

Verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende arbeid

mr. F. Hoppers*

1. Inleiding

Het Nederlandse systeem van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds is binnen de Europese Unie uniek. Buitenlandse ondernemingen zullen bij het bereiken of het oversteken van de Nederlandse grens daarom vaak geen rekening houden met een verplichte deelneming in een Nederlands bedrijfstakpensioenfonds. Nederlandse ondernemingen met werknemers in het buitenland zullen wellicht ook niet altijd rekening houden met een verplichte deelneming van de 'buitenlandse' werknemers in het bedrijfstakpensioenfonds. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage lijkt bij arrest van 22 oktober 2013 dat gevoel van veiligheid te hebben bevestigd. In deze bijdrage staat de vraag centraal wanneer een onderneming geconfronteerd kan worden met een verplichte deelneming in een Nederlands bedrijfstakpensioenfonds. Bij een onderneming met uitsluitend raakvlakken met Nederland is het antwoord op deze vraag simpel: zoudra de onderneming een werkgever is in de zin van het zogenoemde verplichtstellingsbesluit. Het antwoord wordt lastiger als de onderneming of de daar werkzame personen ook raakvlakken met het buitenland vertoont. Hoe zit het bijvoorbeeld met de in Nederland gevestigde onderneming die veel in het buitenland actief is? Of de Nederlandse onderneming met buitenlandse werknemers in dienst? Moeten ook deze ondernemingen (al) hun medewerkers aanmelden bij het bedrijfstakpensioenfonds? Door middel van een analyse van het hiervoor genoemde arrest van het gerechtshof zal ik op dit vraagstuk ingaan.

In onderhavige bijdrage volgt allereerst een weergave van de feiten die uit het arrest blijken. Hierna volgt een analyse van de belangrijkste rechtsoverwegingen van de kantonrechter en het Hof. De heersende opvatting in de literatuur is dat de uitkomst van de gerechtelijke procedures logisch is. Ik vraag mij echter af of deze uitkomst zo logisch is als op het eerste oog lijkt. Naar mijn overtuiging bieden het IPR en de pensioenrechtelijke elementen meer dan voldoende aanleiding voor een kritische(re) opstelling. Deze aspecten komen aan de orde in mijn analyse. Aan de hand hiervan volgt eveneens een antwoord op de vraag wanneer een onderneming de grens van een verplichte deelneming passeert. Detacheringsconstructies blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

2. Feiten

De feiten zijn eenvoudig. Post Kogeko is een in Nederland gevestigd vervoersbedrijf. Het bedrijf heeft 500 werknemers in dienst waarvan 46 Engelse chauffeurs (uitsluitend) in Engeland transportwerkzaamheden verrichten (hierna: de 'Engelse chauffeurs'). De aansturing en de planning van werkzaamheden van deze groep chauffeurs vinden echter vanuit Nederland plaats. De arbeidsovereenkomsten bevatten geen rechtskeuze. Wel wordt op alle arbeidsovereenkomsten de cao Beroepsgoederenvervoer toegepast, althans de regelingen uit deze cao worden voor de Engelse chauffeurs gevolgd. Op het salaris worden premies en belastingen naar Engels recht ingehouden. Het salaris wordt in Engelse ponden op Engelse bankrekeningen aan de chauffeurs uitbetaald.

Post Kogeko draagt voor de Engelse chauffeurs geen pensioenpremies af aan het bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer. Post Kogeko meent dat de Engelse chauffeurs niet verplicht deelnemer zijn in het bedrijfstakpensioenfonds. Het pensioenfonds heeft deze opvatting in 2003 bij brief aan Post Kogeko bevestigd. Naar de mening van het bedrijfstakpensioenfonds vallen de chauffeurs onder de sociale verzekeringswetten van het Verenigd Koninkrijk en zijn zij daar ook (loon)belastingplichtig. Dit zou maken dat zij buiten het bereik van het bedrijfstakpensioenfonds vallen. Vermeldenswaardig is dat een groot deel van het personeelsbestand van Post Kogeko wél werkzaam is in Nederland (ook een aantal chauffeurs met de Engelse nationaliteit). Van de circa 500 medewerkers is slechts 10% in Engeland aan het werk. Voor de in Nederland werkzame werknemers draagt Post Kogeko gewoon premies af aan het pensioenfonds. Partijen debatteren dus niet over de vraag of Post Kogeko een werkgever is in de zin van het verplichtstellingsbesluit van de minister van SZW betreffende verplichte deelneming in het pensioenfonds Beroepsvervoer. Voor het zijn van een onderneming in de zin van het verplichtstellingsbesluit is volgens de tekst van dit besluit voldoende dat het gaat om een 'in Nederland gevestigd bedrijf dat zich bezig houdt met beroepsgoederenvervoer'. Post Kogeko is zo'n onderneming. De discussie spitst zich toe op de Engelse chauffeurs binnen Post Kogeko. Meer in het algemeen rijst de vraag of alle werknemers van Post Kogeko verplicht

* Frederique Hoppers is advocaat arbeidsrecht/pensioenrecht Dirkzwager advocaten en notarissen.

deelnemer zijn (ongeacht in welk land zij werken), of uitsluitend de werknemers die in Nederland hun werkzaamheden verrichten? Het bedrijfstakpensioenfonds stelt zich, in tegenstelling tot eerdere uitlatingen, alsnog op het standpunt dat Post Kogeko ook de Engelse chauffeurs moet aanmelden (althans het fonds wil daar duidelijkheid over krijgen).

3. Procedure in eerste aanleg

Het fonds verzoekt om een verklaring voor recht dat de Engelse chauffeurs gebonden zijn aan het verplichtstellingsbesluit en dat Post Kogeko (dienstengevolge) voor deze Engelse chauffeurs pensioenpremies dient af te dragen. Post Kogeko komt tegen deze vordering op. In eerste aanleg voert Post Kogeko zowel formele als inhoudelijke verweren aan. Het formele verweer ziet op de mededeling van het fonds in 2003 aan Post Kogeko dat geen sprake is van een verplichte deelneming. De kantonrechter besteedt geen aandacht aan dit formele verweer, eenvoudigweg omdat Post Kogeko de discussie reeds met de inhoudelijke verweren in haar voordeel weet te beslechten.

Het inhoudelijke verweer van Post Kogeko concentreert zich op het toepasselijke recht. Post Kogeko stelt dat Engels recht van toepassing is en – dus – niet de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf) en het verplichtstellingsbesluit. Dit verweer dient (voor overeenkomsten gesloten vóór 17 december 2009) beoordeeld te worden aan de hand van het zogenaamde EVO-Verdrag. Arbeidsovereenkomsten van latere datum zijn onderworpen aan Verordening 593/2008 (hierna: Rome I-Verordening).¹ De kantonrechter concludeert dat de Engelse chauffeurs inderdaad onder het Engelse recht vallen, omdat zij gewoonlijk in Engeland arbeid verrichten (art. 6 lid 2 sub a EVO-Verdrag). Het fonds doet een beroep op de exceptieregel van art. 6 lid 2 (slot) EVO-Verdrag, maar die regel vindt volgens de kantonrechter in het licht van het geheel van omstandigheden geen toepassing. De exceptieregel schrijft voor dat het recht van het andere land moet worden toegepast als daarmee een nauwere verbondenheid bestaat. Die nauwere verbondenheid met Nederland wordt in het licht van het geheel van omstandigheden niet aangenomen. De aanknopingspunten met het Verenigd Koninkrijk zijn volgens de kantonrechter zowel kwalitatief als kwantitatief zonder meer groter dan die met Nederland. De aanknopingspunten met Nederland, zoals de Nederlandse vestigingsplaats, de toepasselijke cao, de betaling in euro's, de Nederlandse vrachtwagens en de Nederlandse directie wegen volgens de kantonrechter niet op tegen de Engelse aanknopingspunten, zoals de woon- en werkplaats van de werknemer en de afdracht van premie en belasting in het Verenigd Koninkrijk. Algemene overweging daarbij is dat aansluiting bij een ander land dan het werkland in de praktijk slechts plaatsvindt in een zogenaamde expatriate-situatie. Dit betreft de situatie waarbij de werkgever en de werknemer dezelfde nationaliteit bezitten. Die situatie doet zich hier niet voor, aldus de kantonrechter.

Het pensioenfonds betoogt voorts dat – voor het geval dat de kantonrechter zou oordelen dat Engels recht van toepassing is – de Wet Bpf bijzonder dwingend recht als bedoeld in art. 7 lid 2 EVO-Verdrag is. Dat blijkt volgens het fonds uit het bijzondere sociaaleconomische belang dat aan een verplichte deelneming gehecht moet worden. Bij voorrangregels gaat het om bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economi-

sche organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt², ongeacht welk recht volgens de aanwijzingsregels toepassing vindt. Post Kogeko stelt daarentegen dat de Wet Bpf en het (daarop geënte) verplichtstellingsbesluit geen voorrangregels zijn, waardoor art. 7 lid 2 EVO geen toepassing vindt. Post Kogeko merkt in dit verband op dat in de gehele memorie van toelichting bij de Pensioenwet de term 'voorrangregel' geen enkele keer genoemd wordt. Voorts betoogt Post Kogeko dat het fonds geen beroep op deze voorrangregel kan doen, uitsluitend de medewerkers.

De kantonrechter gaat niet in op de vraag of de betreffende bepalingen voorrangregels betreffen. De kantonrechter volstaat met de beoordeling wat de scope rule van de gestelde voorrangregel – de Wet Bpf – is. De scope rule is een geschreven of ongeschreven regel die de territoriale en/of personele reikwijdte van de desbetreffende specifieke voorrangregel afbakt.³ De scope van een voorrangregel dient zelfstandig onderzocht te worden, dit staat los van de aanwijzingsregels in de zin van het EVO-Verdrag waarbij (bijvoorbeeld) het gewone werkland een rol speelt. Als uit die beoordeling van de scope rule blijkt dat de Engelse chauffeurs niet onder de Wet Bpf vallen, kan volgens de kantonrechter in het midden blijven of het hier überhaupt voorrangregels betreffen. De kantonrechter concludeert dat de scope van de Wet Bpf beperkt is tot werknemers die in Nederland werkzaam zijn. Daaraan wordt de overweging ten grondslag gelegd dat uitsluitend verplichte solidariteit van de desbetreffende bedrijfstakken binnen Nederland is beoogd. Of de Wet Bpf nu wel of niet een voorrangregel is, wordt door de kantonrechter dus niet beantwoord. De Engelse chauffeurs vallen volgens de kantonrechter hoe dan ook niet onder de reikwijdte van de Wet Bpf.

4. Procedure in hoger beroep

In hoger beroep wordt eerst ingegaan op de incidentele grieven van Post Kogeko. Daar waar de kantonrechter de beoordeling van de formele verweren 'parkeerde', wordt deze beoordeling alsnog in incidenteel beroep van het Hof gevraagd. Het Hof gaat echter niet mee in de formele verweren van Post Kogeko. Een aansluitplicht – of het ontbreken daarvan – ontstaat volgens het Hof namelijk niet uit een administratieve handeling, maar vloeit rechtstreeks voort uit het verplichtstellingsbesluit. De enkele mededeling van het fonds in het verleden dat geen sprake is van een verplichtstelling kan een wettelijk verplichte deelneming niet terzijde leggen.

Hierna vindt een behandeling van een vijftal grieven plaats, waaronder (allereerst) één algemene grief. In de algemene grief stelt het fonds voorop dat in het verplichtstellingsbesluit niet is opgenomen dat de verplichtstelling uitsluitend geldt voor werknemers die (hoofdzakelijk) in Nederland werkzaam zijn. De door de kantonrechter aangebrachte scope wordt in deze grief dus ter discussie gesteld. Het fonds noemt in deze algemene grief tevens dat "daarbij niet

1. Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (PbEG 2008, L 177/1).
2. Art. 9 Rome I-Verordening.
3. Asser Serie 10-I, *Internationaal privaatrecht, algemeen deel IPR*, p. 409.

relevant is of Nederlands recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst". Opmerkelijk genoeg neemt het fonds noch in deze algemene grief noch in de andere grieven het begrip 'voorrangsregels' in de mond (althans, dit blijkt niet uit de gepubliceerde uitspraak), waardoor de algemene grief aan overtuigingskracht inboet. Ook het Hof laat een juridische kwalificatie van deze algemene grief na. Het Hof beperkt zich sec tot een beoordeling van de reikwijdte van de verplichtstelling. Het Hof komt na deze beoordeling tot de conclusie dat de Engelse chauffeurs niet vallen onder de reikwijdte/scope, waarover later meer (paragraaf 5.1). Vervolgens behandelt het Hof de vier bijzondere grieven gezamenlijk. In deze grieven betoogt het fonds aan de hand van de aanwijzingsregels voor arbeidsovereenkomsten in het EVO-Verdrag dat niet het Engelse recht, maar het Nederlandse recht toegepast moet worden. Kort gezegd staan in deze discussie het zogenaamde sub a en sub b-criterium van art. 6 EVO-Verdrag centraal. Sub a gaat ervan uit dat het recht van het gewone werkland van toepassing is. Dat is in een notendop het land waar of van waaruit de werknemer het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens de werkgever vervult. Eerst indien er geen gewoon werkland kan worden vastgesteld, komt sub b aan de orde: de statutaire vestigingsplaats van de werkgever. Het Hof gaat op basis van het sub a-criterium na welk recht op de arbeidsovereenkomsten van toepassing is, omdat het verrichten van de transporten en het lossen van de vrachten door de Engelse chauffeurs met name in het Verenigd Koninkrijk plaatsvinden. De Nederlandse vestigingsplaats (sub b) komt dan niet aan de orde. Tot slot toetst het hof of er aanleiding bestaat om de zogenaamde exceptieregel van art. 6 lid 2 (slot) EVO-Verdrag toe te passen, dus of het recht van een ander land geldt waarmee de arbeidsovereenkomst nauwer verbonden is. Het Hof concludeert dat dit niet het geval is. Het hof kent daarbij – net als de kantonrechter in eerste aanleg – beperkt gewicht toe aan de Nederlandse aanknopingspunten, zoals de Nederlandse werkgever en de Nederlandse vrachtwagens.

5. Analyse

De analyse van de rechtsoverwegingen van het Hof behandel ik hierna per onderwerp. De rechtsoverwegingen van het Hof zet ik zo nodig af tegen de eerdere overwegingen van de kantonrechter.

5.1 Scope rule

Wat opvalt is dat de kantonrechter de beoordeling van de scope/reikwijdte van de verplichtstelling beperkt tot de Wet Bpf. Over het verplichtstellingsbesluit rept de kantonrechter met geen woord. In eerste aanleg gaat het daardoor direct bij de scope-beoordeling mank. Niet de Wet Bpf, maar juist de daarop geënte verplichtstellingsbesluiten bevatten namelijk een duidelijke scope-bepaling. De systematiek van de Wet Bpf is zodanig, dat niet de wet, maar het (publiekrechtelijke) besluit van het ministerie van SZW (het verplichtstellingsbesluit) bepaalt binnen welke bedrijfstak voor welke groepen personen een verplichte deelneming in het fonds geldt (art. 2 Wet Bpf). In het geval van het fonds voor het Beroepsvervoer moet het volgens het besluit gaan om een 'in Nederland gevestigd bedrijf dat zich bezig houdt met beroepsgoederenvervoer'.

Het Hof kijkt aanvankelijk naar de Wet Bpf en dan niet naar enige reikwijdtebepaling van deze wet, maar naar de achter-

grond dan wel de doelstelling van de Wet Bpf. Volgens het Hof is achtergrond van de Wet Bpf een collectieve pensioenvoorziening tegen een uniforme premie. Eerst hierna legt het Hof de link naar het verplichtstellingsbesluit, door op te merken dat uit de zojuist genoemde achtergrond van de Wet Bpf zou volgen dat het verplichtstellingsbesluit zo moet worden uitgelegd dat de verplichtstelling uitsluitend geldt voor in Nederland werkzame werknemers. Een beperkte uitleg dus. Met als gevolg dat het verplichtstellingsbesluit op basis van zijn scope rule niet geldt voor de Engelse chauffeurs.

Interessant is dat het hof laat doorschemeren dat de uitkomst anders had kunnen luiden als het verplichtstellingsbesluit expliciet de optie van in buitenland werkzame werknemers zou hebben genoemd. Het Hof overweegt:

'Tegen deze achtergrond dient het verplichtstellingsbesluit naar objectieve maatstaven aldus te worden uitgelegd dat de werkingssfeer daarvan – nu een uitdrukkelijke bepaling dat de verplichtstelling ook geldt voor werknemers die gewoonlijk in of vanuit een ander land werkzaam zijn * – is beperkt tot werknemers van een onderneming in de bedrijfstak Beroepsvervoer over de Weg die hun werkzaamheden (grotendeels) in of vanuit Nederland verrichten.'

*er lijkt een woord in het vonnis te zijn weggefallen, vermoedelijk het woord 'ontbreekt'.

Kortom: het Hof stelt enerzijds voor de vaststelling van de scope de Wet Bpf voorop en kent daaraan een beperkte reikwijdte toe (in Nederland werkzame werknemers), maar biedt anderzijds een opening voor zover het verplichtstellingsbesluit ruimer is geformuleerd. Echter, nu een dergelijke ruimere formulering in het betreffende besluit ontbreekt, geldt de beperktere reikwijdte van de in Nederland werkzame werknemers.

Deze vaststelling van de scope van de wet en van het besluit door het Hof is onverklaarbaar. Op zichzelf lijkt het mij terecht dat voor de scope aandacht besteed wordt aan het verplichtstellingsbesluit, maar het resultaat had dan juist tegengesteld moeten zijn. Waarom moeten werknemers die in het buitenland werkzaam zijn nadrukkelijk als een groep werknemers in het besluit worden vermeld, als ze sowieso al – naar de letter van de scope-tekst – eronder vallen? De scope-bepaling in het verplichtstellingsbesluit laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Volgens de tekst van het besluit is doorslaggevend dat de onderneming gevestigd is in Nederland. Dat is het geval in de onderhavige casus. Het maakt dus niet uit wáár die medewerker vervolgens werkt. Bovendien hinken de overwegingen van het hof op twee gedachten. Waarom aan de ene kant in de overwegingen betekenis toekennen aan de achtergrond van de Wet Bpf en aan de hand van die achtergrond de reikwijdte van het verplichtstellingsbesluit beperkt vastleggen (voor 'in Nederland werkzame werknemers')? Om vervolgens aan de andere kant alsnog naar de letterlijke tekst van het verplichtstellingsbesluit te kijken en daarbij te overwegen dat een ruimere reikwijdtebepaling van het verplichtstellingsbesluit kennelijk alsnog tot een verplichte deelneming had kunnen leiden? De facto zegt het Hof daarmee dat de materiële wetgeving de formele wetgeving min of meer had kunnen 'oprekken'. Dit lijkt mij niet juist.

Het Hof had zich mijns inziens moeten beperken tot de letterlijke tekst van de scope-rule in het verplichtstellingsbesluit. De scope-rule neemt de taak van de rechter uit handen.⁴ De Nederlandse rechter is gebonden aan de scope-rules die de Nederlandse wetgever (of de gemandateerde) aan zijn wettelijke regelingen verbindt. Dit zou ertoe hebben geleid dat de Engelse werknemers wel onder de toepassing vallen.

5.2 Wel/geen voorrangsregel

De Engelse chauffeurs vallen naar mijn inschatting dus onder de scope van het verplichtstellingsbesluit. Daardoor wordt alsnog de rechtsvraag relevant of het verplichtstellingsbesluit zich als een voorrangsregel in de zin van art. 7 EVO-Verdrag kwalificeert. Is het besluit immers geen voorrangsregel, dan is van een verplichte deelneming geen sprake, althans niet voor zover op basis van art. 6 EVO-Verdrag Engels recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten. Deze rechtsvraag is overigens ook relevant voor arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten op of na 17 december 2009, dus die onderworpen zijn aan de Rome I-Verordening. De aanwijzingsregels in de Rome I-Verordening zijn weliswaar niet identiek aan de regels van het EVO-Verdrag, maar de inhoud is niet wezenlijk anders.

De – meer fundamentele – vraag of de Wet Bpf dan wel het verplichtstellingsbesluit voorrangsregels zijn, wordt dus alsnog actueel. De kantonrechter doet voorkomen aan dit aspect een inhoudelijke overweging ten overvloede te wijden, maar de facto gebeurt dit niet. De kantonrechter toetst namelijk uitsluitend de bepalingen in de Pensioenwet aan een eventueel voorrangskarakter, terwijl de verplichte deelneming niet voortvloeit uit de Pensioenwet, maar (juist) geënt is op de Wet Bpf en het verplichtstellingsbesluit. Tussen beide wetten bestaat een wezenlijk verschil, nu het tegengaan van concurrentie, de collectiviteit en solidariteit uitsluitend de pijlers in het systeem van de Wet Bpf zijn, niet in het systeem van de Pensioenwet. Juist deze aspecten onderstrepen het voorrangskarakter. Onder verwijzing naar het ontbreken van een overweging in de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet over het bestaan van een voorrangsregel, concludeert de kantonrechter desalniettemin dat het hier niet gaat om een voorrangsregel.

De algemene grief in hoger beroep is in zoverre net zozeer opmerkelijk, omdat het fonds nalaat deze grief in de context van de voorrangsregels te plaatsen. In eerste aanleg kreeg dit onderwerp juist nog uitvoerig aandacht van het fonds. Hoewel het fonds niet nadrukkelijk over voorrangsregels in de grieven spreekt, lijkt het Hof het bestaan van een voorrangsregel niet te betwisten. Uit overweging zes van het arrest van het Hof blijkt dat het Hof bij een andersluidende scopebepaling in het verplichtstellingsbesluit namelijk wel een verplichte deelneming van de Engelse chauffeurs had willen aannemen. Tegenover de voorvraag – gaat het hier überhaupt om een voorrangsregel? – lijkt het Hof dus niet onwelwillend te staan.

Het Hof lijkt de deur te hebben opengezet, nu is het zaak om die deur met overtuigende argumenten alsnog open te trappen. Die argumenten zijn er wel degelijk, alleen lijken ze in hoger beroep onderbelicht te zijn gebleven. Er zijn in ieder geval voldoende overtuigende redenen aanwezig om het verplichtstellingsbesluit als voorrangsregel te kwalificeren. Ik som de belangrijkste argumenten op.

1. Het besluit van het ministerie van SZW tot verplichte deelneming is een publiekrechtelijke daad. Art. 2 Wet Bpf regelt de verplichtstellingsmogelijkheid als een bevoegdheid voor de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Blijkens het Toetsingskader Wet Bpf 2000 is die bevoegdheid gemandateerd aan de Directie uitvoeringstaken arbeidsvoorwaardenwetgeving, die ook met het algemeen verbindend verklaren van cao's belast is. In genoemd Toetsingskader staan beleidsregels verwoord waarbinnen de bevoegdheid dient te worden uitgeoefend.

Deze publiekrechtelijke daad onderstreept de bijzondere positie van de (voorrangs)regel. De link tussen de publiekrechtelijke daad en het bestaan van een voorrangsregel is in de cao-jurisprudentie reeds vaker gelegd.⁵ Ik zie geen aanleiding deze lijn niet door te trekken naar de verplichtstellingsbesluiten, in tegendeel. Nog meer dan bij het algemeen verbindend verklaren van een cao bepaalt de publiekrechtelijke daad bij de verplichtstellingsbesluiten of een bepaalde arbeidsvoorwaarde (lees: pensioen) toepassing vindt. Daar waar werkgever en werknemer in beginsel de (contract)vrijheid hebben om een bepaalde cao in de arbeidsovereenkomst te incorporeren en dientengevolge toe te passen, ontbreekt deze contractsvrijheid bij deelnemingen in een bedrijfstakpensioenfonds juist volledig. Partijen kunnen, in tegenstelling tot de situatie waarin een cao op een arbeidsovereenkomst van toepassing kan worden verklaard, niet contractueel afspreken dat de pensioenregeling wordt ondergebracht bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dit laatste wordt niet contractueel bepaald, maar wordt (juist) wettelijk geregeld door de Wet Bpf en de hieruit voortvloeiende verplichtstellingsbesluiten. Een bedrijfstakpensioenfonds mag immers als gevolg van de taakafbakeningsregels tussen bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars slechts werkgevers (en diens werknemers) accepteren voor zover de werkgever valt onder de reikwijdtebepaling van het verplichtstellingsbesluit.⁶

Hier kan men tegen inbrengen dat de (enkele) publiekrechtelijke daad van materiële wetgeving nog niets zegt over de status van de bepalingen zelf. Zo is in menig cao-discussie verkondigd dat zowel de inhoud van de cao als de wijze van handhaving juist nauwe raakvlakken vertoont met het privaatrecht. Toch zie ik terzake de arbeidsvoorwaarde pensioen (althans, daar waar het een eventuele verplichte deelneming betreft) minder raakvlakken met het privaatrecht. Immers, partijen kunnen niet contractueel in een pensioenovereenkomst bepalen dat de pensioenregeling (verplicht) wordt ondergebracht bij een bedrijfstakpensioenfonds. De verplichte deelneming wordt 'slechts' door een wettelijke gelijkstelling als een pensioenovereenkomst gekwalificeerd.⁷ Bovendien treedt het bedrijfstakpensioenfonds bij besluiten aangaande eventuele vrijstel-

4. HR 23 juni 1972, *NJ* 1973, 36.

5. Ktr. Amsterdam 27 november 1989, *NJ* 1991, 143, *NIPR* 1991,183, Ktr. Den Haag 4 maart 1986, *NIPR* 1987, 127 en ktr. 's-Gravenhage 8 september 1992, *Prg.* 992/3744.

6. Zie art. 117 e.v. PW.

7. Art. 2 lid 2 sub a PW.

lingen van een verplichte deelneming als een bestuursorgaan op⁸ en staat het fonds onder bestuursrechtelijk toezicht van DNB.⁹

2. Er is ook een juridisch-technisch argument om aan de verplichte deelneming een voorrangskarakter te kunnen toebedelen. In de verplichtstellingsbesluiten staan, net als in de algemeen verbindend verklaringen van een cao, expliciete werkingsfeerbepalingen verwoord. Het gaat daarbij niet steeds uitsluitend om de sociaaleconomische werkingsfeer, maar ook (soms) om een territoriale werkingsfeer. In het besluit voor verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds Beroepsvervoer staat zo'n territoriale werkingsfeer in ieder geval verwoord. In dat besluit komt terug het vereiste van een statutaire vestigingsplaats in Nederland. Vervolgens geldt voor iedere werknemer in dienst van en/of werkzaam voor deze onderneming (die zich in hoofdzaak toelegt op het beroepsvervoer) een verplichte deelneming. Door deze aanwezigheid van een objectieve territoriale aanknopingspunt in het verplichtstellingsbesluit wordt het voorrangskarakter juist onderstreept.

Ook nu is een kritische kanttekening mogelijk. De vraag rijst of het wel zuiver is de beoordeling te beperken tot de werkingsfeer van het verplichtstellingsbesluit zelf. Met andere woorden: speelt niet ook de werkingsfeer van de Wet Bpf een rol, waarop het besluit is geënt? Ik zou menen dat de zogenoemde scope-rule in het verplichtstellingsbesluit getoetst moet (kunnen) worden aan de wetgeving in formele zin, zoals de Wet Bpf. Echter, in de Wet Bpf is een expliciete territoriale werkingsfeerbepaling niet opgenomen. Zo laat art. 2 Wet Bpf het aan representatieve organisaties van werkgevers en werknemers in een bedrijfstak over om de bedrijfstak nader te omschrijven, waarbij voor een of meer bepaalde groepen personen binnen die bedrijfstak een verplichte deelneming gaat gelden. De wet zelf geeft dus geen omschrijving van het kernbegrip bedrijfstak en/of de groepen personen die dit zou kunnen betreffen. Evenmin wordt de bedrijfstak in een territoriale context geplaatst. Dit is zoals gezegd nadrukkelijk aan sociale partners overgelaten.

Het voorgaande is niet anders in de Wet AVV. Ook in de Wet AVV is de werkingsfeerbepaling van de verbindend verklaringen zelf beslissend. Art. 2 Wet AVV dwingt immers niet tot toepassing van verbindend verklaarde cao-bepalingen op alle werkzaamheden binnen Nederland. Kortom: de werking wordt bepaald door expliciete bepalingen in de cao respectievelijk het verplichtstellingsbesluit zelf.¹⁰ Noch de Wet AVV noch de Wet Bpf bevatten een nadere aanduiding met betrekking tot hetgeen zich binnen het territorium moet bevinden. Bovendien is er in casu wel degelijk een territoriale band met Nederland aanwezig, door (alleen al) de statutaire vestigingsplaats in Nederland. Daarmee is aan de opvatting in de literatuur dat voor de toepasselijkheid van de voorrangregels op het terrein van het arbeidsrecht praktisch steeds een bepaalde 'territoriale' betrokkenheid met de Nederlandse rechtsfeer moet bestaan, tegemoetgekomen.¹¹ Bovendien wordt in de literatuur verdedigd dat deze 'vage scope

rule' voor elke regeling apart kan worden geconcretiseerd.¹² Die concretisering vindt in casu plaats in het verplichtstellingsbesluit voor het Beroepsvervoer.

3. Tot slot een derde argument. Bij de beoordeling van het voorrangskarakter moet men vooral ook niet het zwaarwegend bovenindividueel belang van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds uitvlakken. Misschien is dit juist wel het meest overtuigende argument. De term voorrangregel dekt immers voorschriften die ingrijpen in de privaatrechtelijke verhoudingen ter wille van een groter belang dan dat van de direct betrokkenen.¹³ Het betreft hier bovenindividuele belangen. Daarbij kan het gaan om zwaarwegende sociaaleconomische, culturele of politieke belangen.¹⁴ Juist dit bovenindividuele belang levert zowel in de literatuur¹⁵ als in de jurisprudentie¹⁶ voor de algemeen verbindend verklaarde cao de conclusie van een voorrangregel op. Wat zou het bovenindividuele belang bij een verbindend verklaarde cao dan kunnen zijn? Door verbindendverklaring wordt de concurrentie tussen werknemers onderling aan banden gelegd en tevens voorkomen dat werkgevers onderling concurreren middels de arbeidsvoorwaarden van hun personeel. Het uiteindelijke doel daarvan is ondersteuning van het collectieve overleg als zodanig. De verbindend verklaarde cao-bepalingen zouden in beginsel van toepassing moeten zijn als dit belang in het geding is. Het is aan sociale partners om door middel van de (sociaaleconomische en/of territoriale) reikwijdte te bepalen wanneer dit belang in het geding is.
4. Vreemde eend in de bijt is het arrest van 20 september 2005 van het Hof 's-Hertogenbosch. Het Hof volstaat in dit arrest met de opmerking dat 'de algemeen verbindendverklaring van de cao als daad van materiële wetgeving in beginsel geen werking in het buitenland heeft'.¹⁷ Het ontgaat mij, op basis van deze

8. Art. 26 Wet Bpf.

9. Art. 17 Wet Bpf.

10. HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 549 en 27 oktober 1995, *NJ* 1996, 257. Zie ook: A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss. UvA), Den Haag: Sdu 2000.

11. Asser Serie 10-I, *Internationaal privaatrecht, algemeen deel IPR*, p. 421.

12. Asser Serie 10-I, *Internationaal privaatrecht, algemeen deel IPR*, p. 421.

13. Asser Serie 10-I, *Internationaal privaatrecht, algemeen deel IPR*, p. 176.

14. Zie o.a. HvJ EG 23 november 1999, gevoegde zaken nr. C-369/96 en C-374/96, *Jur.* 1999, p. I-8453, *NJ* 2000/251 (*Arblade*), *Revue critique* 2000, p. 710, bevestigd in HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-319/06, *NJ* 2008/458.

15. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers: Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht, en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn*, diss. Den Haag: SDU Uitgeverij, 2000, p. 454. Zie ook J.C.M.G. Bloemarts, 'De werking van de CAO ten aanzien van grensoverschrijdende arbeid in Nederland', *SR* 2004, nr. 5, p. 186.

16. Ktr. Amsterdam 27 november 1989, *NJ* 1991, 143, *NIPR* 1991, 183 en Ktr. Den Haag 4 maart 1986, *NIPR* 1987, 127.

17. Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2005, *JAR* 2006, 48.

beperkte motivering, echter volledig hoe het Hof tot dit oordeel heeft kunnen komen. In ieder geval kan het bestaan van materiële wetgeving in plaats van formele wetgeving deze conclusie niet dragen. Ook materiële wetgeving, zoals bijvoorbeeld art. 6 BBA, kan immers een voorrangregel zijn. Art. 7 EVO hanteert juist het begrip 'recht' in plaats van 'wet'. Het lijkt er, getuige de (beperkte) standpunten die in het geding gebracht zijn, op dat het aspect van het voorrangskarakter onvoldoende of zelfs helemaal niet voor het voetlicht gebracht is. Het arrest van het Hof zou naar mijn overtuiging dus niet bepalend mogen zijn.

Kan het bovenstaande bovenindividuele belang ook worden ingepast in de pensioensystematiek van de verplichtstellingsbesluiten? Mijns inziens zonder meer. Een gelijkkluidende arbeidsvoorwaarde pensioen voor alle werknemers binnen een bepaalde bedrijfstak heft eventuele concurrentie tussen ongeorganiseerde en georganiseerde werkgevers op. Daar lijkt mij de arbeidsvoorwaarde pensioen belangrijk genoeg voor, wellicht zelfs belangrijker dan menig arbeidsvoorwaarde in een algemeen verbindend verklaarde cao. Niet alleen omdat de premiebedragen veelal behoorlijk zijn, maar bovenal omdat pensioenregelingen naar hun aard verstrekking en langdurige gevolgen met zich brengen. De Sociaal Economische Raad (SER) heeft deze belangen in zijn advies over het kabinetsvoorstel tot wijziging van de Wet Bpf eveneens voor het voetlicht gebracht.¹⁸ In dat advies noemt de SER dat de verplichte deelneming voor zowel georganiseerde als niet-georganiseerde werknemers in lijn is met de doelstelling van de Wet Bpf terzake van het tegengaan van concurrentie op de arbeidsvoorwaarden. De SER noemt de Wet Bpf daarbij in één adem met de Wet AVV.

Daar komt specifiek voor pensioen zelfs een aantal aanvullende argumenten bij, zoals het argument van de collectiviteit en solidariteit. In de parlementaire behandeling is uitvoerig stilgestaan bij de pijlers van de verplichte deelneming: de collectiviteit en solidariteit.¹⁹ Om deze pijlers nog meer te onderstrepen, heeft de wetgever zelfs het vereiste van de doorsneepremie geïntroduceerd.²⁰ De wetgever onderstreept tevens de bijdrage van de verplichtstelling aan de beperking van het aantal witte en grijze vlekken. De wetgever is van mening dat de bedrijfstakbrede solidariteit, die met een verplichtstelling bevorderd kan worden, voldoende rechtvaardiging biedt voor het ontbreken van volledige marktwerking in de tweede pijler.²¹

Ook het Hof van Justitie kent aan het bedrijfstakpensioenfonds een bijzondere, sociale, taak toe,²² in een drietal kwesties waarin de vraag centraal stond of de verplichtstelling van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds al dan niet in strijd is met de Europese mededingingsregels. Het Hof heeft daarbij aangegeven dat de collectiviteit en solidariteit in een regeling van een bedrijfstakpensioenfonds mede een rechtvaardiging vormt voor het toekennen van een uitsluitend recht aan een bedrijfstakpensioenfonds voor de uitvoering van een pensioenregeling in een bedrijfstak. Anders geformuleerd: zonder het systeem van de collectiviteit en solidariteit (doorsneepremie) zouden de bedrijfstakpensioenfondsen zowel in Nederlandse

als Europese context mogelijk niet eens bestaansrecht hebben. De werknemers die onder de reikwijdtebepaling van een verplichtstellingsbesluit vallen, vormen dus een collectief. Zij kunnen en mogen niet geweigerd worden door het bedrijfstakpensioenfonds en evenmin mag er onderscheid gemaakt worden in de premiehantering. Zou een fonds de mogelijkheid krijgen om nota bene geheel tegen de scope-bepaling in bepaalde groepen werknemers – bijvoorbeeld op grond van nationaliteit – toch te weigeren, dan wordt juist het systeem van collectiviteit en solidariteit om zeep geholpen. Er zou dan zelfs risico-selectie kunnen ontstaan.

Kortom: voor zover de Engelse chauffeurs binnen het door de scope-rule afgebakende toepassingsgebied vallen, vindt het verplichtstellingsbesluit toepassing, ook al is (zoals eventueel in dit geval) vreemd recht krachtens de verwijzingsregel van toepassing.²³ Het betreft hier immers een voorrangregel. Het voorgaande brengt mij terug naar de eerder genoemde overweging van het Hof in punt zes van het arrest. Bedoelde het Hof dan dus te zeggen dat een verplichtstellingsbesluit *in beginsel* een voorrangregel is, maar deze voorrangregel *in casu* geen gelding kan pretenderen vanwege het ontbreken van een scope-rule? Dat sluit ik niet uit. Alleen de gevolgtrekking door het Hof klopt ook dan niet, omdat (1) de scope-rule juist wel is opgenomen in het verplichtstellingsbesluit voor het beroepsvervoer en (2) een scope-rule zelfs ook een ongeschreven regel zou kunnen zijn²⁴, waardoor een voorrangregel alsnog gelding zou kunnen pretenderen. In ieder geval hoeft Post Kogeko het niet van een ongeschreven regel te hebben, nu het verplichtstellingsbesluit wel degelijk een scope rule formuleert. De voorrangregel had dus gelding jegens de Engelse chauffeurs gelding moeten pretenderen.

5.3 Voldoende territoriale betrokkenheid?

Ik kan mij indenken dat de door mij bepleite verplichte deelneming in internationale situaties vragen oproept, zeker daar waar een onderneming – bijvoorbeeld vanwege een fiscaal gunstig klimaat – in Nederland (statutair) gevestigd is, maar verder eigenlijk niets met Nederland van doen heeft. Er is dan weliswaar mogelijk voldaan aan de scope-rule in het betreffende verplichtstellingsbesluit, maar de territoriale betrokkenheid met Nederland is minimaal. De belangen van de verplichte deelneming, zoals het tegengaan van concurren-

18. Advies SER 1999/07.

19. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 073, nr. 3, p. 4.

20. Art. 8 Wet Bpf.

21. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 073, nr. 3, p. 1.

22. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfondsen Textiel-industrie*; gevoegde zaken C-115-117/97, *Brentjens, Handels-onderneming BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfondsen voor de Handel in Bouwmaterialen* en zaak C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV tegen Stichting Pensioenfondsen voor de Vervoer- en Havenbedrijven*.

23. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, p. 69-70, tiende druk.

24. Asser Serie 10-I, *internationaal privaatrecht, algemeen deel IPR*, p. 409.

tie binnen die bedrijfstak en het voorkomen van witte vlekken, lijken niet in het gedrang. Een nuance zou dan wellicht op zijn plaats zijn, doch niet bij de kwalificatie voorrangregel, maar bij de uitleg dan wel toepassing van de scope. Ik leg daarvoor een parallel naar het verplichtstellingsbesluit voor het Beroepsvervoer. De statutaire vestigingsplaats van de werkgever is Nederland, dus aan de scope-rule in het verplichtstellingsbesluit voor het Beroepsvervoer is voldaan bij een in Nederland gevestigde vervoersonderneming. Maar wat nu indien de meeste werknemers buiten Nederland werkzaam zijn? Verlangt de Wet Bpf dan niet toch een verdergaande territoriale betrokkenheid? Zou er al enige aanleiding bestaan om een ongeschreven scope-rule in de Wet Bpf aan te nemen, dan ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij het hoofdzakcriterium: is de onderneming binnen de betreffende bedrijfstak in hoofdzaak actief in Nederland? Met andere woorden: betreft het hier een onderneming die in hoofdzaak binnen de *Nederlandse* bedrijfstak opereert? Ik ga dan dus uit van de collectieve benadering (waar werkt de onderneming in hoofdzaak?) en niet van de individuele benadering, niet van belang is dus waar de individuele werknemer in hoofdzaak werkt. Deze benadering is naar mijn mening het meest zuiver binnen de systematiek van de Wet Bpf. In die systematiek wijzen representatieve sociale partners immers een bedrijfstak aan, waarna alle werkzame personen in die bedrijfstak (of groepen daarvan) aan een verplichte deelneming zijn onderworpen. Die bedrijfstak moet door sociale partners geduid worden met een beschrijving van de bedrijfsactiviteiten.²⁵ Het collectieve element blijkt ook uit het hoofdzakcriterium dat vaak terugkomt in een verplichtstellingsbesluit. Dit criterium is van belang, omdat binnen een onderneming niet alle werknemers zich direct met de bedrijfsactiviteit binnen die bedrijfstak bezighouden (overhead). Of omdat een onderneming zich soms op meerdere bedrijfsactiviteiten richt.

Ik heb mijzelf voorts de vraag gesteld of niet tevens de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland – zoals ook geldt bij het BBA – betrokken moeten zijn, alvorens het verplichtstellingsbesluit in een internationale situatie binnen de scope te brengen. Bij het BBA wordt deze ongeschreven scope-rule veelal toegepast, zoals recent nog het Gerechtshof Amsterdam gedaan heeft.²⁶ Voor die concrete toepassing zie ik bij verplichte deelnemingen echter geen aanleiding. Anders dan onder het BBA kent het verplichtstellingsbesluit namelijk wel een geschreven scope-rule. Juist door het ontbreken van een geschreven scope-rule, is in de rechtspraak voor het BBA een ongeschreven scope-rule geformuleerd, aan de hand van de achtergrond en (daarmee) de beschermingsgedachte van het BBA. Die achtergrond van het BBA is geenszins vergelijkbaar met of toepasbaar op die van het verplichtstellingsbesluit.

Ik illustreer het bovenstaande aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een Nederlandse onderneming met bijvoorbeeld 1000 werknemers uiteindelijk 450 werknemers in het buitenland werkzaamheden laat verrichten en die 450 werknemers niet hoeven deel te nemen in het bedrijfstakpensioenfonds. De doelstellingen van de verplichte deelneming komen dan evident in het gedrang en staan in geen verhouding tot een eventueel nadelig gevolg voor een individuele buitenlandse werknemer. Daarmee is de toets aan het zogenoemde gevolgcriterium zoals verwoord in het rapport bij het EVO-Verdrag volstaan.²⁷ Natuurlijk, de situatie kan zich ook voordoen dat een werknemer slechts 10 van de 1000

werknemers in het buitenland werkzaamheden laat verrichten. Komen de doelstellingen dan nog steeds in het gedrang als geen verplichte deelneming wordt aangenomen en hoe wegen die dan op tegen een eventueel nadeel voor een individuele deelnemer bij een verplichte deelneming? Voor de beantwoording van de voorvraag – of het verplichtstellingsbesluit een voorrangregel is – zou het antwoord hierop echter naar mijn mening niet mogen uitmaken. Daar gaat het immers om de bovenindividuele belangen die het wettelijke systeem van een verplichte deelneming als zodanig dienen en de gevolgen van een verplichte deelneming als zodanig. Eerst bij de beoordeling van de scope-rule, toegepast op de individuele situatie, kunnen deze specifieke omstandigheden (anders dan de statutaire vestigingsplaats) een rol spelen, althans (uitsluitend) voor zover je een ongeschreven scope-rule bij de Wet Bpf en/of het verplichtstellingsbesluit aanneemt. Door toepassing van deze ongeschreven scope-rule zijn de nadelige gevolgen van de kwalificatie van het verplichtstellingsbesluit als voorrangregel, in veel gevallen te overzien.

Een nuance die ziet op de uitleg van de scope-rule, derhalve of de specifieke situatie valt onder het bereik van de voorrangregel, is dus op zijn plaats. Voor een nuance die ziet op de kwalificatie of het verplichtstellingsbesluit al dan niet een voorrangregel is, zie ik minder aanleiding. Ik realiseer mij dat het begrip ‘bepalingen van bijzonder dwingend recht’ terughoudend dient te worden gebezigd,²⁸ maar ook met die terughoudende bril op blijven de bovenindividuele belangen van een verplichte deelneming prominent aanwezig. Het enkele feit voorts dat een kwalificatie als voorrangregel een discussie over een (vermeende) schending van het vrij verkeer van werknemers²⁹ kan doen oplaaien, maakt mijn inschatting evenmin anders. Het Hof van Justitie zal hiermee in ieder geval uiterst omzichtig te werk gaan, omdat bij een oordeel dat sprake is van schending van het vrij verkeer lidstaten de facto gedwongen worden hun verplichtingen uit het EVO-Verdrag te schenden.³⁰

5.4 Aanwijzingsregels

Doordat het Hof aan het verplichtstellingsbesluit geen gelding pretendeerde, ontstond alsnog de vraag of de arbeid gewoonlijk in Nederland verricht wordt, met het oog op de aanwijzingsregels van art. 6 EVO. Eerst dan (derhalve bij de overwegingen bij grief 2 tot en met 5) kan ik het Hof weer in grote lijnen volgen. Zeker in het licht van recente jurisprudentie kan ik mij goed indenken dat het Hof niet het Nederlandse, maar het Engelse recht als het toepasselijke recht aanwees.³¹ Tomeij spreekt in zijn noot bij het arrest van een logische uitkomst.³² De bij die conclusie behorende analyse

25. Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

26. Hof Amsterdam, 6 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1635.

27. Toelichtend rapport van M. Guliano & P. Lagarde, *PbEG C* 282, 31 oktober 1980.

28. Paragraaf 37 Rome I-Verordening.

29. Art. 45 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

30. F.G. Laagland, Grenzeloze problemen bij grensoverschrijdende arbeid, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012 (11) 3.

31. HvJ EU, 15 maart 2011, *RAR* 2011, 174 en Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, *RAR* 2013/160.

32. *PJ* 2013/200.

spitst zich echter uitsluitend toe op de aanwijzingsregels van art. 6 EVO. In het slot van de noot stelt Tomeij de vraag of een duidelijkere reikwijdtebepaling in het verplichtstellingsbesluit tot een ander resultaat had kunnen leiden, dus of de rechtsbetrekking met de buitenlandse medewerkers alsnog beheerst kan worden door het Nederlandse recht. Hiervoor refereert Tomeij aan rechtsoverweging 6 van het Hof, welke overweging ik in paragraaf 5.1 uitvoerig geanalyseerd heb. Tomeij beantwoordt deze vraag echter niet in de context van de voorrangregel (art. 7 EVO-Verdrag), maar (slechts) in de context van de exceptie-regel (art. 6 lid 2 EVO-Verdrag). Tomeij overweegt in dit verband het navolgende:

‘Het enkele feit dat de verplichtstelling volgens de formulering in het verplichtstellingsbesluit dan zou gelden voor deze “buitenlandse” werknemers, zal in het kader van de exceptieregel van artikel 6 lid 2 (slot) EVO in deze zaak geen op zichzelf staande en doorslaggevende betekenis kunnen hebben om een nauwere band met Nederland aan te nemen. (...) Ook indien zo’n bepaling wel was opgenomen, zou het resultaat hetzelfde zijn: de verplichtstelling zal niet gelden, omdat ingevolge het EVO niet het Nederlandse recht maar het recht van het Verenigd Koninkrijk van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Het EVO bevat dwingende aanwijzingsregels, die niet door een nationale werkingsfeerbepaling opzij gezet kunnen worden.’

Tomeij plaatst mijns inziens overweging 6 van het Hof ten onrechte binnen de context van de exceptieregel van art. 6 lid 2 EVO-Verdrag. Ook het Hof zal geweten hebben dat een dwingende aanwijzingsregel niet door een nationale werkingsfeerbepaling opzij gezet kan worden. Binnen het leerstuk van de voorrangregel is daarentegen niet relevant dat het recht van het Verenigd Koninkrijk van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Juist daarom ligt het veel meer voor de hand om de overweging van het Hof binnen de context van de voorrangregel te plaatsen. Aan dat voorrangskarakter wordt in de noot geen aandacht besteed. Zou dat wel zijn gebeurd, dan had de conclusie moeten zijn dat bij een (nog) duidelijke(re) reikwijdtebepaling in het verplichtstellingsbesluit de verplichtstelling ook voor de Engelse werknemers had moeten gelden.

In de noot van Van Marwijk Kooy bij de uitspraak in eerste aanleg wordt overigens wel (kort) aandacht besteed aan het leerstuk van de voorrangregel.³³ Van Marwijk Kooy lijkt in overweging 4 en 5 van zijn noot te ondersteunen dat de Wet Bpf een voorrangregel vormt in de zin van art. 7 EVO-Verdrag. Tegelijkertijd echter noemt Van Marwijk Kooy dat die kwalificatie in onderhavige kwestie relevantie mist, nu de Nederlandse openbare orde niet in het geding zou zijn. Die redenering vind ik discutabel. In het voorgaande heb ik toegelicht dat het bovenindividuele belang aanwezig is. Bovendien heeft onderhavige kwestie een territoriaal aanknopingspunt met Nederland (statutaire vestigingsplaats in Nederland), nota bene een aanknopingspunt dat expliciet beschreven staat in het verplichtstellingsbesluit. Dat de Engelse werknemers niet (in hoofdzaak) werkzaamheden in Nederland verrichten, maakt mijn inschatting niet anders. De beoordeling van het werkland moet – zeker in de (collectieve) benadering van art. 7 EVO-Verdrag – niet vanuit het individu onderzocht worden, maar vanuit het collec-

tief. Vanwege de systematiek van de Wet Bpf en het verplichtstellingsbesluit (collectiviteit en solidariteit) – waarin immers doorslaggevend is of in hoofdzaak in de bedrijfstak gewerkt wordt en vervolgens alle werknemers in die bedrijfstak verplicht deelnemer worden – ligt het veel meer voor de hand om het werkland vanuit het collectief te onderzoeken en derhalve niet vanuit het individu. Het grootste deel van het personeel van Post Kogeko is gewoonlijk in Nederland werkzaam. Dus niet alleen de statutaire vestigingsplaats vormt de aanknopingspunt met Nederland, maar ook het gewone werkland van het collectief. Aan zowel de expliciete scope-rule (statutaire vestigingsplaats in Nederland) als aan de – met het oog op de Nederlandse openbare orde – ‘afgeleide’ ongeschreven scope rule (Nederland als collectief werkland) is dus voldaan. Het bestaan van een voorrangregel mist naar mijn overtuiging dus (juist) geen relevantie.

6. Tot slot

Doordat het bedrijfstakpensioenfonds in deze zaak in het gelijk is gesteld, lijkt de conclusie dat fondsen zich in internationale situaties veilig(er) kunnen wanen, op de loer te liggen. Deze conclusie zou ik echter juist niet willen trekken! Het arrest van het Hof roept eerder (meer) vraagtekens op dan dat het duidelijkheid creëert, met name daar waar het de vraag betreft of een verplichtstellingsbesluit als voorrangregel kwalificeert. Het Hof beantwoordt deze vraag weliswaar niet ontkennend, maar een volmondige erkenning kan ik helaas ook niet uit de overwegingen van het Hof opmaken. Desalniettemin meen ik, na bovenstaande grondige analyse van het arrest, dat een fonds meer munitie in handen heeft om aan een verplichtstellingsbesluit een voorrangskarakter toe te bedelen. Nog meer dan bij algemeen verbindend verklaarde cao’s is bij een verplichtstellingsbesluit voor pensioen sprake van een bovenindividueel belang. Bovendien wordt met het verplichtstellingsbesluit voor het Beroepsvervoer tegemoet gekomen aan de opvatting in de literatuur dat in het algemeen wordt aangenomen dat een voorrangregel alleen dan van toepassing is als er een zekere objectieve geografische betrokkenheid bestaat met de rechtsorde waartoe deze voorrangregel behoort. Deze aanknopingspunt kan in casu (juist) eenvoudig territoriaal worden bepaald, nu bijvoorbeeld het besluit voor het Beroepsvervoer expliciet een territoriaal aanknopingspunt formuleert waaraan voldaan is (statutaire vestigingsplaats werkgever). Het verplichtstellingsbesluit had dientengevolge buiten het bereik van de ‘gewone’ aanwijzingsregels van (o.a.) art. 6 EVO moeten vallen.

Zou het pensioenfonds voor het Beroepsvervoer zich ontevreden hebben gesteld met het arrest van het Hof? Dat betwijfel ik. Het fonds zal met name behoefte hebben gehad aan duidelijkheid. Die behoefte aan duidelijkheid valt door de ontwikkelingen in de rechtspraak zeer wel te verklaren. Zo bepaalde de Hoge Raad in 2012 dat de inschrijving als deelnemer een louter administratief karakter heeft.³⁴ De aansluitplicht vloeit rechtstreeks voort uit een verplichtstellingsbesluit, niet uit een (administratieve) handeling. Consequen-

33. *PJ* 2011/137.

34. HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 93.

tie is dat ook de niet-aangemelde werknemers een verplichte deelneming met terugwerkende kracht bij het fonds kunnen claimen. Dat kan zelfs teruggaan tot het moment dat het verplichtstellingsbesluit van toepassing is. Het maakt daarbij niet uit of de werkgever heeft nagelaten pensioenpremies te voldoen. Indachtig deze behoefte aan duidelijkheid, in plaats van de behoefte de Engelse chauffeurs daadwerkelijk aangemeld te krijgen, lijkt een verklaring te zijn gegeven voor het gebrek aan aandacht voor het aspect van de voorrangsregel in de hoger beroep procedure.

Terugkomend op de vraag: wanneer passeer je de 'grens' van verplichte deelneming? Het dunkt mij dat die grens gepasseerd is bij het bereiken van het (expliciet omschreven) territoriale aanknopingspunt (statutaire vestigingsplaats in Nederland), zoals bij het beroepsvervoer. In het geval van Post Kogeko komt daar nog eens bij dat de onderneming in hoofdzaak in de Nederlandse bedrijfstak actief is waardoor ook aan het eventuele sociaaleconomische aanknopingspunt tegemoet lijkt te zijn gekomen. In dat geval is de discussie over het bestaan van een voorrangsregel nog eenvoudiger te voeren dan wanneer een territoriale scope-rule in het verplichtstellingsbesluit zou ontbreken en/of het een onderneming betreft die weliswaar in Nederland (statutair) gevestigd is, maar in hoofdzaak activiteiten buiten Nederland verricht. Ik verheug me in ieder geval nu al op nieuwe jurisprudentie waarin het (voorrangs)karakter van het verplichtstellingsbesluit alsnog aan de hand van de specifieke pensioenmerites beoordeeld gaat worden. In cao-land bij is de jurisprudentie op dit punt nog steeds relatief schaars, maar in pensioenland loopt men daarin nog meer achter. Dat terwijl dit vraagstuk in pensioenland – waar werkgevers en fondsen (vooraf) behoefte hebben aan duidelijkheid over een eventuele verplichte deelneming – juist schreeuwt om een fundamentele, verhelderende uitspraak.