mag worden verwacht dat zij haar verweer substantieert en ook nadat het Pensioenfonds aan de hand van (concrete verwijzingen naar) stukken van en gegevens uit de bestuursrechtelijke dossiers als bedoeld in overweging 2.2, zijn stellingen nader heeft onderbouwd. Nu AFMB geen voldoende onderbouwde feiten en omstandigheden heeft gesteld die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat de chauffeurs niet gewoonlijk in of vanuit Nederland hun arbeid verrichten en daarmee het voorschands aanwezig geachte bewijs zouden kunnen ontzenuwen, is er voor het leveren van (tegen)bewijs geen plaats. Het

algemene aanbod van AFMB om bewijs te leveren - daaronder te begrijpen het (verder) ontsluiten van stukken en gegevens uit haar administratie - ook als het gaat om feiten en omstandigheden van wat het gewoonlijk werkland is, wordt dan ook gepasseerd.

2.29 De conclusie uit het voorgaande is dat aan de hand van artikel 8 lid 2 Rome I kan worden vastgesteld dat chauffeurs in formele dienst van AFMB ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst gewoonlijk hun arbeid in dan wel vanuit Nederland hebben verricht. Daarmee valt het doek over wat AFMB onder sub B van haar grief I heeft aangevoerd.

Artikel 8 lid 4 Rome I; nauwere band met een ander land dan Nederland?

2.30 Het hof is voorts van oordeel dat uit het geheel van de omstandigheden in dit geval niet blijkt dat de arbeidsovereenkomsten van deze chauffeurs nauwer zijn verbonden met een ander land dan Nederland, een en ander zoals bedoeld in artikel 8 lid 4 Rome I.

De uit de stukken bekende chauffeurs wonen (op één na) in Nederland en werken in of vanuit Nederland ten behoeve van Nederlandse transportondernemingen (of een buitenlandse dochtervennootschap), onder leiding en toezicht van die transportondernemingen. Van belang is in dat verband de chauffeurs feitelijk hun werkzaamheden onveranderd hebben voortgezet, met een niet meer dan administratieve wisseling van een Nederlandse werkgever door AFMB. Verder is in de door AFMB opgestelde leveringsvoorwaarden bepaald dat voor de beloning van de chauffeur wordt uitgegaan van de (Nederlandse) cao voor uitzendkrachten, waardoor is aangeknoopt bij de Nederlandse regelgeving. Ook wat betreft de beslechting van een geschil tussen opdrachtgever en AFMB over de inzet van een chauffeur is aangesloten bij de Nederlandse rechtssfeer door op de verhouding tussen opdrachtgever en AFMB het Nederlands recht van toepassing te verklaren en daarbij de rechter te Rotterdam aan te wijzen voor beslechting van een eventueel geschil.

AFMB is gevestigd in Cyprus, maar onomstreden is dat de chauffeurs niet naar, op of vanuit Cyprus rijden (pagina 3 van de bijlage bij stuk 32). Gezien de hiervoor in overweging 2.20 weergegeven uitingen richt AFMB zich ook in hoofdzaak op de Nederlandse transportondernemingen en hun (Nederlandse) chauffeurs en daardoor op de Nederlandse markt. Het feit dat de chauffeurs voor belasting- en premieheffing zijn aangesloten bij het Cypriotische rechtstelsel maakt, hoewel daar in het algemeen belangrijke betekenis aan moeten worden toegekend, gelet op alle hiervoor genoemde omstandigheden, niet dat daardoor een nauwere band met Cyprus moet worden aangenomen. Daarbij is nog buiten beschouwing gelaten dat de juistheid van die aansluiting wat betreft de sociale zekerheid bepaald niet vast staat, gezien de stand van zaken in de bestuursrechtelijke procedures zoals weergegeven in overweging 3.12 van het tussenarrest en de inmiddels door de advocaat-generaal bij het HvJ EU op 26 november 2019 genomen conclusie (ECLI:EU:C:2019:1010) waarin onder meer is verwoord dat hij over de door AFMB toegepaste constructie geneigd is tot de conclusie dat sprake is van misbruik van EU-recht.

De door AFMB bij haar memorie van grieven overgelegde verklaringen van andere lidstaten over het toepasselijk sociaal verzekeringsrecht aangaande een aantal buiten Nederland woonachtige chauffeurs, zijn ontoereikend om anders te oordelen. AFMB heeft tot slot nog zonder enige onderbouwing aangevoerd dat haar chauffeurs deelnemen aan een pensioen-regeling in Cyprus. Zelfs als dat zo zou zijn, is dat, tegenover de omstandigheden die wijzen op de band met Nederland, onvoldoende om een nauwere band met Cyprus aan te nemen.

Artikel 9 Rome I

2.30 Nu aan de hand van artikel 8 lid 2 Rome I kan worden vastgesteld dat chauffeurs van AFMB ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst gewoonlijk hun arbeid in of vanuit Nederland hebben verricht, komt het hof niet toe aan een beoordeling op basis van artikel 9 Rome I. Daarmee is ook het in dat verband gevoerde debat van partijen over de eventuele toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn (de korte aanduiding van: Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten) niet relevant. In zoverre behoeft de daartegen gerichte grief IV geen nadere bespreking; de grief kan niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden.

Conclusie m.b.t. toepasselijk recht

2.31 Uit al het voorgaande volgt dat moet worden aangenomen dat ondanks de rechtskeuze voor het recht van Cyprus de chauffeurs niet de bescherming hebben verloren die zij genieten op grond van bepalingen van Nederlands recht, waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. Het hof verwijst in dit verband nog naar wat in overweging 35 van de preambule van Rome I is bepaald. Voor zover grief

IV steunt op de stelling dat ten onrechte regels uit het Nederlands recht op de arbeidsovereenkomsten van AFMB met haar chauffeurs moeten worden toegepast, faalt de grief dan ook.

Verplichte deelneming; vervolg

2.32 Onder de hiervoor bedoelde bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken dienen, mede gelet op de hiervoor aangehaalde overweging 35 van de preambule, te worden begrepen bepalingen van dwingend recht, waaronder het Verplichtstellingsbesluit. Dit besluit bepaalt - voor zover hier van belang - dat deelneming in het Pensioenfonds verplicht is voor werknemers in dienst van een in Nederland gevestigde onderneming in het beroeps- (goederen)vervoer en voor de personen die als chauffeur bij een dergelijke onderneming werkzaam zijn krachtens een uitzendovereenkomst met een onderneming die zich bezighoudt met het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 7:690 BW.

2.33 Aan de grieven II en V van AFMB ligt - in de kern gevat - ten grondslag de stelling dat het Verplichtstellingsbesluit toepassing mist omdat zij geen uitzendonderneming is en dat zij geen chauffeurs in dienst heeft die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn bij (hoofdzakelijk) Nederlandse vervoersondernemingen. AFMB heeft ter toelichting daarop aangevoerd dat haar activiteiten moeten worden aangemerkt als die van een internationaal vervoersbedrijf, die haar opdrachten uitvoert onder het CMR-regime. Zij heeft in dat verband gewezen op haar vervoersvergunning en eigen vrachtwagens en stelt dat zij in verband met 'fleetmanagement' ook transportopdrachten uitvoert met vrachtwagens van opdrachtgevers. Volgens AFMB berekent zij aan haar opdrachtgevers de kosten van uitgevoerd transport, inclusief vergoeding van tol, ferrykosten e.d. Dat veel van haar opdrachtgevers zelf transportondernemingen zijn, is niet ongebruikelijk, nu er vaak sprake is van een keten van vervoersovereenkomsten.

2.34 Voor het antwoord op de vraag of AFMB een uitzendonderneming drijft zoals is bedoeld in het Verplichtstellingsbesluit, is bepalend of de chauffeurs bij AFMB in dienst zijn op basis van een uitzendovereenkomst, door AFMB ter beschikking worden gesteld aan een in Nederland gevestigde vervoersonderneming en aldus hun werk "onder toezicht en leiding" van de opdrachtgevende transporteur verrichten. Niet van belang is of AFMB daarnaast ook andere activiteiten heeft, of ook werknemers uitleent aan buitenlandse bedrijven.

2.35 Uit wat hiervoor in de overwegingen 2.19 tot en met 2.22, 2.24 en 2.25 is vermeld, volgt dat AFMB, wat betreft de Nederlandse transporteurs, feitelijk functioneerde als een uitzendorganisatie, in die zin dat zij voor die transporteurs de chauffeurs in dienst (over)nam, de verloning en de aangelegenheden van loon- en personeelsadministratie op zich nam en de kosten van hun inzet bij deze transporteurs, vermeerderd met andere kosten en een opslag voor AFMB, in rekening bracht. Daar waar een transporteur ophield met het betalen van AFMB beëindigde AFMB zelf met onmiddellijke ingang het dienstverband van de chauffeur bij deze transporteur. Dit alles wijst onmiskenbaar op het uitzenden en het ter beschikking stellen van werknemers aan transportondernemingen.

2.36 Uit het voorgaande, m.n. uit wat in de overwegingen 2.20 en 2.22 is weergegeven, blijkt verder dat in de verhouding tussen AFMB en haar opdrachtgever het materieel werkgeverschap ofwel de feitelijke leiding en toezicht over de werkzaamheden bij de opdrachtgevende transporteur werd belegd. Uit de in overweging 2.25 bedoelde verklaringen van chauffeurs blijkt ook dat zij niets met AFMB te maken hadden als het ging om het werk zelf, en dat er na de wisseling van de formele werkgever niets veranderde in de aansturing of uitvoering van werkzaamheden. Overigens, maar dit ter zijde, blijkt uit meerdere verklaringen als ook uit het in overweging 2.25 bedoelde rapport van de belastingdienst dat 'uitgezonden' chauffeurs wel last ondervonden van deze wisseling van formele werkgever doordat problemen ontstonden met aftrek van hypotheekrente, het verkrijgen van zorgtoeslag en/of het afsluiten van ziektekostenverzekeringen.

2.37 Het voorgaande sluit aan bij wat AFMB zelf heeft ingeschreven in het handelsregister, te weten dat zij een uitzendbureau drijft, wat zij heeft vermeld op haar website en in meerdere mediaberichten heeft geuit. Ook de omstandigheid dat AFMB op aanvraag een KIWA aanwijzingsbeschikking voor uitzendbureaus heeft verkregen, wijst in die richting.

2.38 Dat AFMB beschikt over eigen vrachtwagens en een vervoersvergunning en onder CMR-regime vervoersopdrachten uitvoert, al dan niet - zo kan uit de website van AFMB worden afgeleid - als dienstverlening ten behoeve van zogeheten 'eigen rijders', zoals AFMB aanvoert, sluit niet uit dat AFMB ook een uitzendorganisatie is en uitzendactiviteiten ontplooit. Die argumenten van AFMB leggen daardoor geen gewicht in de schaal voor een ander oordeel.

2.39 Wat betreft de betwisting door AFMB van wat het Pensioenfonds overigens heeft aangevoerd en met stukken en gegevens heeft onderbouwd, geldt hier eveneens wat in overweging 2.28 is weergegeven. Op dezelfde voet is het hof van oordeel dat AFMB tegenover de gemotiveerde en met concrete stukken onderbouwde stellingname van het Pensioenfonds onvoldoende feiten en omstandigheden heeft

aangevoerd die tot een ontkennend antwoord op de in overweging 2.34 gestelde vraag kunnen leiden. Ook omtrent dit deel van het debat is daarom geen plaats voor het leveren van (tegen)bewijs.

2.40 Het hof komt dan ook tot het oordeel dat chauffeurs van AFMB onder de werkingssfeer van het Verplichtingstellingsbesluit vallen en dat AFMB daarom gehouden is om voor die chauffeurs pensioenpremie aan het Pensioenfonds te voldoen.

2.41 Voor zover AFMB zich in dit verband nog erover beklaagt dat het Pensioenfonds in eerste aanleg het uitvoeringsreglement van mei 2015 had overgelegd en niet het ten tijde van het Verplichtingstellingsbesluit van 18 april 2014 geldende reglement, is dat vergeefs. Het Pensioenfonds heeft immers bij zijn memorie van antwoord alle sinds 10 mei 2011 geldende uitvoeringsreglementen overgelegd en uiteengezet dat, als het gaat om de informatie- en betalingsverplichting, er geen van belang zijnde verschillen zijn. AFMB heeft dit verder onbesproken gelaten, terwijl binding aan een (gewijzigd) uitvoeringsreglement rechtstreeks volgt uit artikel 4 Wet Bpf 2000. Aan deze klacht van AFMB gaat het hof voorbij.

2.42 De slotsom is dat ook de grieven II en V zonder succes zijn voorgesteld.

2.43 Met haar grief VI heeft AFMB bestreden dat zij een werkgever is in de zin van artikel 5 van de statuten van het Pensioenfonds. Zij verbindt daaraan de conclusie dat het Pensioenfonds haar niet kan belasten met premie. Uit het voorgaande volgt echter dat een werkgever die chauffeurs ter beschikking stelt aan in Nederland gevestigde vervoerondernemingen onder de werkingssfeer van artikel 2 Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde het Verplichtingstellingsbesluit valt. Voor zover de statuten een bedrijfsactiviteit als een uitzendonderneming niet insluiten, zoals AFMB betoogt, heeft dat niet het door AFMB bepleite gevolg, aangezien een (verplicht) aangesloten werkgever op grond van het bepaalde in artikel 4 Wet Bpf 2000 gehouden is de statuten en de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het Pensioenfonds na te leven. Ook deze grief is vergeefs voorgesteld.

2.44 Met het gestelde onder sub A van haar grief VII keert AFMB zich tegen het passeren van haar verweer tegen de omvang van de door het Pensioenfonds vastgestelde pensioenpremie. Dit deel van de grief steunt echter slechts op de stelling dat AFMB niet verplicht is informatie te verstrekken aan het Pensioenfonds en dat zulks ook niet van haar kan worden verlangd wegens het gevoelige karakter van de gegevens, in welk verband AFMB nog wijst op 'het niet over de brug komen met onderzoeksrapport waarmee het Pensioenfonds schermt'. Dat laatste argument snijdt geen hout, gelet op wat hiervoor in de overwegingen 2.7 en 2.8 is weergegeven. Het eerstgenoemde argument ziet er aan voorbij dat AFMB, die zoals hiervoor is vastgesteld onder het bereik van het Verplichtingstellingsbesluit valt en als aangesloten werkgever moet worden aangemerkt, gehouden is onder meer de in artikel 4.1 van het Uitvoeringsreglement van het Pensioenfonds neergelegde informatieverplichting na te leven. AFMB stelt bij haar akte van 1 oktober 2019 nog dat het niet zo kan zijn dat op verschillende werknemers verschillend recht van toepassing is. Die stelling is onjuist. Het ligt op de weg van AFMB om aan te voeren dat en waarom bepaalde werknemers niet voldoen aan de voorwaarden van het Verplichtingstellingsbesluit. Dat heeft AFMB niet of onvoldoende gedaan. In zoverre faalt grief VII.

2.45 Onder sub B van haar grief VII voert AFMB aan dat het Pensioenfonds op grond van het bepaalde in artikel 20 lid 2 van (de inmiddels per 13 januari 2019 vervallen) Richtlijn 2003/41/EG (IORP-richtlijn) niet gerechtigd is om uitvoering te geven aan een pensioenregeling. Dit betoog miskent dat het Pensioenfonds geen uit Cyprus afkomstige pensioenregeling uitvoert doch zijn eigen pensioenregeling. Ook in zoverre faalt deze grief.

2.46 Grief VIII van AFMB richt zich als algemene veegrief tegen de ongegrondverklaring van haar verzet en de afwijzing van haar vordering. De grief bouwt voort op de hiervoor verworpen grieven en deelt in het lot daarvan, zonder dat nog een zelfstandige beoordeling nodig is.

3 De slotsom

3.1 De grieven falen. Het bestreden vonnis zal onder aanpassing van gronden worden bekrachtigd.

3.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof AFMB in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

3.3 De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van het Pensioenfonds zullen worden vastgesteld op € 716,- aan griffierecht en € 9.797,50 aan salaris advocaat (2,5 punt x tarief VI à € 3.919,-).

3.4 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

4 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter te Leeuwarden van 15 november 2016;

veroordeelt AFMB in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van het Pensioenfonds vastgesteld op € 716,- voor verschotten en op € 9.797,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en - voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

veroordeelt AFMB in de nakosten, begroot op € 157,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval AFMB niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat meer of anders is gevorderd.

Noot

De relevantie van deze uitspraak voor de pensioenpraktijk is gelegen in de maatstaf die op grond van de bijzondere verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht moet worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of grensoverschrijdende werknemers, wanneer zij feitelijk werken in Nederland, onder de reikwijdte van een verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Ik beperk mij hierna tot deze aspecten.

De hiervoor genoemde vraag is onverminderd actueel, gelet op de toename van grensoverschrijdende vormen van arbeid, niet alleen in de internationale vervoerssector (zoals in de onderhavige zaak het geval was, zie hiervoor bijvoorbeeld ook het arrest van het HvJ EU in de *Koelzsch*-zaak: ECLI:EU:C:2011:151). Voor het toepasselijk Nederlands pensioenrecht zal steeds de mogelijkheid van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds in ogenschouw moeten worden genomen.

Saillant detail is dat de uitspraak in eerste aanleg (Rb. Noord-Nederland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:493, PJ 2017/9, m.nt. M.C.W. Tomeij) een debat in de literatuur ontketende: dit was namelijk de eerste uitspraak over de vraag of een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd verplichtstellingsbesluit als een bepaling van bijzonder dwingend recht kwalificeert als bedoeld in artikel 9 van de 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 (**Rome I**).

De kantonrechter oordeelde in eerste aanleg dat de verplichtstelling als een regel van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I zou moeten worden aangemerkt en concludeerde daarom dat de betrokken chauffeurs van AFMB dus onder de reikwijdte van het verplichtstellingsbesluit tot deelneming in Bpf Vervoer vallen (**Verplichtstellingsbesluit**). De keuze voor de grondslag van artikel 9 Rome I heeft tot de nodige kritiek in de literatuur geleid (zie hiervoor bijvoorbeeld de kanttekeningen in de annotaties bij de uitspraak in eerste aanleg van L. de Graaf, JAR 2017/6, M.C.W. Tomeij, PJ 2017/9, M.C.W. Tomeij, 'Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende (uitzend) arbeid bijzonder dwingend recht?', TPV 2017/21 en A.M. Helstone, 'De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorrangregel in de betekenis van artikel 9 Rome I?' TPV 2018/48). Hoewel het Hof Arnhem-Leeuwarden in de onderhavige uitspraak tot dezelfde conclusie komt, is deze gebaseerd op een andere juridische grondslag van Rome I, namelijk de verwijzingsregels van artikel 8 Rome I en niet op die van artikel 9 Rome I (zoals de kantonrechter in eerste aanleg concludeerde). Het verschil tussen de aard en grondslag van artikel 8 Rome I en artikel 9 Rome I is wezenlijk en dient scherp voor ogen te worden gehouden, ook al is de conclusie (zowel in eerste aanleg als in hoger beroep) dat de betrokken werknemers onder het Verplichtstellingsbesluit vallen gelijk.

Voorop staat dat noch in de Pensioenwet noch in de Wet Bpf 2000 een territoriale werkingsfeerbepaling is opgenomen, op grond waarvan de toepasselijkheid van deze regels ingeval van grensoverschrijdende arbeid is geduid (*Asser-Lutjens 7-XI 2019/762*). Hiervoor zal dus moeten worden aangesloten bij de regels van het internationaal privaatrecht. Uit de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet (de relevante passages zijn opgenomen in *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 21* en *Kamerstukken I 2006/07, 30413, C, p. 50*) valt af te leiden dat de regels van (de voorganger van) Rome I voor de beoordeling van het toepasselijk pensioenrecht bepalend zijn. Ratio hiervan is dat de pensioenovereenkomst kan worden aangemerkt als onderdeel van de arbeidsovereenkomst. Het ligt daarom voor de hand dat

de verwijzingsregels voor het toepasselijk recht die op grond van Rome I voor arbeidsovereenkomsten gelden, ook van toepassing zijn op pensioenovereenkomsten.

Het toetsingskader van Rome I is als volgt. Uitgangspunt is de vrije rechtskeuze (artikel 3 Rome I). In de onderhavige uitspraak is Cypriotisch recht van toepassing verklaard op de arbeidsovereenkomsten tussen AFMB en de betrokken chauffeurs. AFMB is een Cypriotische onderneming; vanuit dit oogpunt kan deze rechtskeuze worden verklaard. Deze vrije rechtskeuze is echter niet onbegrensd. Rome I voorziet in twee uitzonderingen hierop.

Deze rechtskeuze kan worden beperkt door de verwijzingsregels die zijn opgenomen voor bepalingen van dwingend recht ex artikel 8 Rome I en voor bijzonder dwingend recht ex artikel 9 Rome I. Het belangrijkste verschil tussen (a) regels van dwingend recht (artikel 8 Rome I) enerzijds en (b) regels van bijzonder dwingend recht anderzijds (artikel 9 Rome I) is dat die van dwingend recht zijn gericht op het belang van *werknemersbescherming* en die van bijzonder dwingend recht op *openbare (bovenindividuele) belangen* die zo fundamenteel zijn "*dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt*", ongeacht het toepasselijk recht.

De gedachte bij het beschermingsbeginsel van artikel 8 Rome I is dat een contractuele rechtskeuze niet tot gevolg kan hebben dat een werknemer de bescherming verliest van gunstigere dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat op grond van de verwijzingsregels van artikel 8 van toepassing zou zijn geweest. Het feitencomplex in de onderhavige zaak illustreert scherp hoe de uitzondering van artikel 8 Rome I de rechtskeuze in de arbeidsovereenkomsten voor Cypriotisch recht effectief doorbreekt. Aangezien de chauffeurs niet naar, op of vanuit Cyprus rijden (r.o. 2.29) maar in en vanuit Nederland, er voor de beloning van de chauffeurs wordt aangeknoopt bij de Nederlandse cao voor uitzendkrachten en er voldoende aanknopingspunten zijn met de Nederlandse rechtssfeer, treedt het beschermingsbeginsel van artikel 8 Rome I in werking. De rechtskeuze voor Cypriotisch recht kan er niet toe leiden dat de chauffeurs de bescherming van Nederlands dwingend recht verliezen: dit leidt ertoe dat de regels van dwingend recht van het Verplichtstellingsbesluit moeten worden toegepast. Hierdoor komt het hof niet meer toe aan de vraag of het Verplichtstellingsbesluit als regel van bijzonder dwingend recht ex artikel 9 Rome I kwalificeert: alleen voor zover de verwijzingsregels van artikel 8 Rome I niet van toepassing zouden zijn, kan worden toegekomen aan toetsing aan artikel 9 Rome I. Het hof kiest hier voor de juiste volgorde in de verschillende treden van de verwijzingsladder van Rome I (zie hiervoor met name r.o. 2.14). Dit toetsingskader verdient navolging en stelt scherp welke volgorde voor de systematiek van Rome I bij de beslissing door de rechter moet worden aangehouden.

Ter afsluiting wijs ik erop dat de vraag of de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds als regel van bijzonder dwingend recht ex artikel 9 Rome I (ook wel aangeduid als voorrangregel) kan worden aangemerkt, met de onderhavige uitspraak nog steeds niet definitief is beslecht. Deze vraag blijft in ieder geval onverminderd relevant voor die gevallen waarin de uitkomst van toetsing aan artikel 8 Rome I geen uitkomst biedt (zie opnieuw r.o.2.14 van de onderhavige uitspraak, laatste volzin alsook r.o. 2.30): die beoordeling dwingt de rechter wel tot terughoudendheid, gelet op het exceptionele karakter van artikel 9 Rome I (zie voor deze terughoudendheid bij de uitleg van regels van bijzonder dwingend recht ook considerans 37 in de preambule van Rome I en A.P.M.J. Vonken in *Asser/Vonken 10-1* 2018/600-601, Restrictieve uitleg voorrangregels).

mr. drs. A.M. Helstone CPL

PJ 2020/62

RECHTBANK AMSTERDAM

30 december 2019, nr. 7485737 CV EXPL 19-2100

(Mr. M.E.B. Terwee)

Art. 3 lid 1 Wet Bpf 2000

ECLI:NL:RBAMS:2019:9358

Uitleg werkingssfeer Bpf Bouwnijverheid. Er geldt een ruime omschrijving. Daaronder valt tevens het elders vervaardigen van onderdelen van bouwwerken.