

JAR 2017/6 Kantonrechter Rechtbank Noord-Nederland zp Leeuwarden, 15-11-2016,
4105872\CV EXPL 15-5630, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935 Verplichte deelneming in
bedrijfstakpensioenfonds is bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in

Rome I

Publicatie	JAR 2017 afl. 1
Publicatiedatum	09 januari 2017
College	Kantonrechter Rechtbank Noord-Nederland zp Leeuwarden
Uitspraakdatum	15 november 2016
Rolnummer	4105872\CV EXPL 15-5630 LJN ECLI:NL:RBNNE:2016:4935
Rechter(s)	mr. Zwart-Sneek
Partijen	De vennootschap naar buitenlands recht AFMB Limited te Limassol, Cyprus, eiseres, gemachtigde: mr. M.J. van Dam, tegen de stichting Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg te Amsterdam, kantoorhoudende te Groningen, gedaagde, gemachtigden: prof. dr. E. Lutjens en mr. B. Degelink.
Noot	mr. L.B. de Graaf
Trefwoorden	Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds is bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in Rome I,
Regelgeving	Wet Bpf 2000 - 2 BW Boek 7 - 690 Rome I - 8 Rome I - 9

Samenvatting

Het Pensioenfonds voert de pensioenregeling uit voor alle werkgevers en werknemers in het beroepsvervoer over de weg. Deelneming in het fonds is verplicht voor werkgevers die in Nederland werknemers in dienst hebben, al dan niet op basis van een uitzendovereenkomst. Het Pensioenfonds heeft aan AFMB een dwangbevel opgelegd tot betaling van pensioenpremies. AFMB is een onderneming die is gevestigd in Cyprus en van daaruit chauffeurs tewerkstelt. AFMB stelt dat zij niet onder de verplichtstelling valt.

De kantonrechter is met het Pensioenfonds van oordeel dat AFMB een uitzendonderneming is die arbeidsovereenkomsten met haar werknemers afsluit. Dit volgt onder meer uit het feit dat de opdrachtgevers van AFMB voor het overgrote deel in Nederland gevestigde vervoersondernemingen zijn, waaraan AFMB blijkens haar leveringsvoorwaarden en website chauffeurs ter beschikking stelt. Daarmee kwalificeren deze opdrachtgevers als "derden" in de zin van art. 7:690 BW. AFMB heeft de stelling van het Pensioenfonds, dat de chauffeurs hoofdzakelijk in Nederland wonen, ook onvoldoende weersproken. De kantonrechter laat in het midden of op de arbeidsovereenkomsten met de werknemers Nederlands recht van toepassing is op grond van art. 8 Rome I, omdat het op de Web Bpf 2000 gebaseerde Verplichtstellingsbesluit in elk geval kan worden aangemerkt als een bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in art. 9 Rome I. De Wet Bpf 2000 behoort niet tot het overeenkomstenrecht "sec", maar grijpt daar wel op in. In feite vervult de wet een soortgelijke rol als de Wet AVV en

de op grond daarvan algemeen verbindend verklaarde cao's, die ook tot het Nederlands bijzonder dwingend recht worden gerekend. Verder komt het voorrangskarakter van de wet tot uiting in de pijlers waarop de wet is gebaseerd, te weten collectiviteit, solidariteit en het tegengaan van concurrentie. In de derde plaats is van belang dat de vaststelling of een pensioenregeling voor een gehele bedrijfstak geldt, een publiekrechtelijke daad betreft. Het is de overheid die bepaalt binnen welke bedrijfstak een verplichte deelneming in een fonds geldt, zij het dat deze bevoegdheid is gemandateerd aan de Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving. Gelet hierop is AFMB gebonden aan de verplichtstelling en dient zij de pensioenpremies aan het Pensioenfonds af te dragen.

NB. Door de Ktr. Delft en het Hof Den Haag («JAR» 2011/176 en «JAR» 2014/85) werd eerder geoordeeld dat een Nederlands bedrijf dat Engelse chauffeurs in dienst had, niet onder het Verplichtstellingsbesluit viel. Anders dan in onderhavige zaak waren de Engelse chauffeurs echter niet grotendeels in Nederland werkzaam. In «JAR» 2015/203 werd het Verplichtstellingsbesluit wel van toepassing geacht, echter niet op grond van art. 9, maar op grond van art. 8 Rome I (Nederlandse recht van toepassing).

Uitspraak

Procesverloop

(...; *red.*)

Motivering

De feiten

2.1. Het Pensioenfonds is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000). Het Pensioenfonds voert de pensioenregeling uit voor alle werkgevers en werknemers in de bedrijfstak beroepsvervoer over de weg. De deelneming in het Pensioenfonds is op grond van artikel 2 Wet Bpf 2000 en het daarop gebaseerde verplichtstellingsbesluit van het Pensioenfonds (hierna: het Verplichtstellingsbesluit) verplicht. In het thans geldende Verplichtstellingbesluit, dat is gepubliceerd in de Staatscourant op 18 april 2014 onder nr. 11351 is, voor zover thans van belang, het volgende bepaald:

“(…) De deelneming in de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg is verplichtgesteld voor:

– Werknemer A, geboren op of na 1 januari 1950, (...)

– Werknemer B, geboren voor 1 januari 1950, (...)

(...), waarbij verstaan wordt onder:

1. Werknemer A:

De persoon die krachtens arbeidsovereenkomst in dienst is van een onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg, dan wel die bij een dergelijke onderneming als chauffeur of kraanmachinist werkzaam is krachtens een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek met een onderneming die zich bezighoudt met het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (...)

2. Werknemer B:

De persoon die krachtens arbeidsovereenkomst in dienst is van een onderneming in het beroepsgoederenvervoer over de Weg en/of de Verhuur van Mobiele Kranen, dan wel die bij een dergelijke onderneming als chauffeur of kraanmachinist werkzaam is krachtens een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk

Wetboek met een onderneming die zich bezighoudt met het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (...)

4. Onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg:

De natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon die – al dan niet met winstoogmerk – in een in Nederland gevestigd bedrijf of in een afdeling van een zodanig bedrijf uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent, behorende tot het wegvervoer (...).

2.2. In artikel 15 van de Wet Bpf 2000 is, voor zover thans van belang, het volgende bepaald:

“(…) kan Onze Minister een persoon die slechts tijdelijk in Nederland werkzaam is, op aanvraag in een bijzonder, individueel geval voorwaardelijk of onvoorwaardelijk en al of niet voor een bepaalde tijd ontheffing verlenen van de verplichtstelling.”.

2.3. Op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 moeten bij het Pensioenfonds aangesloten deelnemers en hun werkgevers het uitvoeringsreglement van het Pensioenfonds naleven (hierna: het Uitvoeringsreglement). In het Uitvoeringsreglement is, voor zover thans van belang, het volgende bepaald:

“(…)

Artikel 4.1

Informatieplicht van de werkgever

1. De werkgever is verplicht om alle werknemers die aan de verplichtgestelde pensioenregelingen deel moeten nemen bij het fonds aan te melden. Daarbij dient de werkgever ervoor zorg te dragen dat het fonds de beschikking krijgt over alle door het bestuur nodig geoordeelde gegevens.

(…)

Artikel 4.2

Niet nakomen van informatieplicht door de werkgever

1. Bij niet voldoening aan het bepaalde in het voorgaande artikel is het fonds bevoegd de nodige gegevens naar beste weten vast te stellen en te hanteren bij het vaststellen van de aanvullende nota's als bedoeld in artikel 3.1. lid 5. De werkgever is aan deze vaststelling gebonden.

(…)”.

2.4. AFMB is, voor zover thans van belang, als volgt ingeschreven in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel:

“(…)

Activiteiten SBI-code: 78201 – Uitzendbureaus.

Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

(…)”.

2.5. Op de website van AFMB wordt het volgende, voor zover van belang, vermeld:

“Geheel volgens de Europese regelgeving kunnen transportondernemingen, door hun personeel onder te brengen bij AFMB Limited op Cyprus, 30 % besparen op de loonkosten van hun Nederlandse chauffeurs en zo de concurrentie uit Oost-Europa weerstaan. (...) De Cyprusroute bestaat sinds 2010 en biedt Europese ondernemingen de

mogelijkheid om hun personeel onder contract te nemen via AFMB op Cyprus en zo te profiteren van een veel gunstiger premieheffing, omdat het sociale stelsel op Cyprus goedkoper is.

(...)

Sinds wij onze chauffeurs hebben ondergebracht bij AFMB besparen wij ca. 25 % op onze loonkosten. (...) Onze opdrachtgevers waarderen het namelijk enorm dat wij hen door goed opgeleide Nederlandse chauffeurs laten bedienen!

(...)

Heeft u de ambitie eigen rijder te worden, maar niet de benodigde vergunning of financiële middelen? Wij bieden u deze kans met de (sociale) zekerheid van een loondienstverhouding. Bij ons ontvangt u een basissalaris met onkostenvergoeding en bouwt u pensioen op. Daarnaast biedt onze bonusregeling op uw omzet de mogelijkheid om een bovengemiddeld inkomen te verwerven.

Wij stellen u een moderne internationale truck beschikbaar en u gaat op pad met onze Shellpas, transport-in-noodpas en tolbetalingmiddelen. Ook verzorgen wij uw verzekeringen en vergunning. U hoeft alleen te doen waar u goed in bent; kilometersvreten!”.

2.6. In de leveringsvoorwaarden van AFMB is, voor zover thans van belang, het volgende bepaald:

“Artikel 1. Definities

In deze Leveringsvoorwaarden gelden de volgende definities:

Opdrachtnemer: de AFMB Limited, gevestigd en kantoorhoudende te Limassol, Cyprus.

Opdrachtgever: ledere natuurlijke- of rechtspersoon die gebruik maakt van de diensten van Opdrachtnemer op het gebied van fleet management.

Fleet management: het bieden van management over en zorg op het gebied van de vloot voertuigen die toebehoren aan de Opdrachtgever.

Medewerker: een door opdrachtnemer op een opdracht ingezette werknemer.

(...)

Artikel 6. Verplichtingen opdrachtgever, vrijwaring en verzekeringen

Gedurende de werkzaamheden heeft opdrachtgever zeggenschap over de werkzaamheden van de medewerker en voert opdrachtgever leiding en toezicht uit op de door de medewerker uit te voeren werkzaamheden. Opdrachtgever gedraagt zich ten aanzien van de medewerker bij de uitoefening van het toezicht of de leiding alsmede met betrekking tot de uitvoering van het werk op dezelfde zorgvuldige wijze als waartoe hij ten opzichte van zijn eigen werknemers gehouden is. De opdrachtgever is verplicht de voertuigen en toebehoren, lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij arbeid laat verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat door opdrachtnemer ingezette medewerkers in de uitoefening van hun werkzaamheden schade lijden. De opdrachtgever is jegens Opdrachtnemer aansprakelijk voor en dientengevolge gehouden tot vergoeding van de schade die de medewerker in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De opdrachtgever zal Opdrachtnemer te allen tijde vrijwaren tegen aanspraken jegens Opdrachtnemer ingesteld wegens het niet nakomen door de opdrachtgever van de in lid 1 van dit artikel genoemde verplichtingen en alle overige schade die verband houdt met de opdracht. De opdrachtgever is verplicht om zorg te dragen voor een afdoende, totaal dekkende aansprakelijkheidsverzekering voor alle directe en indirecte schade als bedoeld dit artikel. De opdrachtgever is verplicht om zorg te dragen voor afdoende en totaal dekkende verzekeringen, zoals een

internationale all risk autoverzekering, bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering, rechtsbijstandverzekering, reisverzekering en alle overige noodzakelijke verzekeringen.

Artikel 7. Tarief en naheffingen

Bij vaststelling van de beloning van de arbeidskracht wordt uitgegaan van de op dat moment van kracht zijnde CAO voor Uitzendkrachten, voor zover de betreffende onderneming van opdrachtnemer hieraan gebonden is, dan wel wordt uitgegaan van een andere op de onderneming van opdrachtnemer van toepassing zijnde CAO, dan wel wordt uitgegaan van de wet. (...)

Artikel 8. Facturen en betalingsvoorwaarden

Opdrachtnemer stuurt maandelijks facturen. De facturen van Opdrachtnemer zijn mede gebaseerd op de ingevulde en door de opdrachtgever voor akkoord getekende urenbriefjes. De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de juiste, tijdige, volledige aanvulling en ondertekening van de urenbriefjes. (...)

Artikel 11. Arbeidstijd; overwerk; bedrijfssluiting

De arbeidstijd wordt nader overeengekomen tussen opdrachtgever en de medewerker. Opdrachtgever ziet toe op naleving hiervan. Opdrachtnemer is nimmer aansprakelijk voor het overtreden van de op de arbeidstijd toepasselijke regelgeving (...).

2.7. De Sociale Verzekeringsbank heeft bij brief van 2 oktober 2013 aan diverse, in Nederland woonachtige, werknemers van AFMB het volgende, voor zover thans van belang, geschreven:

“U woont in Nederland en werkt in verschillende landen van de Europese Unie. U werkt voor AFMB Ltd. gevestigd in Limassol, Cyprus. AFMB Ltd heeft ons gevraagd te bepalen in welk land u verzekerd bent voor de sociale verzekeringen gedurende uw werkzaamheden via AFMB Ltd. (...)

Verzekerd in Nederland

U bent in Nederland verzekerd vanaf het moment waarop u via AFMB Ltd. werkzaamheden bent gaan verrichten. [...]

Waarom u in Nederland verzekerd bent

AFMB Ltd. heeft ons informatie gegeven over uw werkzaamheden. Daaruit blijkt dat u in Nederland woont en dat u in verschillende landen van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte werkt. Volgens gegevens van AFMB Ltd. zou u minder dan 25% van uw totale arbeidstijd in Nederland werken. Wij hebben meer informatie opgevraagd bij AFMB Ltd. over de activiteiten van de onderneming en van de werknemers van het bedrijf. Daaruit blijkt niet dat:

- u daadwerkelijk minder dan 25% in Nederland werkt. De Sociale Verzekeringsbank gaat er daarom vanuit dat u een substantieel deel van uw werkzaamheden verricht in Nederland;
- u uw werkzaamheden onder het gezag van AFMB Ltd. uitvoert. Daarom kan AFMB Ltd. niet worden gezien als uw werkgever;
- als AFMB Ltd. al als werkgever zou moeten worden aangemerkt, deze onderneming daadwerkelijk in Cyprus is gevestigd. AFMB Ltd. zetelt weliswaar formeel in Cyprus, maar is materieel niet in Cyprus gevestigd;

De sociale verzekeringsbank is voorts van oordeel dat de inschrijving van AFMB Ltd. in Cyprus ook overigens niet kan leiden tot onderworpenheid aan de Cypriotische wetgeving omdat de inschrijving in Cyprus tot doel heeft om de aanwijsregels van Verordening EG nr. 883/2004 te ontlopen. Deze aanwijsregels bedoelen het land aan te wijzen waarmee de arbeidsrelatie van een werknemer de sterkste banden heeft. Nu deze banden tussen u en Cyprus niet bestaan, komt aan de inschrijving in Cyprus van AFMB Ltd. geen gewicht toe.

(...).

2.8. Bij brief van 19 mei 2014 (hierna: het aansluitingsbesluit) heeft het Pensioenfonds, voor zover thans van belang, aan (de gemachtigde van) AFMB geschreven dat zij, op basis van de door AFMB ingevulde gegevens, AFMB heeft aangesloten bij het Pensioenfonds.

2.9. (De gemachtigde van) AFMB heeft bij brief van 16 juli 2014, gericht aan de geschillencommissie van het Pensioenfonds, bezwaar aangetekend tegen de aansluiting van AFMB bij het Pensioenfonds.

2.10. Bij brief van 21 juli 2014 heeft het Pensioenfonds aan (de gemachtigde van) AFMB geschreven dat de geschillencommissie niet bevoegd is de klacht ter zake de aansluiting in behandeling te nemen, maar dat AFMB zich daartoe tot de civiele rechter dient te wenden. Voorts heeft het Pensioenfonds in voormeld schrijven meegedeeld haar besluit van 19 mei 2014 tot aansluiting te handhaven.

2.11. Het Pensioenfonds heeft een nota met nummer 11362108 d.d. 23 juli 2014 naar het kantoor van de gemachtigde van AFMB gestuurd ten bedrage van € 180.000,= (hierna: de premienota).

2.12. Bij brieven van 4 augustus 2014 en 11 augustus 2014 heeft (de gemachtigde van) AFMB, voor zover thans van belang, onder verwijzing naar de brief van 16 juli 2014, bezwaar gemaakt tegen de aansluiting bij het Pensioenfonds en tegen de premienota, waarvan de gemachtigde van AFMB een "eerste herinnering" d.d. 7 augustus 2014 heeft ontvangen.

2.13. Bij brief van 29 augustus 2014 heeft het Pensioenfonds, voor zover thans van belang, aan (de gemachtigde van) AFMB geschreven dat door nader onderzoek het vermoeden is ontstaan dat de bedrijfssituatie van AFMB anders is dan door AFMB is ingevuld op het formulier "Bedrijfsonderzoek voor Pensioenfonds Vervoer" en dat het Pensioenfonds zich op het standpunt stelt dat AFMB een uitzendbureau is met bedrijfsactiviteiten die voornamelijk bestaan uit het uitzenden van in Nederland woonachtige chauffeurs aan in Nederland gevestigde vervoersondernemingen, zodat wel degelijk een aansluitplicht bij het Pensioenfonds bestaat. In de brief geeft het Pensioenfonds een toelichting op zijn standpunt ter zake de aansluitplicht van AFMB door te verwijzen naar de inschrijving van AFMB bij de Kamer van Koophandel, de Kiwa aanwijzingsbeschikking en informatie over AFMB op haar website, op internet en in NRC Handelsblad, alsmede naar uitspraken van de chief operating officer (COO) van AFMB, de heer Sander Jacobs (hierna: Jacobs). Voorts schrijft het Pensioenfonds dat AFMB binnen vier weken na ontvangst van voormelde brief bezwaar kan maken tegen voornoemd standpunt en dat gedurende die periode tot het moment dat het Pensioenfonds een definitief standpunt in heeft genomen, niet zal worden overgegaan tot premie-inning.

2.14. Bij brief van 29 september 2014 heeft (de gemachtigde van) AFMB bezwaar aangetekend tegen voornoemd standpunt van het Pensioenfonds inzake de aansluitingsverplichting van AFMB.

2.15. Bij brief van 20 oktober 2014 is het Pensioenfonds ingegaan op de bezwaren van AFMB en heeft het, voor zover thans van belang, aan (de gemachtigde van) AFMB meegedeeld de aansluiting bij het Pensioenfonds niet te zullen beëindigen en het traject van premie-inning voort te zetten.

2.16. Bij aangetekende brief van 2 december 2014 heeft (de gemachtigde van) het Pensioenfonds een aanmaning gestuurd ter zake betaling van – onder meer – verschuldigde pensioenpremie, waarop (de gemachtigde van) AFMB heeft gereageerd.

2.17. Op 9 maart 2015 heeft het Pensioenfonds een op 2 januari 2015 gedateerd dwangbevel doen laten betekenen aan het vestigingsadres van AFMB. In het dwangbevel wordt AFMB bevolen om, voor zover thans van belang, te betalen:

"Hoofdsom, hiervoor gespecificeerd € 360.000,=

De tot 2 december 2014 berekende en krachtens het Uitvoeringsreglement verschuldigde handelsrente € 8.038,36

De wettelijke handelsrente berekend vanaf 2 december 2014 van dit Dwangbevel tot aan de dag van voldoening p.m.

De buitengerechtelijke incassokosten Artikel 3.2. van het uitvoeringsreglement € 4.235,=

21 % B.T.W. € 889,35 Totaal € 373.162,71

(...)”.

De hoofdsom wordt in het dwangbevel als volgt gespecificeerd:

“Factuurnummer vervaldatum bedrag betaald/verrekend openstaand

11362108 06-08-2014 € 180.000,= € 0 € 180.000,=

11409768 09-09-2014 € 180.000,= € 0 € 180.000,=

Totaal € 360.000,=”.

Het standpunt van AFMB

3.1. AFMB vordert – verkort weergegeven – bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- primair gegrondverklaring van het verzet tegen het dwangbevel en buiten effectstelling daarvan;
- subsidiair beperking van de hoogte van de vordering van het Pensioenfonds alsmede van de gevorderde rente, incassokosten en btw;
- veroordeling van het Pensioenfonds in de proceskosten, waaronder ook de nakosten, en vermeerdering met de wettelijke rente over de (na)kosten.

3.2. AFMB legt aan haar vorderingen ten grondslag dat er geen sprake is van een verplichting tot deelname aan het Pensioenfonds voor AFMB, zodat zij niet premieplichtig is. Daartoe heeft AFMB – verkort en zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd. AFMB is geen uitzendonderneming en zendt geen in Nederland woonachtige chauffeurs uit aan in Nederland gevestigde vervoersondernemingen. Daarnaast is op de arbeidsovereenkomsten tussen de chauffeurs en AFMB uitdrukkelijk Cypriotisch recht van toepassing verklaard, terwijl betwist wordt dat Nederlands recht moet worden toegepast op de desbetreffende arbeidsovereenkomsten op grond van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 (hierna: Rome I). De verplichtstelling van het Pensioenfonds valt niet onder de werkingssfeer van artikel 9 Rome I, nu in casu geen sprake is van een bepaling van bijzonder dwingend recht. Evenmin kan Nederlands recht op grond van artikel 8 van Rome I van toepassing worden verklaard, omdat Nederland niet het gewoonlijke werkland is van de chauffeurs die bij AFMB in dienst zijn en er ook geen sprake is van een kennelijk nauwere band met Nederland (dan met Cyprus). Bovendien is Rome I niet bedoeld ter bescherming van pensioenfondsen. Aangezien Nederlands recht en de Wet BPF 2000 en het Verplichtstellingsbesluit niet van toepassing zijn, is AFMB niet premieplichtig. AFMB is ook geen werkgever in de zin van de statuten van het Pensioenfonds. Het aansluitingsbesluit en de premienota zijn op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen. De inschatting van het Pensioenfonds van het in de dwangsom genoemde – absurde – premiebedrag is volstrekt niet onderbouwd en gemotiveerd.

Het standpunt van het Pensioenfonds

4.1. Het Pensioenfonds heeft zich verweerd met als conclusie dat het verzet van AFMB moet worden afgewezen en het dwangbevel moet worden bekrachtigd. In dat verband heeft het Pensioenfonds – samengevat – het volgende aangevoerd. AFMB heeft chauffeurs in dienst die op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW werkzaam zijn bij een Nederlandse vervoersonderneming. Voorts is de verplichtstelling van het Pensioenfonds van toepassing op AFMB, aangezien de verplichtstelling van bijzonder dwingend recht is in de zin van artikel 9 Rome I. Voor zover geoordeeld wordt dat de verplichtstelling van het Pensioenfonds niet van bijzonder dwingend recht is, geldt dat Nederlands recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten van de chauffeurs van AFMB, omdat een eventuele rechtskeuze ingevolge lid 1 juncto lid 2 van artikel 8 Rome I nimmer tot gevolg kan hebben dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken op grond van het recht dat toepasselijk zou zijn bij gebreke van een rechtskeuze. Bij gebreke van een rechtskeuze zou Nederlands recht van toepassing zijn nu Nederland het gewoonlijke werkland van de chauffeurs is. Voorts blijkt uit

het geheel van omstandigheden dat – uitgaande van de door het Hof van Justitie EU in het arrest Boedeker/Schlecker (12 september 2013, zaak C-64/12) gegeven richtlijnen voor de exceptieregel van lid 4 van artikel 8 Rome I – de uitzendovereenkomsten van de chauffeurs van AFMB een kennelijk nauwere band hebben met Nederland, zodat ook op grond hiervan Nederlands recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten die AFMB met haar chauffeurs heeft gesloten zodat AFMB verplicht is tot premiebetaling aan het Pensioenfonds. Nu AFMB beschikt over alle informatie die nodig is om het premiebedrag vast te stellen, maar weigert deze informatie te verstrekken, is het Pensioenfonds op basis van het Uitvoeringsreglement gerechtigd het bedrag van de premienota vast te stellen, waarbij het voor rekening en risico van AFMB dient te blijven indien dit bedrag onverhoopt te hoog zou zijn vastgesteld. Het bedrag van de premienota is echter alleszins redelijk, nu uitgangspunt – bij gebrek aan informatie – is dat AFMB 450 chauffeurs in dienst heeft met een pensioengevend loon van € 27.005,=, hetgeen bijna de helft is van het reglementaire maximum waarvan het Pensioenfonds bij de inschatting uit mag gaan.

4.2. Op de overige stellingen en verweren van partijen zal hierna, indien relevant, nader worden ingegaan.

De beoordeling van het geschil

5.1. Het verzet is tijdig (namelijk: binnen 30 dagen na de betekening van het dwangbevel op 9 maart 2015) en op de juiste wijze (namelijk: bij dagvaarding) ingesteld, zodat AFMB in zoverre in haar verzet kan worden ontvangen

Bevoegdheid Nederlandse rechter

5.2. Nu AFMB een rechtspersoon is naar buitenlands recht en de vordering uit dien hoofde een internationaal karakter draagt, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen.

5.3. De kantonrechter beantwoordt die vraag bevestigend en wel – in aanmerking nemend dat de vordering na 10 januari 2015 is ingesteld – op grond van artikel 4 Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012, nu het geschil een burgerlijke en handelszaak betreft en de gedaagde gevestigd is in Nederland. Voorts volgt uit artikel 21, lid 5 Wet Bpf 2000 dat, indien de (rechts)persoon tegen wie het dwangbevel is uitgevaardigd buiten Nederland woont of is gevestigd, de kantonrechter van de Rechtbank Noord-Nederland bevoegd is kennis te nemen van de verzetdagvaarding tegen het dwangbevel dat is uitgevaardigd door het Pensioenfonds waarvan het kantoor is gevestigd in Groningen. Zoals onder 1.3. vermeld, is de zaak oorspronkelijk aangebracht bij de locatie Groningen van Rechtbank Noord-Nederland, maar vervolgens om organisatorische redenen in behandeling genomen bij de locatie Leeuwarden van diezelfde rechtbank.

5.4. Als uitgangspunt geldt dat – op grond van het Verplichtstellingsbesluit – een uitzendonderneming 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 om voor deze chauffeurs pensioenpremie te betalen aan het Pensioenfonds, waarbij de vestigingsplaats van de desbetreffende uitzendonderneming niet van belang is. De kantonrechter begrijpt uit de stellingname van partijen dat zij over dit uitgangspunt niet van mening verschillen. Partijen verschillen echter wel van mening over de vraag of AFMB een uitzendonderneming is die arbeidsovereenkomsten met haar werknemers afsluit en of op die arbeidsovereenkomsten Nederlands recht van toepassing is. Als volgt wordt overwogen.

Uitzendonderneming

5.5. Het Pensioenfonds heeft zijn stelling dat AFMB een uitzendorganisatie is onderbouwd met een verwijzing naar de inschrijving van AFMB in het Nederlands handelsregister (r.o. 2.4.), met de omschrijvingen van bedrijfsactiviteiten en een citaat van een klant van AFMB op de website van AFMB (r.o. 2.5.), met uitspraken van COO Jacobs op de website van het vaktijdschrift TTM.nl en in Business Class, met de leveringsvoorwaarden van AFMB (r.o. 2.6.) en met de beslissing van de Sociale Verzekeringsbank omtrent AFMB (r.o. 2.7.). Voorts heeft het Pensioenfonds aangevoerd dat onder meer uit de door AFMB overgelegde facturen blijkt dat de opdrachtgevers van AFMB met name in Nederland gevestigde ondernemingen zijn, welke stelling nader is onderbouwd met een overzicht van de desbetreffende opdrachtgevers en hun pensioenverplichtingen, met als conclusie dat vrijwel alle opdrachtgevers in Nederland gevestigde vervoerondernemingen zijn.

5.6. AFMB betwist dat zij als uitzendonderneming moet worden beschouwd en voert hiervoor het volgende aan. AFMB is een internationaal vervoersbedrijf, dat chauffeurs in dienst heeft om trucks van haar die zijn ingehuurd en waarover zij het fleetmanagement heeft, te rijden voor een groot aantal opdrachtgevers in Europa, AFMB vervoert in opdracht van haar opdrachtgevers op basis van een vervoersvergunning, rekent af met de opdrachtgevers tot het vervoer, is als vervoerder vermeld op de CMR-vrachtbrief, betaalt onkosten ter zake van het vervoer, heeft aansprakelijkheden ter zake van het vervoer en huurt trailers. Ter onderbouwing heeft AFMB een aantal documenten overgelegd, te weten: facturen voor het vervoer aan diverse opdrachtgevers; facturen ter zake onder andere tolgeden, verkeersboetes en reparaties; transportopdrachten, schadeclaims en ladinginstructies aan AFMB; de vervoersvergunning van AFMB; foto's van vrachtwagens van AFMB; CMR-vrachtbrieven waarop AFMB als vervoerder staat vermeld.

De inschrijving als uitzendbureau in het handelsregister is louter gedaan ter voorkoming van problemen in het kader van de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (hierna: WAADI), hetgeen AFMB ook aan de Kamer van Koophandel heeft meegedeeld. Uit de Kiwa aanwijzingsbeschikking en de website informatie – waarin naar voren komt dat AFMB chauffeurs werft in het kader van een loondienstverhouding met AFMB – alsmede uit de interviews met Jacobs volgt niet dat AFMB een uitzendbureau is dat zich voornamelijk bezighoudt met het uitzenden van in Nederland woonachtige chauffeurs aan in Nederland gevestigde vervoersondernemingen en een website is bovendien – evenals een krantenartikel – volstrekt onvoldoende grondslag voor het opleggen van een aansluitingsverplichting. AFMB richt zich – blijkens de overgelegde facturen – niet alleen op Nederlandse chauffeurs. De leveringsvoorwaarden waarnaar op de website van AFMB wordt verwezen zijn niet bepalend voor de kwalificatie van AFMB als uitzendbureau en weerspiegelen niet de activiteiten zoals die uiteindelijk door AFMB worden uitgevoerd. AFMB betwist dat het Nederlandse sociaal verzekeringsrecht van toepassing is; er loopt een groot aantal beroepszaken bij de rechtbank Amsterdam tegen deze beslissing en de sociale verzekeringspremies worden daadwerkelijk in Cyprus betaald. Bovendien zegt het toepasselijke sociale verzekeringsrecht niets over de kwalificatie van AFMB als uitzendonderneming of over een vorderingsrecht ter zake pensioenpremies door het Pensioenfonds, aldus nog steeds AFMB.

5.7. De kantonrechter overweegt als volgt. Gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht en met stukken hebben onderbouwd, in onderlinge samenhang en verband beschouwd, is de kantonrechter van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat AFMB kan worden gekwalificeerd als een uitzendonderneming als bedoeld in artikel 7:690 BW. Daarbij wordt met name van belang geacht dat, zoals het Pensioenfonds onderbouwd heeft gesteld, blijkens de door AFMB in het geding gebrachte facturen, de opdrachtgevers van AFMB voor het overgrote deel in Nederland gevestigde vervoersondernemingen betreffen, waaraan AFMB blijkens haar leveringsvoorwaarden en website-informatie chauffeurs ter beschikking stelt, waarmee deze opdrachtgevers kwalificeren als “derden” in de zin van artikel 7:690 BW. Voorts acht de kantonrechter de stelling van het Pensioenfonds dat deze chauffeurs hoofdzakelijk in Nederland woonachtig zijn, onvoldoende weersproken door AFMB. Dat – zoals door AFMB tot haar verweer is aangevoerd – de chauffeurs in dienst zijn bij AFMB maakt het oordeel ter zake de status van AFMB als uitzendbureau niet anders. Immers, ingevolge artikel 7:690 BW dient voor het kwalificeren als uitzendonderneming sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer, in casu de desbetreffende chauffeur, en de werkgever, AFMB en is daarnaast vereist dat sprake is van ter beschikkingstelling aan een derde, waarvan in casu, zo is hiervoor geoordeeld, sprake is. Evenmin acht de kantonrechter doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of AFMB gekwalificeerd dient te worden als uitzendonderneming in de zin van artikel 7:690 BW of AFMB vrachtwagens ter beschikking stelt, schadeclaims en kosten van de trucks voor haar rekening neemt, transportopdrachten en ladinginstructies van haar opdrachtgevers ontvangt, een vervoersvergunning heeft of genoemd staat op de vrachtbrieven, zodat het verweer van AFMB ter zake zal worden gepasseerd. Immers, wat er ook zij van voormelde omstandigheden, zij brengen niet met zich dat daarom de conclusie gerechtvaardigd is dat AFMB haar chauffeurs niet ter beschikking stelt aan (derde) vervoersondernemingen in Nederland, die opdracht aan AFMB verstrekken terwijl de opdrachten worden uitgevoerd onder toezicht en leiding van de (derde) vervoersondernemingen. Evenmin kan het enkele verweer van AFMB dat de leveringsvoorwaarden niet worden toegepast, haar baten. Het had op de weg van AFMB gelegen haar verweer op dit punt nader te onderbouwen, bijvoorbeeld – zoals het Pensioenfonds ook heeft gesteld – door aan te geven welke leveringsvoorwaarden dan wel van toepassing zijn en waarom de desbetreffende leveringsvoorwaarden – ondanks dat ze volgens AFMB dus niet worden toegepast – toch op de site van AFMB gepubliceerd staan. Ook het verweer dat de inschrijving als

uitzendbureau bij de Kamer van Koophandel louter ter voorkoming van problemen in het kader van de WAADI was, wordt – wat hier ook van zij – in het licht van het voorgaande verworpen.

5.8. AFMB heeft nog ten verweere aangevoerd dat het Pensioenfonds in strijd met artikel 21 Rv heeft gehandeld door, ondanks verzoeken daartoe van AFMB, niet het onderzoeksrapport te overleggen dat ten grondslag ligt aan het besluit dat AFMB premieplichtig is. De kantonrechter deelt dit standpunt niet, nu reeds in de brief van 29 augustus 2014 aan AFMB (r.o. 2.14.) uitgebreid door het Pensioenfonds is ingegaan op de uitkomsten van voormeld onderzoek – die in de onderhavige procedure nogmaals uitgebreid zijn toegelicht – waarmee het Pensioenfonds haar besluit betreffende de aansluitplicht van AFMB voldoende heeft gemotiveerd. Het al dan niet overleggen van een onderzoeksrapport heeft naar het oordeel van de kantonrechter in dit verband geen toegevoegde waarde. AFMB heeft voorts nog aangevoerd dat de beslissing tot aansluiten en de premienota onzorgvuldig en onbehoorlijk tot stand zijn gekomen omdat het Pensioenfonds het bezwaar van AFMB bij de Geschillencommissie zou hebben weggehouden, AFMB niet zou hebben kunnen reageren op het onderzoek(srapport) van het Pensioenfonds en de premienota ten onrechte aan het adres van de gemachtigde van AFMB is gericht. Nog daargelaten dat – mede gelet op de gemotiveerde betwisting ervan door het Pensioenfonds – naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gesteld en gebleken is dat sprake is van onzorgvuldige en onbehoorlijke totstandkoming van het aansluitbesluit en de premienota, heeft AFMB geen (duidelijke) rechtsgevolgen aan haar voornoemde stellingen verbonden, zodat het verweer ter zake wordt gepasseerd. Ten slotte heeft AFMB nog – op zich terecht – gesteld dat de bewijslast ter zake de stelling van het Pensioenfonds dat AFMB chauffeurs ter beschikking stelt aan de Nederlandse vervoersondernemingen op het Pensioenfonds rust. Echter, zoals hiervoor is geoordeeld heeft het Pensioenfonds voornoemde stelling reeds voldoende onderbouwd, zodat nadere bewijslevering daarvan niet aan de orde is.

Toepasselijk recht

5.9. Vooropgesteld wordt dat, ofschoon de werknemers van AFMB geen partij zijn in dit geding, het geschil in de kern gaat om de bepaling van de rechten en verplichtingen die uit de individuele arbeidsovereenkomsten van deze werknemers voortvloeien. Voor zover AFMB met haar stelling dat Rome I niet is bedoeld ter bescherming van pensioenfondsen en dat het Pensioenfonds geen concrete individuele arbeidsovereenkomst heeft genoemd, heeft bedoeld dat (de artikelen 8 en 9 van) Rome I op het onderhavige geschil niet van toepassing zou(den) zijn, wordt deze stelling door de kantonrechter gepasseerd nu, zoals hiervoor is bepaald, de individuele arbeidsovereenkomsten ten grondslag liggen aan het geschil tussen partijen. Dientengevolge moet de vraag naar het toepasselijke recht wel degelijk worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in artikel 9 lid 1 en/of artikel 8, juncto artikel 3 van Rome I.

5.10. In het eerste lid van artikel 9 van Rome I is bepaald dat bepalingen van bijzonder dwingend recht bepalingen zijn aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen, zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk (gekozen dan wel objectief toepasselijk) recht overeenkomstig Rome I overigens van toepassing is op de overeenkomst. Bij de vraag of aan een dergelijke voorrangregel gevolg moet worden toegekend, moet rekening worden gehouden met de aard en strekking van de bepalingen en met de uit de toepassing voortvloeiende gevolgen. Voorrangregels kunnen derhalve worden toegepast op de internationale rechtsverhouding, onafhankelijk van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht en hebben vaak een publiekrechtelijk karakter. Bij voorrangregels gaat het om die voorschriften die in private rechtsverhoudingen ingrijpen, niet primair ter bescherming van private belangen, maar vooral ter bescherming van publiekrechtelijke belangen. Het doel van de regeling gaat dan ook uit boven de individuele partijbelangen.

5.11. Het Pensioenfonds heeft in dit verband gesteld dat uit de ontheffingsmogelijkheid in artikel 15 Wet Bpf 2000 (r.o. 2.2.) duidelijk blijkt dat de Wet Bpf 2000 en de daarop gebaseerde verplichtstelling bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn in de zin van artikel 9 Rome I. Uit deze ontheffingsmogelijkheid blijkt volgens het Pensioenfonds dat de verplichtstelling zelfs voor een werknemer geldt die tijdelijk in Nederland werkzaam is – en waarvoor Nederland dus niet het gewone werkland is – en dan alleen nog in een “bijzonder, individueel” geval. Nu de minister een dergelijke ontheffing niet heeft verleend, is de verplichtstelling onverkort van toepassing op de arbeidskrachten van AFMB.

Voorts geldt dat een verplicht bedrijfstakpensioenfonds functioneert op basis van collectiviteit en solidariteit binnen de bedrijfstak en daaraan zijn bijzondere status ontleent. Dit blijkt, aldus het Pensioenfonds, ook uit de arresten 'Brentjes', 'Drijvende Bokken' en 'Albany' van het Europese Hof van Justitie (arresten van 21 september 1999, zaken C-115/97 t/m C-117/97, C-219/97 en C-67/96) waarin is geoordeeld dat de verplichtstelling weliswaar inbreuk maakt op het mededingingsrecht maar dat dit gerechtvaardigd is gezien de collectiviteit en solidariteit binnen de bedrijfstak, waarmee de verplichtstelling ziet op een bovenindividueel belang van het functioneren van een pensioenvoorziening op economisch aanvaardbare grondslagen. Dit functioneren is volgens het Pensioenfonds alleen dan gewaarborgd als alle in de bedrijfstak werkzame werknemers en ondernemingen deelnemen in de desbetreffende pensioenregeling. De Nederlandse wetgever hecht zoveel waarde aan de openbare en sociale belangen van de pensioenregeling dat de verplichtstelling moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt zoals bedoeld in artikel 9 Rome I, aldus nog steeds het Pensioenfonds.

5.12. AFMB betwist dat de verplichtstelling van het Pensioenfonds onder de werkingssfeer van artikel 9 Rome I valt en voert daartoe het volgende aan. De verplichtstelling wordt direct al gerelativeerd door de mogelijkheid tot ontheffing ervan in artikel 15 Wet Bpf 2000 (r.o. 2.2.). Betwist wordt dat uit de door het Pensioenfonds genoemde arresten van 21 september 1999 volgt dat de verplichtstelling van bijzonder dwingend recht is. In het geval van AFMB gaat het namelijk om internationaal vervoer, waarin de door het Pensioenfonds gestelde collectiviteit en solidariteit binnen de (Europese) bedrijfstak, die wordt bepaald door internationale vervoersbedrijven die geen verplichting kennen tot deelneming in het Pensioenfonds, niet bestaat. De Nederlandse verplichtstelling van het Pensioenfonds betreft een uitzonderingspositie. En als AFMB wel onder de verplichtstelling zou vallen, hetgeen niet het geval is, dan is op geen enkele wijze onderbouwd, dat artikel 9 van Rome I van toepassing is, nu de Nederlandse wetgever dat nergens te kennen geeft en vele chauffeurs (bijvoorbeeld van Oost-Europese landen) in Nederland laat rijden zonder de eis van verplichte deelneming in het Pensioenfonds.

5.13. De kantonrechter is van oordeel dat de Wet Bpf 2000 en het daaraan ontleende Verplichtstellingsbesluit zijn aan te merken als bepalingen van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I aan de inachtneming waarvan Nederland zoveel belang hecht voor de handhaving van haar openbare belangen, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig Rome I overigens van toepassing zou zijn op de overeenkomst. Hieromtrent wordt als volgt overwogen.

5.14. De Wet Bpf 2000 behoort als zodanig niet tot het overeenkomstenrecht 'sec' maar grijpt daar – vanwege haar karakter – wel op in. De wet vervult daarmee als het ware een soortgelijke rol als de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (de Wet AVV) en de daaruit algemeen verbindend verklaarde cao's, die tot het Nederlands bijzonder dwingend recht worden gerekend. Ook in de Wet Bpf 2000 gaat het om voorschriften die in private rechtsverhoudingen ingrijpen (de premiebedragen zijn veelal behoorlijk en de pensioenregelingen hebben naar hun aard verstrekkende en langdurige gevolgen) en die niet primair dienen ter bescherming van private belangen, maar vooral ter bescherming van publieke, bovenindividuele belangen. Voorschriften derhalve die, gelet op hun aard en strekking en de uit de toepassing voortvloeiende gevolgen, het voorrangskarakter ervan onderstrepen, nu zij (veelal fors) ingrijpen in de privaatrechtelijke verhouding ter wille van een groter belang dan dat van de direct betrokken partijen.

5.15. Ten tweede komt het voorrangskarakter van de Wet Bpf 2000 naar het oordeel van de kantonrechter tot uiting in de pijlers waarop het systeem van de wet is gebaseerd, te weten collectiviteit, solidariteit en het tegengaan van concurrentie. Eventuele concurrentie tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werkgevers wordt tegengegaan door het stellen van een gelijkkluidende arbeidsvoorwaarde pensioen voor alle werknemers binnen een bepaalde bedrijfstak. Uit de parlementaire behandeling van de Wet Bpf 2000 (Kamerstukken II, 2000/01, 27 073, nr. 3, p.4) blijkt voorts dat veel waarde wordt gehecht aan de collectiviteits- en solidariteitsgedachte van de wet, die met name dient te worden bereikt door het heffen van doorsneepremies. Het vereiste van een doorsneepremie voor de collectieve regeling is volgens de memorie van toelichting een wezenskenmerk van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dat volgens het kabinet ook los van de Europese context moet worden gewaarborgd. Tevens acht de kantonrechter in dit verband van belang het oordeel van de Hoge Raad naar aanleiding van prejudiciële vragen in de drie – ook door het Pensioenfonds aangehaalde – arresten van september 1999 waaraan in de parlementaire behandeling wordt gerefereerd waarin door het Europese Hof van Justitie een bijzondere, sociale taak aan bedrijfstakpensioenfondsen wordt toegekend en waarin voornoemde pijlers worden onderstreept. In het licht van het voorgaande zijn (behalve in de jurisprudentie) derhalve – anders dan AFMB heeft aangevoerd – wel degelijk

(ook) aanknopingspunten te vinden in de bedoelingen van de wetgever voor het oordeel dat de Wet Bpf 2000 beschouwd dient te worden als een voorrangregel.

5.16. In de derde plaats acht de kantonrechter van belang voor haar oordeel dat de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit als voorrangregel moeten worden beschouwd,

dat de bepaling of een bepaalde arbeidsvoorwaarde (namelijk het pensioen) van toepassing is voor een gehele bedrijfstak een publiekrechtelijke daad betreft. Op grond van artikel 2 Wet Bpf 2000 is het namelijk de overheid, te weten het publiekrechtelijke besluit van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) (het Verplichtstellingsbesluit), die bepaalt binnen welke bedrijfstak voor welke groepen personen een verplichte deelneming in het fonds geldt. Deze bevoegdheid is vervolgens – evenals bij het algemeen verbindend verklaren van cao's gemandateerd (blijkens het Toetsingskader Wet Bpf 2000) aan de Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving. De kantonrechter volgt het Pensioenfonds in zijn stelling dat de ontheffingsbepaling als zodanig, die slechts in bijzondere, individuele gevallen (al dan niet voorwaardelijk en/of tijdelijk) kan worden toegepast en specifiek ziet op tijdelijk in Nederland werkzame personen, het voorrangskarakter van de regeling eerder onderstreept dan dat deze daaraan afbreuk doet.

5.17. Gelet op de hiervoor besproken aard, strekking en gevolgen van de Wet Bpf 2000, de pijlers – van met name solidariteit en collectiviteit – die zowel door de wetgever als in de jurisprudentie zijn benadrukt en de prominente rol van de overheid bij het Verplichtstellingsbesluit is – naar het oordeel van de kantonrechter – het op de Wet BPF 2000 gebaseerde Verplichtstellingsbesluit aan te merken als een bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I. De enkele, niet onderbouwde stelling van AFMB dat de wetgever vele chauffeurs (bijvoorbeeld van Oost-Europese landen) in Nederland laat rijden zonder de eis van verplichte deelneming in het Pensioenfonds, maakt dit oordeel niet anders. Het had op de weg gelegen van AFMB haar stellingen ter zake nader te onderbouwen en te verduidelijken. Nu is geoordeeld dat het op de Wet Bpf 2000 gebaseerde Verplichtstellingsbesluit is aan te merken als een bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I en om die reden van toepassing is, kan het antwoord op de vraag of AFMB en haar werknemers al dan niet een expliciete rechtskeuze voor Cypriotisch recht hebben gemaakt alsmede of ingevolge artikel 8 Rome I het Verplichtstellingsbesluit alsdan dient te worden bestempeld als een beschermingsbepaling die ongeacht een rechtskeuze van toepassing is, hier in het midden blijven.

5.18. Gelet op het vorenstaande is vast komen te staan dat AFMB chauffeurs in dienst heeft die op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW werkzaam zijn bij (hoofdzakelijk) Nederlandse vervoersondernemingen. Daarmee valt AFMB als werkgever onder de werkingsfeer van het Pensioenfonds en is zij werkgever als bedoeld in artikel 5 van de statuten van het Pensioenfonds. De stelling van AFMB dat het Pensioenfonds hier ten onrechte vanuit is gegaan bij de oplegging van de premienota wordt verworpen.

Hoogte pensioenpremie

5.19. Met betrekking tot de hoogte van de verschuldigde pensioenpremie heeft het Pensioenfonds aangevoerd dat de premie geschat mocht worden, omdat AFMB – ondanks haar verplichting daartoe op grond van artikel 4.1. van het Uitvoeringsreglement – geen gegevens heeft aangeleverd. Op grond van artikel 4.2. van het Uitvoeringsreglement is AFMB volgens het Pensioenfonds aan die schatting gebonden. De kantonrechter is van oordeel dat het Pensioenfonds met de verwijzing naar het Uitvoeringsreglement voldoende heeft onderbouwd dat AFMB verplicht is de door het Pensioenfonds op basis van schattingen vastgestelde pensioenpremies voor haar werknemers te betalen. Het enkele, blote verweer dat het bedrag "absurd" zou zijn, wordt in dit verband onvoldoende geacht. Het had op de weg van AFMB gelegen haar verweer nader te onderbouwen, bijvoorbeeld door informatie te geven over het aantal chauffeurs dat bij haar in dienst is en de door die chauffeurs ontvangen salarissen. Nu AFMB dit, ook in de onderhavige procedure, heeft nagelaten, dient een eventuele te hoge inschatting van de verschuldigde pensioenpremie voor haar eigen rekening en risico te blijven (zie in dit verband ook Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2869). De subsidiair gevorderde beperking van de hoogte van de (in de dwangsom vervatte) vordering van het Pensioenfonds, zal dan ook worden afgewezen. Ook zal het gedeelte van de vordering van AFMB dat ziet op een beperking van de in de dwangsom opgelegde rente, incassokosten en btw worden afgewezen, bij gebreke van enige (andere) inhoudelijk relevante onderbouwing ervan.

5.20. Hetgeen AFMB ten verweere heeft aangevoerd omtrent strijdigheid van de aansluiting en de aanspraak op premie met artikel 25 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling kan haar evenmin baten. De enkele toelichting, bestaande uit "Vgl. artikel 20, tweede Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening" acht de kantonrechter te summier en te algemeen. Het had op de weg van AFMB gelegen haar stellingen ter zake nader te onderbouwen en te verduidelijken. Daarbij komt voorts dat het betreffende artikel 25 ziet op een voorwaarde die door de wetgever aan het beroepspensioenfonds wordt opgelegd en niet op de relatie tussen het Pensioenfonds en de werkgever (in casu AFMB), terwijl van enig handelen door het Pensioenfonds in strijd met die bepaling niet is gebleken. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, behoeft geen bespreking meer, nu dit in het licht van hetgeen in dit vonnis is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing zal leiden.

5.21. Het voorgaande leidt ertoe dat het verzet ongegrond zal worden verklaard en de overige vorderingen van AFMB zullen worden afgewezen.

5.22. AFMB zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van het Pensioenfonds worden tot op heden vastgesteld op: € 1.600,= (2,0 punten x tarief € 800,=) aan salaris gemachtigde.

Beslissing

De kantonrechter:

- verklaart het verzet ongegrond;
- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt AFMB in de proceskosten, aan de zijde van het Pensioenfonds tot op heden vastgesteld op € 1.600,=.

Noot

Een buitenlandse onderneming laat zijn werknemers tijdelijk in Nederland werken. Op de arbeidsovereenkomst blijft dan in de regel het recht van het andere, "gewoonlijk" werkland van toepassing. Als dat andere land gedurende de tewerkstelling in Nederland daadwerkelijk het "gewoonlijk" werkland is en blijft, dan zijn op grond van artikel 9 Rome-I uitsluitend Nederlandse "bepalingen van bijzonder dwingend recht" van toepassing op de arbeidsovereenkomst.

In de zaak van de Kantonrechter Leeuwarden was de vraag aan de orde of een verplichtstelling krachtens de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds ("Wet Bpf 2000") kwalificeert als een bepaling van bijzonder dwingend recht ex artikel 9 Rome-I. Die vraag is voor de praktijk van groot belang. Bevestigende beantwoording zou betekenen dat tijdelijk in Nederland tewerkgestelde arbeidskrachten – veelal in de bouw en in de transportbranche – gedurende hun tijdelijke tewerkstelling in Nederland moeten deelnemen aan de verplicht gestelde pensioenregelingen. Dit zou tot gevolg hebben dat een belangrijk concurrentievoordeel voor buitenlandse dienstverrichters komt te vervallen.

De kantonrechter beantwoordt de zojuist genoemde vraag bevestigend: een verplichtstelling op grond van de Wet Bpf 2000 is bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 Rome-I. De kantonrechter wijst hierbij onder meer op het voorrangskarakter van de Wet Bpf 2000, op de pijlers waarop de wet is gebaseerd, op het feit dat een verplichtstelling een publiekrechtelijke daad betreft en op de omstandigheid dat in artikel 15 Wet Bpf 2000 is bepaald dat ontheffing kan worden verleend aan een persoon die tijdelijk in Nederland werkzaam is.

Op zichzelf zijn dit valide argumenten. Het punt is echter dat de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) in de uitspraak ten onrechte niet aan bod is gekomen. En de Detacheringsrichtlijn moet tot een andere uitkomst leiden.

Artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn bepaalt dat lidstaten maatregelen moeten treffen opdat tijdelijk in een lidstaat tewerkgestelde werknemers aanspraak hebben op bepaalde minimum arbeidsvoorwaarden die gelden in die lidstaat. Dit zijn de zgn. harde kern voorwaarden. Nationale regels over o.a. arbeidstijden, vakantiedagen, minimumloon en

arbeidsomstandigheden moeten worden toegepast op de tijdelijk in de lidstaat tewerkgestelde werknemers. Nederland heeft de Detacheringsrichtlijn geïmplementeerd via o.a. de WagwEU en artikel 2 lid 6 Wet AVV.

De verplichtingen uit de Detacheringsrichtlijn vormen een beperking op het recht op vrij verkeer van diensten, neergelegd in de artikelen 56 en 57 VWEU. Beperking van dit recht is in principe verboden. De Detacheringsrichtlijn is in essentie zowel een steun als een beperking van dit recht. Enerzijds beoogt zij een zeker level playing field te creëren, wat de eerlijke mededinging en het vrij verkeer van diensten ten goede komt. Anderzijds betekent verplichte toepassing van de harde kern arbeidsvoorwaarden een beperking op het vrij verkeer van diensten, omdat ondernemingen bij hun dienstverrichting verplicht kunnen worden andere dan de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden toe te passen op hun werknemers (zie recent: F.G. Laagland in *ArA* 2016/2).

Vanwege dit precaire evenwicht heeft het HvJEU duidelijk gemaakt dat de minimum arbeidsvoorwaarden uit artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn tegelijk ook het maximum zijn. In het arrest Laval overwoog het HvJEU (HvJEU 18 december 2007, «JAR» 2008/21 (Laval)):

“Mitsdien is [...] het beschermingsniveau dat moet worden gegarandeerd voor op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst [ter] beschikking gestelde werknemers in beginsel beperkt tot dat van artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub a tot en met g, van richtlijn 96/71 [...]”

Legt een lidstaat een buitenlandse dienstverrichter verdergaande arbeidsvoorwaardelijke verplichtingen op, dan is sprake van strijd met artikel 56 en 57 VWEU. Dit is door het HvJEU bevestigd in o.a. het arrest Laval. Daarin werd bijvoorbeeld geoordeeld dat het recht op vrij verkeer van diensten zich ertegen verzet dat een vakbond collectieve actie voert voor arbeidsvoorwaarden voor tijdelijk tewerkgestelde buitenlandse werknemers die *beter* zijn dan de harde kern voorwaarden uit de Detacheringsrichtlijn.

Waarom is van belang dat het minimum uit de Detacheringsrichtlijn tevens het maximum is en dat overschrijding van dat maximum strijd oplevert met artikelen 56 en 57 VWEU?

In artikel 3 lid 1 sub c Detacheringsrichtlijn staat dat de verplichting om het minimumloon te betalen aan tijdelijk in de lidstaat tewerkgestelde werknemers niet de *“aanvullende bedrijfspensioenregelingen”* omvat. Pensioenregelingen zijn derhalve uitgezonderd van de harde kern voorwaarden. Zie in dit verband ook artikel 2 lid 6 sub c (slot) Wet AVV en M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, diss. Tilburg (2005), pag.135. Gevolg hiervan is dat een verplichting voor buitenlandse dienstverrichters om hun tijdelijk in Nederland tewerkgestelde werknemers te laten deelnemen in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, verder gaat dan artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn, en daarmee in strijd is met artikelen 56 en 57 VWEU.

Dit betekent dat de uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden onjuist is. De harde kern voorwaarden uit artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn, waartoe pensioen dus niet behoort, zijn namelijk bedoeld als een invulling van artikel 9 Rome-I. Dit laatste heeft de Europese Commissie duidelijk gemaakt bij haar toelichting op het voorstel voor de Detacheringsrichtlijn in 1991, toen artikel 9 Rome-I nog artikel 7 EVO was (COM (91) 230 def. – SYN 246, 1 augustus 1991, pag. 12):

“Het voorstel voor een richtlijn beoogt op dit punt duidelijkheid te verschaffen door de in artikel 7 van het Verdrag vervatte regelgeving te bedingen, dat wil zeggen de “wetten op de openbare orde en veiligheid”, die een “harde kern” vorm voor de minimale bescherming van gedetacheerde werknemers”.

Lidstaten mogen alleen verdergaande verplichtingen opleggen aan buitenlandse dienstverrichters als is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn. Dat is voor pensioen niet het geval.

Twee afrondende opmerkingen.

Ten eerste dat artikel 15 Wet Bpf 2000 in strijd lijkt te zijn met artikelen 56 en 57 VWEU, tenzij het gaat om dienstverrichters van buiten de EU.

Ten tweede dat enigszins opmerkelijk is dat in deze zaak artikel 9 Rome-I werd toegepast. Er waren namelijk diverse aanwijzingen dat Nederland het gewoonlijk werkland van de werknemers was. In dat geval zou de verplichtstelling

gewoon op grond van artikel 8 Rome-I van toepassing zijn en zou aan artikel 9 Rome-I niet worden toegekomen. Het Pensioenfonds had echter primair het verstreckende artikel 9 Rome-I verweer opgeworpen. Honorering van dat verweer zou de vraag of Nederland het gewoonlijk werkland was irrelevant maken. Omdat aan die vraag veelal (moeizame) bewijsvoering verbonden is, zou dat het Pensioenfonds veel procedurekosten schelen. Aangezien de kantonrechter het artikel 9 Rome-I verweer honoreerde, werd in het midden gelaten of Nederland, en niet Cyprus, het gewoonlijk werkland was. Dat zal in een eventuele appèlprocedure waarschijnlijk anders zijn.

mr. L.B. de Graaf,
