

# VU Research Portal

## Hoge Raad 23 juni 2023, Verplichtstellingsbesluit; Rechtskeuze; Dwingendrechtelijke bepalingen

Eleveld, Anja

2023

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Eleveld, A., (2023). *Hoge Raad 23 juni 2023, Verplichtstellingsbesluit; Rechtskeuze; Dwingendrechtelijke bepalingen*, No. JAR 2023/194, (Jurisprudentie Arbeidsrecht).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

### 3. *Beslissing*

De Hoge Raad:

– verwerpt het principale beroep;  
– veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster 1] begroot op € 857,-- aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan, en aan de zijde van Attero begroot op € 857,-- aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

194

#### **Concrete vergelijking beschermingsniveaus bij toepassen objectief toepasselijk recht**

Hoge Raad  
23 juni 2023, nr. 22/00636,  
ECLI:NL:HR:2023:969  
(mr. Polak, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma,  
mr. Makkink, mr. Teuben)  
(Concl. A-G Drijber)  
Noot mr. dr. A. Eleveld

#### **Verplichtstellingsbesluit. Rechtskeuze. Dwingendrechtelijke bepalingen.**

[Verordening (EG) nr. 593/2008 art. 8;  
Pw art. 97 lid 2; Wet Bpf 2000 art. 2, 21 lid 1]

*De werkgever, gevestigd in Luxemburg, stelt in de periode 2012-2017 ruim 500 Poolse werknemers als slachter ter beschikking aan Nederlandse ondernemingen in de versvlees- en vleesbewerkende industrie. Volgens het Bedrijfstakpensioenfonds voor Vlees, Vleeswaren, Gemaksvoeding en Pluimveevlees (VLEP) valt de werkgever in de periode 2012-2017 onder de werkingsfeer van het Verplichtstellingsbesluit. VLEP stuurt hierom premienota's aan de werkgever. De werkgever laat*

*de nota's onbetaald waarop VLEP een dwangbevel ex art. 21 lid 1 Wet Bpf 2000 uitvaardigt tegen de werkgever. De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever pensioenpremies is verschuldigd («JAR» 2019/157, m.nt. Van Schadewijk). Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter en overweegt dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van dwingend Nederlands recht, waaronder de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit («JAR» 2022/13, m.nt. Eleveld). Het cassatiemiddel houdt in de kern in dat het hof een concrete vergelijking had moeten uitvoeren tussen het niveau van bescherming bij gebreke van een rechtskeuze (Nederland) en het niveau van bescherming van het door partijen gekozen recht (Luxemburg).*

*De Hoge Raad brengt in herinnering dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen (art. 8 lid 1 jo. art. 3 Verordening Rome I). Die keuze mag er echter niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het objectief toepasselijk recht. Uit het arrest Gruber Logistics («JAR» 2021/248) volgt dat een nationale rechter eerst het recht aan moet wijzen dat bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest en moet bepalen van welke regels niet mag worden afgeweken. Een rechter moet vervolgens het niveau van bescherming dat aan de werknemer op grond van dit objectief toepasselijk recht geboden wordt, vergelijken met dat van het door de partijen gekozen recht. Als het beschermingsniveau van het objectief toepasselijk recht hoger ligt, moeten die regels worden toegepast. Het hof heeft nagelaten te onderzoeken of het beschermingsniveau van het objectief toepasselijk (Nederlands) recht hoger ligt dan dat van het door partijen gekozen (Luxemburgs) recht. Het arrest van het hof wordt vernietigd en het geding wordt doorverwezen naar een ander hof voor verdere behandeling.*

*NB. In het arrest Gruber Logistic besliste het Hof dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijk recht alleen van toepassing zijn als deze bepalingen een ruimere bescherming bieden (zie naast «JAR» 2021/248 ook NJ 2021/373, m.nt. Strikwerda). Een vraag die opkomt is op welk niveau de vergelijking moet plaatsvinden. Dit kan heel abstract (hele arbeidsrechtssysteem),*

meer concreet (op het niveau van een specifieke regeling, zoals ziekte of opzegging) of heel specifiek (op het niveau van een bepaling, zoals de bepaling over loondoorbetaling bij ziekte of opzegtermijnen). Zie Van Hoek, *T&C Arbeidsrecht 2023*, commentaar op art. 8 Verordening Rome I. De algemene lijn in de literatuur lijkt te zijn dat een vergelijking op het niveau van een specifieke regeling het meest voor de hand ligt, maar nadere rechtspraak is nodig om hierover definitief zekerheid te krijgen.

Presta Meat S.A. te Bettembourg, Luxemburg, eiseres tot cassatie,  
hierna: Presta,  
advocaat: T. van Malssen,  
tegen  
Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor Vlees, Vleeswaren, Gemaksvoeding en Pluimveevlees te Den Haag,  
verweerster in cassatie,  
hierna: VLEP,  
advocaat: A.H.M. van den Steenhoven.

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Drijber)

#### 1. Inleiding

Deze zaak gaat over de vraag of in Nederland werkzame werknemers van Presta vallen onder de pensioenregeling die wordt uitgevoerd door VLEP. Zo ja, dan moet Presta voor die werknemers pensioenpremies afdragen aan VLEP. Het antwoord op die vraag hangt af van het toepasselijke recht. Partijen hebben in de arbeidsovereenkomsten een rechtskeuze gedaan voor Luxemburgs recht. Op grond van art. 8 lid 1 van de Rome I-verordening (hierna: *Rome I*)<sup>1</sup> mag de werknemer als gevolg van een rechtskeuze echter niet de bescherming verliezen die hij geniet op grond van dwingende bepalingen uit het recht dat van toepassing zou zijn als geen rechtskeuze was gemaakt. In cassatie ligt de vraag voor of dit betekent dat op basis van een vergelijking moet worden bepaald welk recht de werknemer de meeste bescherming biedt, om vervolgens dat

recht toe te passen. Presta klaagt er in cassatie over dat het hof deze vergelijking niet heeft gemaakt, terwijl het hof gelet op het arrest *Gruber Logistics*<sup>2</sup> daar wel toe gehouden was. Die klacht is mijns inziens terecht voorgesteld.

#### 2. Feiten

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>3</sup>

2.1.1. Presta is een in Luxemburg gevestigde onderneming die overeenkomsten van opdracht sluit met opdrachtgevers in diverse EU-landen. Daarbij verbindt zij zich tot het uitvoeren van arbeid ten behoeve van de verwerking van vlees en vleesproducten. Ter uitvoering van deze overeenkomsten van opdracht stelt zij werknemers van verschillende nationaliteiten tewerk in de versvlees- en vleesbewerkende industrie.

2.1.2. VLEP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: *Wet Bpf 2000*). Bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 juni 2013, *Stcrt.* 2013, nr. 15217 (hierna: het *Verplichtstellingsbesluit*)<sup>4</sup> is deelneming voor de betrokken bedrijfstak verplicht gesteld, ook voor ondernemingen die zich niet bij de cao hebben aangesloten.

2.1.3. Presta heeft in de periode 2012 tot 2017 werknemers ter beschikking gesteld aan, en laten werken in, Nederlandse ondernemingen in de versvlees- en vleesbewerkende industrie (hierna: de *Werknemers*).

2.1.4. VLEP stelt zich op het standpunt dat Presta in de periode 2012 tot 2017, wat de Werknemers betreft, onder de werkingsfeer van het Verplichtstellingsbesluit voel. VLEP heeft ambtshalve premienota's aan Presta gestuurd, welke onbetaald zijn gelaten. VLEP heeft daarop een dwangbevel tegen Presta uitgevaardigd.

1 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6.

2 HvJ EU 15 juli 2021, C-152/20 en C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600 (*SC Gruber Logistics*).

3 Vgl. het arrest van het hof onder 2.1-2.2 en het vonnis van de kantonrechter onder 2.

4 Het Verplichtstellingsbesluit is nadien gewijzigd, laatstelijk op 31 maart 2022 (*Stcrt.* 2022, nr. 5120).

### 3. Procesverloop

#### Eerste aanleg

3.1. VLEP heeft op 16 januari 2018 op voet van art. 21 lid 1 Wet Bpf 2000 een dwangbevel tegen Presta doen uitvaardigen en daarin betaling van € 1.779.649,86 gevorderd aan achterstallige pensioenpremies, rente, een boete en kosten.

3.2. Presta heeft VLEP op 12 februari 2018 gedagvaard voor de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht. Met die dagvaarding is zij in verzet gekomen tegen het dwangbevel. De vorderingen van Presta strekten er toe *primair* het verzet tegen het dwangbevel gegrond te verklaren en het dwangbevel buiten effect te stellen, en *subsidiair* de hoogte van de bedragen te beperken.

3.3. VLEP heeft in reconventie gevorderd, samengetvat, (i) te verklaren voor recht dat Presta onder de werkingsfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt en verplicht is de verschuldigde pensioenpremies te betalen, (ii) Presta te veroordelen tot nakoming van diverse uit de verplichtstelling voortvloeiende verplichtingen, en (iii) Presta te veroordelen tot betaling van het in het dwangbevel gevorderde bedrag plus rente.<sup>5</sup>

3.4. Bij vonnis van 22 mei 2019<sup>6</sup> heeft de kantonrechter de vorderingen in conventie afgewezen, en de vorderingen in reconventie toegewezen, met uitzondering van de gevorderde verklaringen voor recht.

#### Hoger beroep

3.5. Presta is op 19 augustus 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter bij het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem (hierna: het *hof*). Presta heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot toewijzing van haar vorderingen, die zij heeft gewijzigd. Haar vorderingen strekken er toe, voor zover in cassatie nog van belang, het verzet alsnog gegrond te verklaren en het dwangbevel buiten effect te stellen, alsmede VLEP te veroordelen tot (medewerking bij) ongedaanmaking van wat Presta reeds ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft gedaan.

3.6. VLEP heeft verweer gevoerd.

3.7. Het hof heeft op 30 november 2021 arrest<sup>7</sup> gewezen (hierna: het *arrest*). Ik vat de overwegingen die in cassatie van belang zijn, kort samen.

3.7.1. In rov. 2.11-2.24 beoordeelt het hof wat het toepasselijke recht is op de arbeidsrelatie tussen de Werknemers en Presta.

3.7.2. Eerst schetst het hof het juridisch kader, in het bijzonder art. 8 Rome I (rov. 2.11-2.12).

3.7.3. Vervolgens past het hof art. 8 Rome I toe op de positie van de Werknemers. Het hof begint met de vaststelling dat de arbeidsovereenkomsten van de Werknemers een rechtskeuze voor Luxemburgs recht bevatten als bedoeld in art. 8 lid 1 Rome I (rov. 2.14).

3.7.4. Dan beoordeelt het hof wat het 'gewoonlijk' werkland is in de zin van art. 8 lid 2 Rome I. Het komt tot de conclusie dat Nederland het gewoonlijk werkland van de Werknemers is (rov. 2.15-2.21).

3.7.5. Vervolgens bespreekt het hof art. 8 lid 4 Rome I en beoordeelt het of er factoren zijn die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan het gewoonlijk werkland. Het hof concludeert dat er weliswaar factoren zijn die in de richting van Luxemburg wijzen, maar dat deze onvoldoende gewicht in de schaal leggen om toepassing te geven aan art. 8 lid 4 Rome I (rov. 2.22-2.23).

3.7.6. Het hof concludeert dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers dus niet de bescherming kunnen verliezen van dwingend Nederlands recht. Daartoe behoren ook de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit (rov. 2.24).

7 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11021, JAR 2022/13, m.nt. A. Eleveld. Het hof heeft dezelfde dag arrest gewezen in geschillen tussen VLEP en (i) Intermeat Services S.A. (ECLI:NL:GHARL:2021:11023), (ii) Mahevia S.A. (ECLI:NL:GHARL:2021:11029) en (iii) Lema Slovakia S.R.O. (ECLI:NL:GHARL:2021:11015). In al deze zaken staat centraal de vraag of door VLEP aangeschreven inleenbedrijven die werknemers tewerkstellen in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie in Nederland, onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit vallen. Deze andere arresten komen grotendeels overeen met het in deze zaak bestreden arrest. Alleen in deze zaak is cassatieberoep ingesteld.

5 Vgl. rov. 3.9 van het vonnis van de kantonrechter.

6 Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, JAR 2019/157, m.nt. M.A.N. van Schadewijk.

3.7.7. Het hof beoordeelt vervolgens of Presta onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit valt. Het hof schetst het juridisch kader voor de uitleg van dat besluit (rov. 2.28).

3.7.8. Vervolgens geeft het hof een uitleg van het begrip ‘inleenbedrijf’ uit het Verplichtstellingsbesluit. Het hof concludeert dat Presta als zodanig is aan te merken en dat zij daarom onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt (rov. 2.29-2.30).

3.7.9. Daarna verwerpt het hof het verweer van Presta dat zij op grond van art. 97 lid 2 Pensioenwet (Pw) is vrijgesteld van de verplichting pensioenpremies te betalen (rov. 2.31-2.33).

3.7.10. Tot slot verwerpt het hof het argument van Presta dat verplichte deelname aan de pensioenregeling van VLEP een belemmering van het vrij verkeer van diensten oplevert, in strijd met art. 56 VWEU (rov. 2.41-2.42).

3.8. Het hof concludeert dat het hoger beroep faalt en bekrachtigt het vonnis, met veroordeling van Presta in de kosten.

#### *Cassatie*

3.9. Bij procesinleiding van 25 februari 2022 heeft Presta (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen het arrest. VLEP heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, voor Presta mede door mr. R.M. Andes. Daarna heeft re- en dupliek plaatsgevonden.

#### *4. Bespreking van het cassatiemiddel*

4.1. Het middel bestaat uit twee onderdelen. *Onderdeel I* komt op tegen het oordeel dat het Verplichtstellingsbesluit van toepassing is op de rechtsverhouding tussen Presta en de werknemers. *Onderdeel II*, dat voorwaardelijk is ingesteld, bestrijdt de oordelen dat Presta onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt en dat de verplichtstelling niet in strijd is art. 56 VWEU.

#### *Onderdeel I – Toepassing art. 8 Rome I*

##### *Aangevochten overwegingen*

4.2. Onderdeel I valt in twee subonderdelen (IA en IB) uiteen, die zich volgens de procesinleiding richten tegen rov. 2.11-2.24 maar in wezen alleen de laatste zin van rov. 2.23 en rov. 2.24 bestrijden. Ik citeer rov. 2.22-2.24 (onderstrepingen hier en hierna steeds toegevoegd (gecursiveerd; red.)):

“2.22. Het hof moet vervolgens onderzoeken of de uitzonderingsbepaling van lid 4 zich voor toepassing leent: zijn er factoren die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan het gewoonlijk werkland? Volgens de rechtspraak van het HvJ EU moet daarbij rekening worden gehouden met alle factoren die de arbeidsverhouding kenmerken. Belangrijke factoren daarbij zijn in welk land de werknemer belasting betaalt op inkomsten uit arbeid, in welk land hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en bij de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden.<sup>8</sup>

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

8 HvJ EU 12 september 2013, ECLI:EU:C:2013:551 (*Schlecker*) (voetnoot in origineel, A-G).

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

4.3. Voordat ik de klachten bespreek schets ik het juridisch kader.

*Juridisch kader art. 8 lid 1 Rome I*

4.4. Dit geschil gaat vooral over art. 8 lid 1 Rome I.<sup>9</sup> Deze bepaling luidt:

“1. Een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen. *Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.*”

4.5. In dit eerste lid van art. 8 Rome I staat de partijtotaonomie voorop: de individuele arbeidsovereenkomst wordt in principe beheerst door het door partijen gekozen recht. De tweede volzin van lid 1 beperkt echter die partijtotaonomie: de rechtskeuze kan de werknemer niet de bescherming ontzeggen van dwingende bepalingen van het recht dat, zonder de rechtskeuze, op grond

van art. 8 lid 2-4 Rome I op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn (hierna: het *objectief toepasselijke recht*). De gedachte daarachter is dat als het objectief toepasselijke recht niet in de mogelijkheid voorziet om bij overeenkomst van een beschermingsbepaling af te wijken, daarvan ook niet indirect moet kunnen worden afgeweken door het maken van een rechtskeuze.

4.6. Dit betekent dat als een rechtskeuze is gemaakt, moet worden vastgesteld wat het objectief toepasselijke recht is. Dit dient te gebeuren aan de hand van de aanknopingspunten die zijn opgenomen in art. 8 lid 2-4 Rome I. Die bepalingen luiden:<sup>10</sup>

“2. *Voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht.* Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.

3. *Indien het toepasselijke recht niet overeenkomstig lid 2 kan worden vastgesteld, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.*

4. Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een *kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in lid 2 of lid 3 bedoelde land*, is het recht van dat andere land van toepassing.”

4.7. De overkoepelende doelstelling van de regeling van art. 8 Rome I is de werknemer als de sociaaleconomisch zwakkere partij te beschermen.<sup>11</sup>

4.8. Lang was onduidelijk of dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht onverkort

9 In het cassatieberoep is, anders dan in feitelijke instanties, *niet* aan de orde gesteld of de Wet Bpf 2000 en het Vrijstellingsbesluit zijn aan te merken als ‘bijzonder dwingend recht’ in de zin van art. 9 Rome I. Zie hierover A.M. Helstone, ‘De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorrangsregel in de betekenis van artikel 9 Rome I?’, *TPV* 2018/48. In hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *PJ* 2020/61, m.nt. A.M. Helstone (*AFMB/Bedrijfstakpensioenfondsen voor het beroepsvervoer over de weg*) kwam het hof aan art. 9 Rome I niet toe omdat voldoende duidelijk was dat Nederland het gewoonlijk werkland was als bedoeld in art. 8 lid 2 Rome I (rov. 5.30) en daarom Nederlands recht integraal van toepassing was. In die zaak was kennelijk geen rechtskeuze gedaan. In deze zaak is Nederland het gewoonlijk werkland. Dat lijkt in deze zaak de reden waarom de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG niet (duidelijk) in beeld is gekomen.

10 Zie over deze verwijzingsregels mijn conclusie van 7 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:942, onder 3.3-3.11, vóór HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165 (*Chauffeurs/Silo-Tank*) en mijn recente conclusie van 23 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:849 ([...]/*chauffeurs*).

11 Vgl. conclusie A-G Wahl, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241, punt 22-39, voor HvJ EU 12 september 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551 (*Schlecker*).

moesten worden toegepast, in weerwil van het gekozen recht, of dat dit alleen vereist was voor zover die dwingende bepalingen gunstiger waren voor de werknemer.<sup>12</sup> Deze vraag is vooral van belang in het geval dat de regels van het gekozen recht gunstiger zijn voor de werknemer.

4.9. In de literatuur werden lange tijd twee benaderingen verdedigd. Strikwerda en Schaafsma waren voor de benadering waarbij de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht steeds toegepast moeten worden, dus ongeacht of zij meer of minder bescherming aan de werknemer bieden dan het gekozen recht.<sup>13</sup> Het belangrijkste argument daarvoor is de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van art. 8 lid 1 Rome I. Daartegenover stond de benadering, onder meer voorgestaan door Vonken, dat het ‘begunstiging-beginsel’<sup>14</sup> bepalend is. Toegepast moet worden het rechtsstelsel dat de meeste bescherming biedt aan de werknemer als zwakkere partij.<sup>15</sup> Indien het gekozen recht méér bescherming biedt dan het objectief toepasselijke recht, dan dient (in zoverre) het gekozen recht te prevaleren.<sup>16</sup>

4.10. In het arrest *Gruber Logistics* (hierna: *Gruber-arrest*)<sup>17</sup> heeft het HvJ EU (hierna: het Hof) duidelijk gekozen voor het begunstigingsbeginsel (de tweede benadering dus). In arbeidsovereenkomsten tussen Roemeense vrachtwagenchauffeurs en Roemeense transportondernemingen was een rechtskeuze opgenomen voor Roemeens

recht. Het objectief toepasselijke recht was in die zaken echter niet het Roemeense recht omdat de arbeid gewoonlijk werd verricht in Italië (zaak C-152/20) respectievelijk Duitsland (zaak C-218/20). De Roemeense chauffeurs maakten op die grond tegenover hun Roemeense werkgever aanspraak op het hogere Italiaanse respectievelijk het Duitse minimumloon. Het Hof overwoog:

“22. Artikel 8 van de Rome I-verordening voorziet in bijzondere collisieregels met betrekking tot individuele arbeidsovereenkomsten die van toepassing zijn wanneer ter uitvoering van een dergelijke overeenkomst arbeid wordt verricht in ten minste één andere staat dan die van het gekozen recht.

23. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 van die verordening hebben gekozen, maar dat deze keuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken krachtens het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.

24. *Indien deze bepalingen de betrokken werknemer een ruimere bescherming bieden dan het gekozen recht, prevaleren deze regels, terwijl, zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie heeft bevestigd, het gekozen recht van toepassing blijft op de rest van de contractuele verbintenis.*

25. In dit verband moet worden opgemerkt dat artikel 8, lid 2, van de Rome I-verordening verwijst naar het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht.

26. *Artikel 8 van deze verordening beoogt aldus, waar mogelijk, de eerbiediging te waarborgen van de bepalingen die de bescherming van de werknemer verzekeren waarin is voorzien bij het recht van het land waarin deze zijn beroepsactiviteiten uitoefent (...).*

27. Zoals de advocaat-generaal in punt 44 van zijn conclusie opmerkt, *vereist de juiste toepassing van artikel 8 van de Rome I-verordening dus ten eerste dat de nationale rechter het recht aanwijst dat bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijk zou zijn geweest en dat hij op basis van dit recht de regels vaststelt waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, en ten tweede dat de rechter het*

12 Zie K.C. Henckel, ‘Rechtskeuze in het ipr-arbeidsrecht: enkele gedachten over het begunstigingsbeginsel’, *NIPR* 2021/2, par. 4 en de verwijzingen aldaar. Zie ook M. Zilinsky, ‘Rome I en arbeidsovereenkomst’, *WPNR* 2009/6824, par. 4.2, en J.A. Pontier, *Arbeidsovereenkomst en arbeidsverhoudingen in het IPR*, Den Haag: Boom 2020, par. 234.

13 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, par. 231.

14 In het Frans aangeduid als *le principe de la loi la plus favorable* en in het Duits als *Günstigkeitsvergleich*.

15 Asser/Vonken *10-I* 2018/239. Zie ook A.A. van Hoek, in: *T&C Arbeidsrecht* 2016, aant. 4 bij art. 8 Rome I.

16 Aan Henckel, a.w., *NIPR* 2021/2 (par. 6.3) kan worden ontleend dat in de door haar onderzochte buitenlandse (en vooral Duitse) rechtspraak het maken van een vergelijking al werd geëist.

17 HvJ EU 15 juli 2021, C-152/20 en C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600 (SC *Gruber Logistics*), *NJ* 2021/373, m.nt. L. Strikwerda.

*niveau van bescherming dat aan de werknemer op grond van deze regels wordt geboden, vergelekt met dat van het door de partijen gekozen recht. Indien het beschermingsniveau waarin deze regels voorzien hoger ligt, moeten die regels worden toegepast.*”

4.11. Aldus krijgt de beschermingsgedachte van art. 8 Rome I op twee manieren gestalte: in de eerste plaats door bij de bepaling van het objectief toepasselijke recht op grond van lid 2-4 aan te knopen bij het land waarmee de werkzaamheden van de werknemer het nauwst zijn verbonden, en in de tweede plaats door bij toepassing van lid 1 aan te knopen bij het recht dat het hoogste beschermingsniveau garandeert. Samengevat vereist het Hof voor een juiste toepassing van art. 8 lid 1 Rome I dat de rechter: (i) het gekozen recht vaststelt, (ii) het objectief toepasselijk recht vaststelt, (iii) bepaalt welke dwingende bepalingen ter bescherming van de werknemer het objectief toepasselijke recht bevat, (iv) het beschermingsniveau dat wordt geboden door die dwingende bepalingen vergelekt met het beschermingsniveau op grond van het gekozen recht, en (v) op basis daarvan het recht bepaalt en toepast dat de werknemer de meeste bescherming biedt.<sup>18</sup>

18 Zo'n stapsgewijze benadering werd reeds gesuggereerd door A-G Trstenjak in haar conclusie van 8 september 2011, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:564, punt 48 voor het *Voogsgeerd*-arrest (ECLI:EU:C:2011:842), en door A-G Wahl in zijn conclusie van 16 april 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241, punten 24 en 34, voor het *Schlecker*-arrest (ECLI:EU:C:2013:551). Het Duitse Bundesarbeitsgericht (BAG) zat overigens al langer op de lijn van de *Günstigkeitsvergleich*. Het oordeelde recent, na het *Gruber*-arrest (BAG 31 maart 2022 – 8 AZR 207/21): “44 (bbb) Die Rechtswahl der Parteien darf nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 der Rom-I-Verordnung allerdings nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Art. 8 Abs. 2 bis 4 der Rom-I-Verordnung mangels einer Rechtswahl auf den Vertrag anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Danach sind in einem ersten Schritt das mangels einer Rechtswahl anzuwendende Recht und die Vorschriften, von denen nach diesem Recht nicht abgewichen werden darf, zu ermitteln. In einem zweiten Schritt ist sodann das Schutzniveau, das dem Arbeitnehmer nach diesen Vorschriften zukommt, mit dem des von den Parteien gewählten Rechts zu vergleichen. Wenn das in diesen

4.12. De vergelijking onder (iv) moet worden gemaakt omdat dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht alleen prevaleren boven het gekozen recht indien die bepalingen de werknemer een ruimere bescherming bieden dan het gekozen recht. Dit impliceert dat het gekozen recht in beginsel integraal van toepassing is, behoudens voor zover het op grond van dwingend recht van een ander land (zoals het gewoonlijk werkland genoemd in lid 2) buiten toepassing moet worden gelaten. Dat is – zeker in het Unierecht – een begrijpelijke benadering, die bovendien maatwerk mogelijk maakt. Daar staat tegenover dat conflictregels in het i.p.r. primair de rechtszekerheid dienen. Ik sluit niet uit dat de in het *Gruber*-arrest voorgeschreven vergelijking in de praktijk vragen zal oproepen. Ik neem daar vast een voorschotje op en beperk mij daarbij tot twee aspecten: wat moet met elkaar worden vergeleken en hoe moet de uitkomst van de vergelijking worden toegepast?

#### *Reikwijdte van de vergelijking*

4.13. Ook al vóór het *Gruber*-arrest is in de literatuur de vraag opgeworpen waar een vergelijking van het beschermingsniveau uit zou moeten bestaan. Daaruit blijkt dat, samengevat, een vergelijking kan plaatsvinden op het niveau van (i) het gehele arbeidsrecht, (ii) samenhangende groepen van regels, of (iii) een enkele wetsbepaling.<sup>19</sup>

4.14. Het eerste vergelijkingsniveau is te omvattend om praktisch hanteerbaar te zijn. Anderzijds wordt een vergelijking op het microniveau van één enkele bepaling gezien als te beperkt. De

*Vorschriften vorgesehene Schutzniveau einen besseren Schutz als das gewählte Recht gewährleistet, sind diese Vorschriften anzuwenden (EuGH 15. juli 2021 – C-152/20 ua. – [SC Gruber Logistics] Rn. 27). Im Ergebnis ist demnach ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen zwischen den zwingenden Bestimmungen des objektiv anwendbaren Rechts, die dem Arbeitnehmer Schutz gewähren, und denen der gewählten Rechtsordnung.”*

19 Asser/Kramer & Verhagen 10-III, 2022/893, K.C. Henckel, a.w., *NIPR* 2021/2, par. 5, K.C. Henckel, ‘Gruber Logistics: een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?’, *TAC* 2021/4, par. 4., A.A. van Hoek, in: *T&C Arbeidsrecht* 2022, aant. 4 bij art. 8 Rome I, en I.A. Haanappel-Van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2022, aant. 2.2.3 bij art. 8 Rome I.



meeste auteurs<sup>20</sup> lijken er dan ook van uit te gaan dat de vergelijking op het tweede niveau moet plaatsvinden en ik kan weinig anders doen dan mij daarbij aansluiten. Om daar dan wel meteen aan toe te voegen dat ook een juiste afbakening maken vaak geen sinecure zal zijn. Is de vergelijking te nauw, dan bestaat het risico op *cherry picking*, is de vergelijking te breed, dan zal zij moeilijker toepasbaar zijn.<sup>21</sup> Hier weerklinkt dus het Goudlokje-principe.<sup>22</sup>

4.15. Een vervolgvraag is bovendien of de vergelijking tussen verschillende beschermingsniveaus *in concreto*, namelijk voor de werknemer(s) in kwestie, moet worden uitgevoerd of *in abstracto*,

namelijk voor werknemers algemeen. De concrete benadering heeft mijn voorkeur. Want dan is het duidelijker waarover je het hebt. Ook kunnen dan bepalingen die een hoger niveau van bescherming bieden maar voor de werknemer(s) in kwestie uitwerking missen, buiten de vergelijking blijven.<sup>23</sup>

#### *Toepassing van de uitkomst van de vergelijking*

4.16. Als eenmaal is vastgesteld op welk niveau de vergelijking moet plaatsvinden en op basis van die vergelijking is bepaald welk rechtsstelsel de werknemer een hoger niveau van rechtsbescherming biedt, dient tot slot te worden bepaald op welke wijze die regels ten gunste van de werknemer moeten worden toegepast. In de zaak *Gruber* leek dat relatief simpel omdat kennelijk het recht van de respectieve werklanden op het punt van het minimumloon gunstiger was voor de chauffeurs. De omgekeerde situatie waarin het gekozen recht de werknemer beter beschermt, komt vermoedelijk minder vaak voor maar is zeker niet ondenkbaar. Ook 'deeloplossingen' zijn mogelijk: voor het ene deel van de vergeleken rechtsregels (bijvoorbeeld ontslagbescherming) is het objectief toepasselijke recht gunstiger voor de werknemer, maar voor een ander deel (bijvoorbeeld het salarisniveau) is juist het gekozen recht gunstiger. Zilinsky<sup>24</sup> noemde al weer enige tijd geleden in dit verband het voorbeeld dat een werknemer onder het gekozen recht zonder opzegtermijn kan worden ontslagen maar hem een riant ontslagvergoeding toekomt, terwijl het objectief toepasselijke recht een langere opzegtermijn voorschrijft maar geen ontslagvergoeding kent. De uitkomst van de vergelijking zal dan moeten zijn dat óf de verzameling regels van het objectief toepasselijke recht, óf de verzameling regels van het gekozen recht, toepasselijk is. De werknemer heeft niet recht op zowel de langere opzegtermijn, als de ontslagvergoeding omdat hij niet meer bescherming kan krijgen dan hij onder ieder betrokken rechtsstelsel afzonderlijk zou hebben gekregen. Anders wordt het echt een *pick and choose*.

20 Zie o.m. Asser/Kramer & Verhagen *10-III*, 2022/893, I.A. Haanappel-Van der Burg, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 2.2.3, art. 8 Rome I (online, bijgewerkt op 5 mei 2022), K.C. Henckel, 'Gruber Logistics: een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?', *TAC* 2021/4, par. 4, en M. Zilinsky, 'Rome I en arbeidsovereenkomst', *WPNR* 2009/6824, par. 4.2.

21 Het BAG lijkt, al in 2014, van dit tweede vergelijkingsniveau te zijn uitgegaan. Zie BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741: "Die Frage, welche der in Betracht kommenden Rechtsordnungen für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthält, ist eine Rechtsfrage, die objektiv und nach dem Maßstab des Gesetzes zu beantworten ist (...). Dazu ist ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen (...). Zu vergleichen sind die in einem inneren, sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der fraglichen Rechtsordnungen. Die Günstigkeit anhand eines Vergleichs je einzelner Normen zu bestimmen, ist nicht sachgerecht. Dies könnte dazu führen, dass der Arbeitnehmer durch eine Kombination einzelner Vorschriften der jeweiligen Rechtsordnung einen Schutzstandard erlangt, der über demjenigen liegt, den die betroffenen Rechtsordnungen tatsächlich gewähren (...). Eine solche Besserstellung entspricht nicht dem Schutzzweck der Norm. Auch ein abstrakter "Gesamtvergleich" der Rechtsordnungen ohne Rücksicht auf die zu beurteilende Sachfrage würde dem Sinn und Zweck von Art. 30 Abs. 1 EGBGB (aF) nicht gerecht. Dieser besteht darin, dem Arbeitnehmer im Einzelfall den ihm nach dem Regelstatut zustehenden Schutz zu erhalten. Dem Arbeitnehmer wäre nicht gedient, wenn das gewählte Recht zwar "alles in allem" das günstigere wäre, sich für den konkreten Streitgegenstand aber als unvorteilhafter erwiese (...)." Zie ook, na het Gruber-arrest, BAG 31 maart 2022 – 8 AZR 207/21.

22 Naar het sprookje 'Goudlokje en de drie beren' van Robert Southey.

23 Vgl. Asser/Vonken *10-I* 2018/239. In die zin ook de laatste zin uit het citaat van BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741 in voetnoot 21 zojuist.

24 M. Zilinsky, 'Rome I en arbeidsovereenkomst', *WPNR* 2009/6824, par. 4.2.

4.17. De term ‘begunstigend’ dient daarnaast objectief te worden ingevuld. Ook dat kan lastig zijn. Het kan soms maar net de vraag zijn wanneer iets ‘gunstig’ is, en voor wie. Ik geef een simpel voorbeeld. Een ouderdomspensioen beschermt een werknemer vanaf de pensioengerechtigde leeftijd tegen het wegvallen van inkomsten uit arbeid. Deelname aan een pensioenregeling biedt daartegen bescherming en lijkt daarom zonder meer gunstig. Maar de werknemer op wiens loon pensioenpremies worden ingehouden en die daardoor een lager nettoloon mee naar huis neemt dan een werknemer zonder pensioenopbouw, zou kunnen menen dat hij zonder pensioenopbouw juist gunstiger af. Begunstiging en bescherming hoeven ook niet steeds hetzelfde te betekenen,<sup>25</sup> althans kunnen daar verschillende percepties van bestaan. Objectivering is daarom noodzakelijk.

4.18. Ik rond af. Conflictregels moeten tot voorspelbare uitkomsten leiden. De toepassing van art. 8 lid 1 Rome I is er na het *Gruber*-arrest niet voorspelbaarder op geworden omdat een vergelijking moet worden gemaakt om te bepalen welk recht voor de werknemer het meest gunstig is.<sup>26</sup> Maar wel staat nu vast *dat* die vergelijking moet worden gemaakt.

4.19. Tegen deze achtergrond kom ik toe aan de klachten van het middel.

#### *Bespreking van onderdeel IA*

4.20. *Onderdeel IA* richt een rechtsklacht tegen de laatste zin van rov. 2.23. Hierin ligt volgens het middel de aanname besloten dat de toepasselijkheid van Nederlands recht zou resulteren in een betere bescherming voor de Werknemers dan het geval is bij toepassing van Luxemburgs recht. Daarmee zou het hof de *inhoud* van de relevante rechtsstelsels betrokken hebben bij de bepaling van het objectief toepasselijke recht. Dat is onjuist. De verwijzingsregels van art. 8 lid 2-4 Rome I zijn er alleen op gericht het functioneel nauwst betrokken rechtsstelsel toepasselijk te verklaren,

en niet het rechtsstelsel dat de meeste werknemersbescherming biedt.<sup>27</sup>

4.21. De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het middel wijst op zichzelf terecht op het feit dat art. 8 lid 2-4 Rome I moet verzekeren dat op de arbeidsovereenkomst het recht wordt toegepast van het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is. Uit de bestreden zin in rov. 2.23 blijkt echter niet dat het hof dat heeft miskend. Integendeel: het hof wijst daar naar rov. 2.12, waarin het juridisch kader uiteen is gezet, en in de eerste twee zinnen van rov. 2.12 valt te lezen:

“Het doel van de regeling van artikel 8 is de werknemer als de in sociaaleconomisch opzicht zwakere partij te beschermen. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangeknoopt bij de plek waar de werknemer werkt. (...)”.

4.22. Daaruit blijkt dat het hof het belang heeft onderkend van de aanknopingsplek waar de werknemer werkt – dus het met de werkzaamheden nauwst betrokken rechtsstelsel. Deze nadruk komt ook terug in de redenen die het hof in rov. 2.23 geeft waarom het de uitzonderingsbepaling van art. 8 lid 4 Rome I niet toepast. Hoewel ‘heel wat’ factoren wijzen naar Luxemburg, is dit onvoldoende om de uitzonderingsbepaling van art. 8 lid 4 Rome I toe te passen. Die factoren vloeien namelijk voort uit het feit dat Presta in Luxemburg is gevestigd en brengen niet tot uitdrukking dat de werkzaamheden van de Werknemers ook met Luxemburg zijn verbonden.

4.23. De overweging in rov. 2.23 dat het hof bij de afweging dus ook de beschermingsgedachte van art. 8 Rome I betreft, doelt mijns inziens op de aanknopingsplek waar de werknemer werkt, en niet op de inhoud van de betrokken rechtsstelsels. De inhoud van de betrokken rechtsstelsels komt pas in beeld *nadat* is vastgesteld wat het objectief toepasselijke recht is en de hiervoor genoemde vergelijking moet worden gemaakt. Over die vergelijking gaat onderdeel IB.

#### *Bespreking van onderdeel IB*

4.24. *Onderdeel IB* is gericht tegen rov. 2.24. Daar oordeelt het hof dat Nederlands recht het objectief toepasselijke recht is. De Werknemers genieten daarom bescherming van bepalingen van Nederlands recht waarvan niet bij overeenkomst kan

25 Vgl. nogmaals K.C. Henckel, a.w. *NIPR 2021/2*, par. 4: “*bescherming of begunstiging?*” Onder dat kopje gaat de auteur overigens vooral in op de hiervoor in 4.9 kort samengevatte richtingstrijd.

26 Voor de toepassing van art. 9 Rome I (bijzonder dwingend recht) is het maken van een vergelijking niet nodig.

27 Schriftelijke toelichting Presta, onder 2.1-2.4.

worden afgeweken (art. 8 lid 1 Rome I). Als die bepalingen echter *minder* bescherming bieden dan het gekozen recht (hier Luxemburgs recht), dan gaat het gekozen recht voor, zo volgt uit het *Gruber*-arrest.

4.25. Vanuit dit uitgangspunt klaagt Presta dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht of het Nederlandse recht een hoger niveau van werknemersbescherming biedt dan het Luxemburgse recht. Presta heeft bovendien in feitelijke instanties betoogd dát het Luxemburgse pensioenrecht gunstiger *is* voor de Werknemers dan het Nederlandse. Het hof is niet op dit betoog in gegaan. Als in het oordeel van het hof ligt besloten dát het Nederlandse recht een hoger niveau van werknemersbescherming biedt, is dat oordeel onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

4.26. Gelet op het *Gruber*-arrest meen ik dat de klacht terecht is voorgesteld. Het hof heeft allereerst vastgesteld dat Luxemburgs recht het gekozen recht is (rov. 2.14). Vervolgens heeft het geoordeeld dat Nederlands recht het objectief toepasselijke recht is, op de grond dat Nederland het gewoonlijk werkland is (rov. 2.15-2.21). De arbeidsovereenkomsten zijn volgens het hof niet nauwer verbonden met een ander land dan het gewoonlijk werkland (rov. 2.22-2.24). Daarmee heeft het hof de eerste twee stappen uit het *Gruber*-arrest toegepast (zie 4.11). In rov. 2.24 identificeert het hof de onder het objectief toepasselijk recht dwingende bepalingen die hier relevant zijn: de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit. Daarmee is ook de derde stap gezet.

4.27. Het hof heeft evenwel nagelaten een vergelijking te maken van het beschermingsniveau dat de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit bieden ten opzichte van de relevante regels van het Luxemburgse recht (stap (iv)). Dit had het hof in het licht van *Gruber*-arrest wel moeten doen.<sup>28</sup> In zoverre getuigt het aangevochten oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het maken van de vergelijking bestond temeer noodzaak omdat de verschillen in het partijdebat uitvoerig aan de orde zijn geweest.<sup>29</sup>

4.28. Voor zover moet worden aangenomen dat het hof de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit heeft toegepast in de overtuiging dat zij een hoger beschermingsniveau bieden dan de relevante regels van Luxemburgs recht (stap (v)), is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd nu het hof deze vergelijking niet (kenbaar) heeft gemaakt.

4.29. Gelet op het voorgaande *slagen de klachten van onderdeel 1B* en dient het arrest te worden vernietigd. Ik zie gelet op het *Gruber*-arrest geen aanleiding om uw Raad te adviseren een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen. Het is nu immers zaak om dat arrest op een juiste manier op de feiten toe te passen.

*Onderdeel II – Uitleg Verplichtstellingsbesluit; strijd met art. 56 VWEU?*

4.30. Onderdeel II is ingesteld onder de voorwaarde dat onderdeel I faalt. Die voorwaarde is niet vervuld. Het onderdeel behoeft dus geen behandeling. Ik bespreek de klachten niettemin.

4.31. De kern van onderdeel II lijkt mij te zijn de stelling dat de door het hof gegeven uitleg van het Verplichtstellingsbesluit leidt tot een verboden belemmering van het vrij verkeer van diensten (art. 56 VWEU).<sup>30</sup> Het onderdeel richt klachten tegen rov. 2.29-2.30 en 2.41-2.42. Ik citeer ook de daaraan voorafgaande rov. 2.28:

“2.28. Het Verplichtstellingsbesluit is recht in de zin van artikel 79 RO. Op de uitleg van deze regeling is de zogeheten cao-norm van toepassing, zo heeft de Hoge Raad in 2018 nogmaals bevestigd<sup>31</sup>. De cao-norm houdt het volgende in. In beginsel zijn de bewoordingen van een cao, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de cao. De bedoeling van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, is in beginsel niet van belang voor de uitleg. Met die bedoeling kan alleen rekening gehouden worden als die naar objectieve maatstaven kenbaar is uit de bepalingen van de cao of de toelichting bij de cao. Bij de uitleg van een cao kan onder meer rekening worden gehouden met de op andere plaatsen in de cao gebruikte formuleringen. Ook kan

28 Het *Gruber*-arrest is gewezen op 15 juli 2021, vóór de pleidooizitting op 19 oktober 2021 bij het hof, maar is daar voor zover aan de hand van het uitvoerige proces-verbaal is na te gaan niet aan de orde geweest.

29 Zie o.m. de toelichting op Grief I in de memorie van grieven van Presta, en de bespreking daarvan in de memorie van antwoord van VLEP.

30 Schriftelijke toelichting Presta, onder 3.1-3.12.

31 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958 (voetnoot in origineel, A-G).

van belang zijn of de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden aannemelijk zijn. De bevoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.

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

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

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

conclusie

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

100% van haar werknemers in Nederland in de vleesbewerkende industrie werkten en zij dus voldoet aan het criterium. Zij valt dan ook onder de werkingsfeer van het Verplichtstellingsbesluit.

(...)

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

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

*Voorwaardelijke primaire klacht: uitleg werkingsfeer*

4.32. De primaire klacht gaat over de uitleg die het hof in rov. 2.29 aan het Verplichtstellingsbesluit heeft gegeven. Die uitleg zou volgens het middel leiden tot een onaannemelijk rechtsgevolg. Het middel illustreert dit met een voorbeeld: een bedrijf met 1000 personeelsleden van wie er 400 in de Nederlandse vleesindustrie werken valt niet onder het Verplichtstellingsbesluit als de overige 600 personeelsleden in andere sectoren in Nederland werken, maar valt daar wél onder als die 600 personeelsleden in andere sectoren in een andere lidstaat werken. Het middel wijst er ook op dat de uitleg van het hof van het Verplichtstellingsbesluit leidt tot strijdigheid met art. 56 VWEU.

4.33. Ik stel voorop dat het Verplichtstellingsbesluit recht is in de zin van art. 79 RO. Bij de uitleg is de CAO-norm van toepassing.<sup>32</sup> Verder wijs ik erop dat, anders dan in een aantal andere

32 Zie HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, rov. 4.1.3, NJ 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Booking/Bpf Reisbranche*). Vgl. ook T. Huijig, ‘Naar een nieuwe uitlegnorm bij verplichtstellingsbeschikkingen’, TAO 2018/1.

recente zaken,<sup>33</sup> hier niet in geschil is of de door het pensioenfonds tot betaling aangesproken onderneming werkzaamheden verricht in de betreffende bedrijfstak – hier de vleesbewerkende industrie.

4.34. De klacht lijkt de door het hof gegeven uitleg te bestrijden door te wijzen op de *onaannemelijke* rechtsgevolgen waartoe die uitleg zou leiden. Onderdeel van de toepassing van de CAO-norm is, zoals ook door het hof is gepreciseerd, dat “ook (...) van belang [kan] zijn of de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden, aannemelijk zijn.” (rov. 2.28, voorlaatste zin). Het gaat in dat geval om de aannemelijkheid van rechtsgevolgen van op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties. Het middel bestrijdt dus kennelijk niet dat de door het hof gegeven interpretatie een mogelijke tekstinterpretatie van het Verplichtstellingsbesluit vormt. Ik zal daar dan ook van uit gaan.

4.35. Ik meen dat het door het middel voorgehouden rechtsgevolg niet onaannemelijk is te achten en licht dat toe. In geschil is of Presta voldoet aan de kwalificatie ‘inleenbedrijf’, zoals gedefinieerd in het Verplichtstellingsbesluit en geciteerd in rov. 2.29. Kort gezegd valt een onderneming onder die definitie als zij voor meer dan 50% van de totale loonsom arbeid in de Verslees- of vleesbewerkende industrie laat verrichten. Een dergelijk criterium staat bekend als het ‘hoofdzakelijkheids criterium’.<sup>34</sup> Het wordt in verplichtstellingsbeschikkingen vaak gehanteerd. Daarbij wordt voor ‘hoofdzakelijkheid’ als maatstaf vaak gehanteerd de loonsom, de omzet, of het

aantal arbeidsuren, etc. binnen de relevante bedrijfstak.<sup>35</sup>

4.36. De klacht ziet echter niet zo zeer op de aangegede maatstaf (> 50% van de totale loonsom), maar op feit dat het gaat om de loonsom in de relevante bedrijfstak *in Nederland*. Centraal in de uitleg van het hof staat namelijk dat het Verplichtstellingsbesluit betrekking heeft op bedrijven in de vleesbewerkende industrie *in Nederland*. Ook acht het hof van belang dat het Verplichtstellingsbesluit kennelijk tot doel heeft de bescherming van werknemers in de Nederlandse vleesbewerkende industrie voldoende te waarborgen. Gelet op dat doel is het door het middel geschetste rechtsgevolg is zeker niet onaannemelijk. Mij lijkt dat het hof hier dus is uitgegaan van een juiste uitleg en dat zijn oordeel zonder meer begrijpelijk is. Het ligt immers voor de hand dat de betrokken sociale partners buitenlandse ondernemingen die in de Nederlandse vleesbewerkende industrie actief zijn, ook onder het Verplichtstellingsbesluit hebben willen laten vallen. De wenselijk geachte sociale bescherming geldt voor alle werkenden in een bedrijfstak, ook als zij in dienst zijn van buitenlandse werkgevers. Op die manier wordt tevens een mogelijke concurrentievervalsing op het vlak van de arbeidskosten (te weten: het werkgeversdeel van de pensioenpremies) voorkomen. De sociale partners hebben niet het oog op werk dat in de vleesbewerkende industrie buiten Nederland wordt verricht. Daar gaan zij ook niet over.

4.37. De gestelde strijdigheid met art. 56 VWEU wordt in de primaire klacht niet toegelicht. Gelet op de subsidiaire klacht waarin art. 56 VWEU uitgebreid aan bod komt, laat ik dit voor nu verder buiten beschouwing.

4.38. De eerste voorwaardelijke klacht acht ik dus niet gegrond.

*Voorwaardelijke subsidiaire klacht: strijd met art. 56 VWEU*

4.39. De subsidiaire klacht houdt voor dat ook als de door het hof gegeven uitleg van het Verplichtstellingsbesluit op zichzelf juist is, het oordeel dat

33 Vgl. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, NJ 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Booking/Bpf Reisbranche*), HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1732 (*Amstelland/Bpf Detailhandel*) en lopende zaak 21/05138, (*Greenpeace/Bpf voor de Koopvaardij*), waarin A-G Van Peursem op 11 november 2022 heeft geconcludeerd (ECLI:NL:PHR:2022:1041). Zie ook B. Bodewes (e.a.), ‘Kroniek Pensioenrecht 2022’, *Advocatenblad* 2022/4, p. 80-81, voor een samenvatting van de recente rechtspraak van de Hoge Raad en de hoven over de verplichte aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen.

34 M. Heemskerck, *Pensioenrecht*, Den Haag: Sdu 2019, p. 340-341.

35 Vergelijkbare criteria gelden bij het algemeen verbindend verklaren van cao’s, o.a. het criterium ‘de meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen’. Vgl. bijv. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537 (*STFR/SNCU*).

Presta in het onderhavige geval gebonden is aan het Verplichtstellingsbesluit nog steeds onjuist is. De werknemers bouwen namelijk ook in Luxemburg pensioen op. Door het oordeel van het hof wordt Presta geconfronteerd met een dubbele premielast. Dit is in strijd met art. 56 VWEU. Ook om die reden had het hof het Verplichtstellingsbesluit buiten toepassing moeten laten.

4.40. Voordat ik deze klacht bespreek maak ik een uitstapje naar de rechtspraak over de verenigbaarheid van de verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen met het EU-recht.

4.41. Door de verplichtstelling ontstaat een quasi-monopolie omdat werkgevers behoudens specifieke vrijstellingen geen andere keus hebben dan zich voor een pensioenvoorziening aan te sluiten bij hét pensioenfonds voor hun bedrijfstak. Het Hof oordeelde in 1999 dat een dergelijk quasi-monopolie niet in strijd is met het Europese mededingingsrecht, namelijk art. 106 lid 1 VWEU (destijds: art. 90 lid 1 EG) in samenhang met art. 102 VWEU (destijds art. 86 EG, het verbod van misbruik van machtspositie). De pensioenregeling vertoont zodanige solidariteitskenmerken dat een exclusief recht noodzakelijk is om de pensioenregeling op aanvaardbare financiële voorwaarden te kunnen uitvoeren. Met name het feit dat geen risicoselectie mogelijk is, en dus ook 'de slechte risico's' moeten worden verzekerd, weegt in die afweging zwaar. Het Hof baseerde zich hiertoe op art. 106 lid 2 VWEU (destijds art. 90 lid 2 EG) inzake ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). 4.42. Ik verwijs naar het arrest *Albany* uit 1999. Daar overwoog het Hof (mijn onderstrepingen (gecursiveerd; red.)).<sup>36</sup>

“107. Om de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag als vervuld te kunnen beschouwen, is het bovendien niet noodzakelijk, dat het financiële evenwicht of de economische levensvatbaarheid van de met een dienst van algemeen economisch belang belaste onderneming wordt bedreigd. Het volstaat, dat de onderneming zonder de litigieuze rechten de haar opgedragen bijzondere taak, zoals die door de haar opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen nader wordt bepaald, niet kan vervullen (...), of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de

*betrokkene in staat te stellen, de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen (...).”*

108. Indien het pensioenfonds niet langer het uitsluitend recht had de aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstak te beheren, zouden ondernemingen met een jong en gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht, gunstiger verzekeringsvoorwaarden trachten te bedingen bij particuliere verzekeraars. *Door het vertrek van de “goede” risico's zou het bedrijfspensioenfonds met de “slechte” risico's blijven zitten, waardoor de kosten van de werknemerspensioenen, met name voor kleine en middelgrote ondernemingen met een personeelsbestand op leeftijd, dat gevaarlijk werk verricht, zouden stijgen; aan die werknemers zou het Pensioenfonds dan niet meer tegen aanvaardbare kosten een pensioen kunnen bieden.*

109. Dit zou te meer het geval zijn wanneer, zoals in het hoofdgeding, de uitsluitend door het Pensioenfonds beheerde aanvullende pensioenregeling wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit, met name door de ont koppeling van premieniveau en gedekte risico's, de verplichting alle werknemers zonder medische keuring te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever, en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardeverhouding.

110. Dergelijke voorwaarden, waardoor de door het Pensioenfonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen, rechtvaardigen mede het uitsluitend recht van dit fonds de aanvullende pensioenregeling te beheren.

111. *Uit het voorgaande volgt, dat indien het Pensioenfonds niet langer dat uitsluitend recht zou hebben, dit ertoe zou kunnen leiden, dat het de hem opgedragen taken van algemeen economisch belang niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten en dat zijn financieel evenwicht in gevaar komt.”*

4.43. De conclusie van het Hof was dat de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag er niet aan in de weg staan dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent om in een bepaalde bedrijfstak of voor een bepaalde beroepsgroep een aanvullende pensioenregeling te beheren. De op

36 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

dezelfde dag gewezen arresten [...] en *Drijvende Bokken* zijn nagenoeg identiek.<sup>37</sup> Deze mededingingsrechtelijke beoordeling houdt naar mijn mening stand zo lang het stelsel voor aanvullende pensioenen voldoende solidariteitskenmerken kent.<sup>38</sup> Europese wetgeving die daar verandering in brengt, is er (tot dusver) niet.

4.44. De zaak *Drijvende Bokken* was een prejudiciële verwijzing van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft toen bewust afgezien van het stellen van vragen over de vrijheid van vestiging (destijds: art. 43 EG) en het vrij verkeer van diensten (destijds: art. 59 EG). Zoals eerder in de zaak [...],<sup>39</sup> oordeelde de Hoge Raad namelijk dat dit niet noodzakelijk was “omdat redelijkerwijs niet valt te betwijfelen dat in het onderhavige geval niet mede sprake is van beperkingen van deze vrijheden.”<sup>40</sup> Voor een zelfstandige toetsing aan art. 59 EG – náást toetsing aan het mededingingsrecht – zag de Hoge Raad toen dus geen noodzaak.<sup>41</sup> Het Hof heeft op zijn beurt geen aanleiding gezien om art. 59 EG ambtshalve in zijn beoordeling te betrekken. Kennelijk werd dat ook niet nodig geoordeeld om ‘de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven’.

4.45. Ik denk dat er vandaag de dag een vrij grote consensus bestaat dat de mededingingsrechtelijke beoordeling niet zonder meer impliceert dat daarnaast niet ook aan andere bepalingen uit het

VWEU moet worden getoetst,<sup>42</sup> in het bijzonder aan art. 56 VWEU. Of dat tot een andere uitkomst leidt (in de zin dat wat in *Albany* mededingingsrechtelijk is toegestaan, onder het vrij verkeer verboden zou zijn) acht ik niettemin onwaarschijnlijk. Verschillende verdragsnormen worden door het Hof in de regel ‘convergerend’ toegepast. De zaak *Wouters/NOvA*<sup>43</sup> geeft een voorbeeld van convergerende toepassing van de mededingingsregels en het vrij verkeer van diensten.

4.46. Ook in dit geval denk ik dat de beoordeling parallel loopt.

4.47. Ten eerste wijs ik erop dat art. 106 lid 2 VWEU de toepasselijkheid van ‘de regels van de Verdragen’ opzij kan zetten en dus ook art. 56 VWEU. De vrij-verkeer-toets langs die weg is zonder meer gelijk aan de mededingingstoets.

4.48. Ten tweede noem ik het arrest in de Griekse zaak *Freskot* uit 2003. Die zaak ging over de wettelijke verplichting een bijdrage te betalen aan een fonds dat aan landbouwbedrijven uitkeringen deed bij natuurrampen. Een dergelijke betalingsverplichting vormde een belemmering van het vrij verkeer van diensten voor zover het verzekerbare risico’s betrof. Buitenlandse verzekeraars konden hun diensten immers niet aanbieden. Het Hof overwoog echter dat hiermee een doelstelling van sociaal beleid werd nagestreefd, die een dwingende reden van algemeen belang vormt. Het exclusieve recht van het Griekse fonds was bovendien evenredig indien het fonds gevaar zou kunnen lopen als deelnemers zich voor sommige risico’s elders konden verzekeren en in zoverre van de verplichte bijdrage zouden zijn vrijgesteld.<sup>44</sup> Net als in *Albany* werd dus voor de evenredigheid van de verplichtstelling beslissend geoordeeld of het fonds zonder (volledige) verplichte deelname een voldoende financiële basis zou hebben om zijn taken te vervullen. De rechtvaardiging als in *Albany* kan dus ook op de *rule of reason* worden gebaseerd<sup>45</sup> en leidt dan tot het

37 HvJ EG 21 september 1999, C-115/97-C117/97, ECLI:EU:C:1999:430 ([...] e.a.) en C-219/97, ECLI:EU:C:1999:430 (*Drijvende Bokken*).

38 Telkens wanneer een aanpassing of herziening van het pensioenstelsel wordt overwogen gaat aandacht uit naar de vraag of de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling daardoor onder druk kan komen te staan.

39 HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1105, NJ 1994/94.

40 HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1530, NJ 2000/232 (*Drijvende Bokken*), rov. 3.6.

41 De verwijzende rechters in *Albany* (ktr. Arnhem) en [...] c.s. (ktr. Roermond) hadden evenmin vragen gesteld over art. 59 EG, terwijl [...] daar wel over had geklaagd bij de Commissie (zie [...], punt 30). *Albany* is tegen het verwijzingsvonnis in beroep gegaan omdat geen prejudiciële vragen waren gesteld over het vrij verkeer van diensten en is daarover doorgedaan in cassatie. Zie HR 5 februari 1999, NJ 2000/451, waarin nog iets stilliger wordt overwogen waarom vragen over art. 59 EG niet nodig werden geacht.

42 Vgl. HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426, punt 48, PJ 2010/171, m.nt. E. Lutjens (*Commissie/Duitsland*). Dit betrof overigens een aanbestedingszaak.

43 HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, punt 122 (*Wouters/NOvA*).

44 HvJ EG 22 mei 2003, C-355/00, ECLI:EU:C:2003:298, punt 65 e.v. (*Freskot*).

45 Uit *Freskot* blijkt niet dat daar sprake was van een fonds belast met een dienst van algemeen economisch

zelfde resultaat: er is geen verboden schending van art. 56 VWEU.

4.49. Ten derde wijs ik op het arrest *Kattner* uit 2009, welke zaak betrekking heeft op de verplichte aansluiting bij een Duits orgaan van sociale zekerheid voor een verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten. Het Hof wees daar, net als in *Albany*, op het risico dat de wettelijke instelling zonder exclusiviteit met de slechte risico's zou blijven zitten. Het Hof concludeerde dat het vrij verkeer van diensten zich niet verzet tegen een regeling die bepaalt dat de ondernemingen die in een bepaald gebied tot een bedrijfstak behoren, zich moeten aansluiten bij genoemd orgaan, voor zover dit niet verder gaat dan nodig is ter bereiking van het doel het financiële evenwicht van een socialezekerheidsstak te verzekeren.<sup>46</sup>

4.50. In de literatuur is niettemin twijfel uitgesproken over de verenigbaarheid van de Nederlandse verplichtstelling met art. 56 VWEU.<sup>47</sup> Om de zojuist genoemde redenen denk ik dat het met die twijfel wel meevalt. Beslissend is of de verplichting tot aansluiting noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen van sociaal beleid te kunnen realiseren.

4.51. Relatief nieuw in de discussie is wel het arrest *Unis*. In deze Franse zaak vroegen sociale partners de Minister van arbeid om de algemeenverbindendverklaring van collectieve overeenkomsten, waarbij een bepaalde marktdeelnemer was aangewezen als verzekeringsorgaan om een aanvullend stelsel van bepaalde sociale voorzieningen uit te voeren. Het Hof oordeelde dat in die zaak de algemeenverbindendverklaring in strijd is met de uit art. 56 VWEU voortvloeiende transparantieverplichting omdat bij de selectie van het

aangewezen verzekeringsorgaan geen transparantie was betracht. Er had met andere woorden een soort van aanbesteding moeten plaatsvinden om eventuele (buitenlandse) geïnteresseerden een kans te geven. Dat dit arrest vernieuwend is, blijkt wel uit het feit dat het Hof bij wijze van uitzondering de werking ervan in de tijd heeft beperkt tot collectieve overeenkomsten tussen sociale partners die na de datum van het arrest (17 december 2015) door de (Franse) minister algemeen verbindend zijn verklaard.<sup>48</sup>

4.52. Betekent dit nu dat voorafgaande aan de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds een transparante procedure moet plaatsvinden? Helemaal uitgesloten is het niet, merkt ook Lutjens op.<sup>49</sup> Een belangrijk verschil met de zaak *Unis* lijkt mij echter dat in die zaak sociale partners een van de bestaande *marktdeelnemers* hadden aangewezen. Een bedrijfstakpensioenfonds daarentegen is door de sociale partners in het leven geroepen met als specifiek doel een bepaalde bedrijfstakpensioenregeling voor hen uit te voeren. Het is geen bestaande marktpartij waaraan een opdracht wordt verleend. Om die reden ligt het voor de hand dat het bedrijfstakpensioenfonds ook de werknemers verzekert die er als gevolg van de (‘grote’) verplichtstelling door de minister bijkomen. De uitvoering van d pensioenregeling kan ook niet worden gesplitst. Een andere serieuze gegadigde lijkt er dan ook niet te zijn.<sup>50</sup>

4.53. Een aanbestedingsplicht op niveau van de sociale partners is er niet. Daargelaten dat zij niet zijn aan te merken als ‘aanbestedende dienst’, zouden de sociale partners, als zij dat wél waren, beroep kunnen doen op de aanbestedingsrechtelijke ‘quasi-inhouse exceptie’. Immers, zij controleren hun pensioenfonds en houden daar toezicht op, terwijl dit fonds niet voor anderen opdrachten uitvoert.<sup>51</sup> Een aanbestedingsplicht op het niveau

belang, wat kan verklaren dat art 106 lid 2 VWEU (toen: art. 90 lid 2 EG) niet is toegepast.

46 HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07, ECLI:EU:C:2009:127, punt 79 e.v.

47 Zie m.n. H. van Meerten, ‘Vrij verkeer van diensten voor verzekeraars en pensioeninstellingen: Solvency II basic en de verplichtstelling’, *TFR* 2012/7-8, p. 290-296, H. van Meerten & E. Schmidt, ‘Compulsory membership and the free movement of services in the EU’, *European Journal of Social Security* 2017, Vol 19(2), p. 127, en H. van Meerten en S.L. Vlastuin, ‘Is de verplichtstelling nog houdbaar’, *PensioenActualiteiten 2021 (Pensioenakkoord – feiten en meningen)*, § 8.3, toegankelijk op <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=3791227>.

48 HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 en C-26/14, ECLI:EU:C:2015:821, NJ 2018/258, m.nt. B. Barentsen (*Unis*).

49 Asser/Lutjens 7-XI 2019/312.

50 Wat onverlet laat dat sociale partners kunnen besluiten hun pensioenfonds te laten opgaan in een ander pensioenfonds (opschaling) of om het pensioenfonds op te heffen en de verzekerde regeling onder te brengen bij een verzekeraar (bijvoorbeeld als er structurele tekorten zijn).

51 Zie art. 24b lid 1 Aanbestedingswet 2012.



van de minister is evenmin goed voorstelbaar. Het gaat hier niet om een bestuursrechtelijke vergunning waarbij het aan één marktpartij wordt toegestaan om een bepaalde activiteit op de markt aan te bieden, zoals het geval is bij de verlening van een exclusieve kansspelvergunning.<sup>52</sup> Met het verplichtstellingsbesluit wordt een verplichting opgelegd, te weten aan bedrijven die niet reeds op grond van de cao verplicht zijn aangesloten bij het pensioenfonds.

4.54. Na deze uitweiding keer ik terug naar het middel. Presta klaagt over de verplichtstelling omdat zij daardoor voor haar in Nederland werkzame werknemers twee keer pensioenpremie moet betalen, in Luxemburg in het kader van het bij de Caisse de Pension/CCSS opgebouwde pensioen,<sup>53</sup> en in Nederland voor het bij VLEP opgebouwde aanvullend pensioen.

4.55. Ik acht art. 56 VWEU in deze zaak van toepassing. Presta biedt vanuit Luxemburg diensten aan Nederlandse slachterijen aan. Er is sprake van een dienst (in de zin van art. 57 VWEU) en van een grensoverschrijdende situatie (althans niet van een 'interne situatie').<sup>54</sup> In haar schriftelijke toelichting herinnert Presta er aan dat op grond van art. 56 VWEU iedere beperking van de vrijheid van dienstverrichting moet worden opgeheven die inhoudt dat de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten

verricht, worden verboden, belemmerd of minder aantrekkelijk gemaakt, ook als de beperking geldt zonder onderscheid voor binnenlandse als buitenlandse dienstverrichters.<sup>55</sup> Dat is een hele volzin maar het klopt wel.<sup>56</sup> Voor buitenlandse bedrijven zoals Presta maakt de verplichtstelling het tewerkstellen van werknemers in de vleesbewerkende industrie Nederland 'minder aantrekkelijk', wat een ruim criterium is. Zij moeten immers (het werkgeversdeel van de) pensioenpremies afdragen.

4.56. Het hof legt aan zijn oordeel dat de verplichtstelling géén inbreuk op het vrije verkeer van diensten maakt ten grondslag dat uitsluiting van deelname van werknemers die door een buitenlandse werkgever tewerkgesteld zijn, die werkgevers een (ongerechtvaardigd) voordeel zou opleveren ten opzichte van Nederlandse werkgevers (rov. 2.42). Het hof lijkt hier te doelen op wat wel wordt aangeduid als 'omgekeerde discriminatie'.<sup>57</sup> Bij omgekeerde discriminatie kan een onderdaan van een andere lidstaat met succes een beroep doen op art. 56 VWEU en daarmee onder een belemmerende maatregel uitkomen. Een onderdaan van de betreffende lidstaat zelf kan géén beroep doen op art. 56 VWEU omdat het voor die onderdaan een zuiver interne situatie betreft. De eigen onderdaan wordt dan geconfronteerd met stringenter regels die voor onderdanen uit andere lidstaten niet gelden. Omgekeerde discriminatie wordt echter *niet* verboden door het Unierecht,

52 Vgl. het arrest *Betfair*: HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Sporting Exchange*). Dit arrest ligt aan de basis van het arrest *Unis* (zie punt 34) en was ook de aanleiding voor de Franse Conseil d'État om in die zaak prejudiciële vragen te stellen (zie arrest *Unis*, punt 18).

53 De kwalificatie van het Luxemburgse pensioen is een van de geschilpunten in dit geding. Op basis van de gedingstukken gaat het naar mijn indruk om een wettelijk pensioen voor werkenden, dat valt onder de werkingssfeer van de Europese coördinatieverordening (Verordening (EG) 883/2004) en dat behoort tot de zogeheten eerste pijler. Een bedrijfstakpensioen als dat van VLEP is een aanvullend pensioen, waarop de Europese coördinatieverordening niet van toepassing en dat behoort tot de zogeheten tweede pijler.

54 Zie voor een voorbeeld van een interne situatie HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874, punt 47, *NJ* 2018/37, m.nt. B.J. Drijber, *AB* 2017/388, m.nt. M.R. Botman en *SEW* 2017/85, m.nt. M. Fierstra (*Ullens de Schooten*).

55 Schriftelijke toelichting Presta, onder 3.4-3.6. De schriftelijke toelichting verwijst in dit verband naar HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16, ECLI:EU:C:2017:491, punt 32 (*Unibet*).

56 Al sinds 1991 is het vaste rechtspraak dat voor strijd met het vrij verkeer van diensten een belemmering volstaat en een discriminatie op grond van nationaliteit niet langer is vereist. Zie o.a. HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, punt 12 (*Säger/Dennemeyer*), en HvJ EG 25 juli 1991, C-353/89, ECLI:EU:C:1991:325, punt 16 (*Commissie/Nederland - Mediawet*). Keerzijde van deze verruiming van de verbodsnorm van *Diskrimineringsverbod* naar *Beschränkungsverbot* is geweest dat de rechtvaardigingsgronden (de *rule of reason* excepties) eveneens zijn verruimd. De bewijslast voor de lidstaten is er wel door verzaard.

57 G. De Baere & J. Meeusen, *Grondbeginselen van het recht van de Europese Unie*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 276-277.

en is dus ook niet in strijd met art. 56 VWEU.<sup>58</sup> Omgekeerde discriminatie kan overigens wel verboden zijn op grond van regels of beginselen van nationaal recht, zoals het gelijkheidsbeginsel, maar dat staat in principe los van het Unierecht en is in dit geval voor *Presta* niet relevant.

4.57. In zoverre is het oordeel van het hof dat de verplichtstelling om deze reden geen schending van het vrije verkeer van diensten oplevert onjuist. Dit kan echter niet tot vernietiging leiden omdat de klacht belang mist. Voor zover de verplichtstelling een belemmering op het vrije dienstenverkeer vormt (waar ik als gezegd van uitga), kan zij worden gerechtvaardigd op grond van dwingende redenen van algemeen belang.

4.58. Om te beginnen vormt de sociale bescherming van werknemers een dwingende reden van algemeen belang.<sup>59</sup> *Presta* bestrijdt dit op zichzelf niet,<sup>60</sup> maar richt haar pijlen met name op de evenredigheid van de verplichtstelling. Volgens *Presta* is de verplichtstelling niet geschikt om dat doel te bereiken, en gaat zij verder dan nodig is om het beoogde doel te bereiken.<sup>61</sup> Dat zie ik anders.

4.59. Ik acht de verplichtstelling geschikt omdat daarmee het doel van sociale bescherming op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.<sup>62</sup> Voor de verwezenlijking van het doel werknemers een passend pensioen te laten genieten is brede deelname vereist. Dat kan worden bereikt met de verplichtstelling. Art. 21 Wet Bpf 2000 voorziet bovendien in de bevoegdheid voor het bedrijfspensioenfonds om middels een dwangbevel pensioenpremies te vorderen bij werkgevers die onder de verplichtstelling vallen. Het komt mij voor dat het samenstel van regels geschikt is het doel te verwezenlijken werknemers een passend pensioen kunnen genieten.

4.60. Evenmin gaat verplichtstelling verder dan noodzakelijk. Nu doel is te verzekeren dat werknemers binnen een bepaalde bedrijfstak een passend pensioen genieten op basis van sectorbrede solidariteit, lijkt de verplichtstelling hiervoor ook een noodzakelijk middel. Ik verwijs naar de in *Albany* genoemde solidariteitskenmerken van bedrijfspensioenen (zie 4.43). Sinds het eind van de jaren '90 lijken de pensioenregelingen op het punt van de mate van solidariteit tussen de deelnemers aan de regeling niet wezenlijk veranderd. Bovendien geldt voor bedrijfspensioenfondsden het adagium 'geen premie, wel pensioen'.<sup>63</sup> Dat betekent dat het fonds een pensioenuitkering aan werknemers die onder de verplichtstelling vallen ook moet betalen als daarvoor niet alle premies zijn voldaan. Als daartegenover geen verplichtstelling staat, kan de financiële houdbaarheid worden ondermijnd.

4.61. *Presta* betoogt dat de verplichtstelling niet evenredig is omdat de werknemers ook al in Luxemburg pensioen opbouwen. Dit is in Unierechtelijke zaken een veel voorkomend betoog: een onderneming meent niet te behoeven voldoen aan de regels van het gastland naast de regels van het herkomstland waar zij al aan voldoet. Als het gaat om productvoorschriften of technische vereisten zal een dergelijk betoog vaak slagen. In het arbeidsrecht daarentegen is het respecteren van de regelgeving van het gastland vereist om de genoemde reden van sociale bescherming. Als een onderneming in het gastland belasting verschuldigd is, is dat – behoudens gevallen van discriminatie – ook geen verboden belemmering. De klacht gaat er verder aan voorbij dat ook als Luxemburgs recht een toereikend pensioen biedt, dit niet betekent dat daarmee maatregelen van andere lidstaten die voorzien in een verder strekkend pensioen zonder meer onevenredig zijn. Dat lidstaat A voor verdergaande bescherming kiest dan lidstaat B, is als zodanig niet van invloed op de beoordeling van de noodzaak en evenredigheid van de maatregelen van lidstaat A.<sup>64</sup>

4.62. Onderdeel II faalt in zijn geheel.

58 HvJ EG 14 juli 1994, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296, punt 27 (*Peralta*).

59 Zie, in een iets andere context, HvJ EU 13 november 2018, C33/17, ECLI:EU:C:2018:896, punt 44 (*Čepelnik*). Vgl. ook hiervoor, in de context van het mededingingsrecht, het arrest *Albany*.

60 Schriftelijke toelichting *Presta*, onder 3.8.

61 Schriftelijke toelichting *Presta*, onder 3.9.

62 Zie recent HvJ EU 7 september 2022, C-391/20, ECLI:EU:C:2022:638, punt 65 (*Cilevičs*) en HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562, punt 89 (*Commissie/Duitsland*).

63 M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Sdu 2019, p. 206.

64 Zie o.a. HvJ EG 1 februari 2001, C-108/96, ECLI:EU:C:2001:67, punt 33 (*Mac Quen e.a.*), en HvJ EG 11 juli 2002, C-294/00, ECLI:EU:C:2002:442, punt 44-50 (*Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren*).

*Slotsom*

4.63. Ik kom tot de slotsom dat onderdeel 1B slaagt en dat het arrest dient te worden vernietigd. De overige (al dan niet voorwaardelijk ingestelde) klachten falen.

*5. Conclusie*

De conclusie strekt tot vernietiging en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

**Hoge Raad***1. Procesverloop*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak 6724900 UC EXPL 18-2787 LH/1040 van de kantonrechter te Utrecht van 20 februari 2019 en 22 mei 2019;
- b. het arrest in de zaak 200.269.521 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 30 november 2021.  
(...; red.)

*2. Uitgangspunten en feiten*

2.1. In deze zaak gaat het in cassatie, in het kader van de vraag naar het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht, om de toepassing van art. 8 Verordening Rome I<sup>1</sup> in het licht van het arrest Gruber Logistics<sup>2</sup> van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU).

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Presta is een in Luxemburg gevestigde onderneming die overeenkomsten van opdracht sluit met opdrachtgevers in diverse landen van de Europese Unie. Daarbij verbindt zij zich tot het uitvoeren van arbeid ten behoeve van de verwerking van vlees en vleesproducten. Ter uitvoering van deze overeenkomsten van opdracht stelt zij werknemers van verschillende nationaliteiten tewerk in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie.

(ii) VLEP is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf

2000). Deelneming in VLEP is verplicht gesteld bij besluiten van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 1 april 2009<sup>3</sup> en 3 juni 2013<sup>4</sup> (hierna gezamenlijk: het Verplichtstellingsbesluit). Onder de werkingsfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen onder meer werknemers die in dienst zijn van inleenbedrijven die in de regel voor meer dan 50% van de totale loonsom op basis van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk arbeid laten verrichten binnen ondernemingen in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie.

(iii) Presta heeft in de jaren 2012-2017 werknemers ter beschikking gesteld aan, en laten werken in, Nederlandse ondernemingen in de vers vlees- en vleesbewerkende industrie (hierna: de werknemers).

(iv) Volgens VLEP viel Presta in de periode 2012 tot 2017 wat de werknemers betreft onder de werkingsfeer van het Verplichtstellingsbesluit. Zij heeft ambtshalve premienota's aan Presta gestuurd.

(v) Presta heeft de premienota's onbetaald gelaten.

(vi) VLEP heeft daarop een dwangbevel in de zin van art. 21 lid 1 Wet Bpf 2000 tegen Presta uitgevaardigd (hierna: het dwangbevel).

2.3. Voor zover in cassatie van belang vordert Presta in deze procedure primair dat haar verzet tegen het dwangbevel gegrond wordt verklaard en dat het dwangbevel buiten effect wordt gesteld, en subsidiair dat de vordering van VLEP op nihil wordt gesteld, althans wordt beperkt. In reconventie vordert VLEP onder meer betaling door Presta van hetgeen met het dwangbevel wordt gevorderd.

2.4. De kantonrechter heeft in conventie de vordering van Presta afgewezen en in reconventie de vordering van VLEP toegewezen.<sup>5</sup>

2.5. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.<sup>6</sup> Ten aanzien van de vraag welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

1 Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 2008, L 177/6.

2 HvJEU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600 (SC Gruber Logistics).

3 Stcrt. 2009, nr. 65.

4 Stcrt. 2013, nr. 15217.

5 Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294.

6 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11021.

De vraag naar het toepasselijk recht op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers moet worden beantwoord aan de hand van art. 8 Verordening Rome I. (rov. 2.11-2.12)

*Lid 1 – rechtskeuze.* De arbeidsovereenkomsten van de werknemers bevatten een rechtskeuze voor Luxemburgs recht. (rov. 2.14)

*Lid 2 – gewoonlijk werkland.* Het hof verwerpt het betoog van Presta dat de tewerkstelling in Nederland van tijdelijke aard was. De werknemers verriichten het belangrijkste deel van hun verplichtingen ten opzichte van Presta in Nederland. Nederland is daarom het gewoonlijk werkland. (rov. 2.15-2.21)

*Lid 4 – kennelijk nauwere band.* Onderzocht moet worden of er factoren zijn die meebrengen dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan het gewoonlijk werkland. De naar Luxemburg wijzende factoren leggen onvoldoende gewicht in de schaal om de uitzonderingsbepaling van lid 4 toe te passen en af te wijken van het recht van het gewoonlijk werkland. Bij die afweging betreft het hof ook de beschermingsgedachte van art. 8. (rov. 2.22-2.23)

*Conclusie.* De slotsom luidt dat Nederlands recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt en dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Daartoe behoort de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit. (rov. 2.24)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel I-B van het middel richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.24 dat de werknemers niet de bescherming kunnen verliezen van het dwingende Nederlandse recht. Geklaagd wordt onder meer – onder verwijzing naar het hiervoor in 2.1 genoemde arrest Gruber Logistics – dat het hof heeft miskend dat de rechter, om op grond van art. 8 Verordening Rome I in weerwil van een rechtskeuze te kunnen komen tot toepassing van het objectief toepasselijke recht, een concrete vergelijking dient uit te voeren tussen het niveau van bescherming waarvan sprake zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze (in dit geval: het beschermingsniveau dat wordt geboden door Nederlands recht) en het niveau van bescherming van het door partijen gekozen recht (in dit geval: Luxemburgs recht). Volgens de klacht heeft het hof ten onrechte een dergelijke concrete vergelijking niet uitgevoerd.

3.2.1. Art. 8 lid 1 Verordening Rome I bepaalt dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig art. 3 van die verordening hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van art. 8 Verordening Rome I toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.

3.2.2. Het HvJEU heeft in punt 27 van het arrest Gruber Logistics<sup>7</sup> geoordeeld dat de juiste toepassing van art. 8 Verordening Rome I vereist, ten eerste, dat de nationale rechter het recht aanwijst dat bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijk zou zijn geweest en dat hij op basis van dit recht de regels vaststelt waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, en ten tweede dat de rechter het niveau van bescherming dat aan de werknemer op grond van deze regels wordt geboden, vergelijkt met dat van het door de partijen gekozen recht. Indien het beschermingsniveau waarin deze regels voorzien hoger ligt, moeten die regels worden toegepast.

3.2.3. In het bestreden arrest heeft het hof geoordeeld dat de arbeidsovereenkomsten van de werknemers een rechtskeuze voor Luxemburgs recht bevatten en dat het Nederlandse recht van toepassing zou zijn als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt. De werknemers kunnen naar het oordeel van het hof daarom niet de bescherming verliezen van dwingendrechtelijke regels van Nederlands recht, waartoe de Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit behoren. Aldus heeft het hof het hiervoor in 3.2.2 genoemde tweede vereiste bij de toepassing van art. 8 Verordening Rome I miskend en ten onrechte niet onderzocht of het beschermingsniveau waarin deze (Nederlandse) regels voorzien hoger ligt dan dat van het door de partijen gekozen (Luxemburgse) recht. De hiervoor in 3.1 weergegeven klacht slaagt dus. De overige klachten van onderdeel I-B behoeven geen behandeling.

3.3. Onderdeel II richt zich tegen het oordeel van het hof dat Presta onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt. Het onderdeel is in-

<sup>7</sup> HvJEU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-218/20, ECLI:EU:C:2021:600 (SC Gruber Logistics), punt 27.

gesteld onder de voorwaarde dat onderdeel I faalt. Uit het vorenstaande volgt dat deze voorwaarde niet is vervuld, zodat onderdeel II niet kan worden onderzocht. Het desbetreffende oordeel van het hof geldt als in cassatie onbestreden, zodat de rechter na verwijzing aan dat oordeel is gebonden.

3.4. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 30 november 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt VLEP in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Presta begroot op € 14.337,26 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

#### NOOT

In het geschil tussen het in Luxemburg gevestigde bedrijf 'Presta' en de Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor Vlees, Vleeswaren, Gemaksvoeding en Pluimveevlees (hierna: VLEP) had het hof Arnhem-Leeuwarden (30 november 2021, «JAR» 2022/13, m.nt. Eleveld) eerder geoordeeld dat Presta gehouden is om achterstallige pensioenpremies, rente, boete en kosten aan VLEP te betalen, nu op grond van art. 8 lid 2 Rome Verordening (EG) nr. 592/2008 (hierna: Rome I) het Nederlandse recht moet worden aangemerkt als objectief toepasselijk recht. In mijn noot bij die uitspraak wierp ik twee vragen op: 1) Waarom heeft het hof niet aan de hand van het (toen) recente arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 15 juli 2021, «JAR» 2021/248 (*SC Gruber Logistics*)) getoetst welk pensioen een hoger niveau van bescherming biedt, namelijk het Luxemburgse pensioen (aangenomen dat dit een tweede pijler pensioen betreft) of het Nederlandse pensioen (VLEP)? en 2) In hoeverre kan verplichte aansluiting bij VLEP in overeenstemming worden geacht met het vrij verkeer van diensten? Beide

vragen komen in het cassatieberoep van Presta aan de orde.

De Hoge Raad gaat in het arrest alleen in op de eerste vraag en volgt daarbij de 'stappen' uit het *SC Grüber Logistics*-arrest. Dat betekent dat allereerst aan de hand van art. 8 Rome I wordt vastgesteld wat het objectief toepasselijke recht is en dat vervolgens het niveau van bescherming dat door deze regels wordt geboden wordt vergeleken met het niveau van bescherming dat wordt geboden door het gekozen recht. De regels die in het hoogste beschermingsniveau voorzien moeten, aldus het Hof in *SC Grüber Logistics*, worden toegepast. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat het hof Arnhem-Leeuwarden ten onrechte niet heeft onderzocht of het beschermingsniveau waarin de Nederlandse pensioenregels voorzien hoger ligt dan het door de partijen gekozen Luxemburgse recht. Hiermee slaagt het eerste door Presta aangevoerde cassatiemiddel. Het hof 's-Hertogenbosch zal zich moeten buigen over de vraag op welke wijze de beschermingsniveaus onder, enerzijds, het Luxemburgse recht en, anderzijds, het Nederlandse recht moeten worden vergeleken. Gezien het *SC Grüber Logistics*-arrest zal die vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht plaatsvinden op het niveau van samenhangende groepen van regels (de pensioenregelgeving) en niet op het gehele arbeidsrecht of een enkele wetsbepaling. Daarbij moet, zoals betoogd door de A-G, en zoals afgeleid kan worden uit het *SC Grüber Logistics*-arrest (zie r.o. 24-26), een vergelijking worden gemaakt tussen de verschillende beschermingsniveaus voor de werknemer in kwestie ('in concreto') in plaats van tussen de verschillende beschermingsniveaus voor de werknemers in het algemeen ('in abstracto'). Mijns inziens hangt de keuze tussen een vergelijking 'in concreto' of 'in abstracto' af van de aard van de arbeidsvoorwaarde. In deze zaak kan een vergelijking in concreto bijvoorbeeld betekenen dat de ene Presta-werknemer verzekerd zou moeten worden onder het Luxemburgse verzekeringsregime (bijvoorbeeld omdat voor deze werknemer op dat moment het Luxemburgse regime gunstiger is doordat hij al langere tijd bij Presta in dienst is), terwijl een andere Presta-werknemer verzekerd zou moeten worden bij de Nederlandse pensioenverzekering (VLEP). Het is zelfs mogelijk dat, afhankelijk van de voorwaarden, het meest gunstige regime ook nog kan wijzigen ge-

durende de duur van het arbeidscontract van een individuele werknemer. Anders dan in *SC Grüber Logistics*, waar het ging om de vaststelling van het meest gunstige minimumloon, lijkt een vergelijking 'in concreto' tussen pensioenverzekeringen dus praktisch niet goed uitvoerbaar.

Als het gaat om een andere arbeidsvoorwaarde, het vaststellen van de hoogte van een ontslagvergoeding, lijkt een vergelijking 'in concreto' op het eerste gezicht weinig problemen op te leveren. Hier kan zich echter wel een ander probleem voordoen, nu de vergelijking plaats moet vinden op het niveau van samenhangende groepen van regels. Denk daarbij aan het voorbeeld dat in het ene nationale systeem een relatief hoge ontslagvergoeding samengaat met een korte opzegtermijn, terwijl in het andere nationale systeem juist sprake is van een relatief lage ontslagvergoeding en een relatief lange opzegtermijn. Hoe bepaal je in dit geval wat het meest gunstige ontslagstelsel is (zie ook A-G, r.o. 4.16, met verwijzing naar M. Zilinsky, 'Rome I en arbeidsovereenkomst', *WPNR* 2009/6824, par. 4.2.)? Nog meer complicaties doen zich voor wanneer de duur van de opzegtermijn en de hoogte van de ontslagvergoeding ook nog eens samenhangen met de duur van het dienstverband. Kortom, over de vergelijking tussen nationale regels op grond van art. 8 Rome I is het laatste woord nog niet gezegd.

Nu het cassatiemiddel slaagt, gaat de Hoge Raad niet meer in op het tweede onderdeel van het cassatiemiddel, dat verplichte aansluiting bij VLEP strijdig is met het vrij verkeer van diensten. De A-G (9 december 2022,

ECLI:NL:PHR:2022:1157) besteedt wel uitgebreid aandacht aan dit onderdeel en stelt daarbij onder andere dat verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen niet alleen getoetst moet worden aan het vrij verkeer van diensten (art. 56 VWEU), maar ook aan het Europese mededingingsrecht (art. 106 lid 1 VWEU in samenhang met art. 102 VWEU). Op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*)) concludeert de A-G vervolgens dat een belemmering van het vrij verkeer van diensten in dit geval objectief kan worden gerechtvaardigd. Een verplichte aansluiting bij het Bedrijfspensioenfonds is namelijk noodzakelijk, omdat anders het pensioenfonds met de slechte risico's blijft zitten, als gevolg waarvan een solidaire verzekering en daarmee het (legiti-

me) doel van sociale bescherming van alle werknemers wordt ondermijnd.

Mijns inziens valt op die redenering nog wel wat af te dingen. Zo betreft het hier niet een vrijwillige 'opt-out' van Presta-werknemers. Integendeel *alle* werknemers van Presta, alsmede werknemers van andere bedrijven die zijn gevestigd in Luxemburg, zijn in principe op basis van hun arbeidsovereenkomst verplicht aangesloten bij dezelfde (collectieve) Luxemburgse verzekering. Het is dus maar de vraag of VLEP als gevolg van de categorale uitsluiting van werknemers die in dienst zijn van een Luxemburgs bedrijf alleen of met name de 'slechte risico's' overhoudt. Of sprake is van een belemmering van het vrij verkeer van diensten zal mogelijk opnieuw aan de orde komen indien het hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat de Luxemburgse verzekering aange-merkt moet worden als een eerste pijler pensioenvoorziening. In dat geval zou werkgever Presta namelijk premies moeten afdragen ten behoeve van zowel de Luxemburgse pensioenvoorziening als VLEP, hetgeen een belemmering van het vrij verkeer van diensten oplevert, zeker nu Nederlandse werkgevers geen premie AOW moeten afdragen. Het is dan aan dit hof om te oordelen of sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering.

mr. dr. A. Eleveld  
universitair hoofddocent sociaal recht, Vrije Universiteit

## 195

**Verjaringstermijn bij vakantie geldt niet als gevolg van schenden zorg- en informatieplicht**

Hoge Raad  
23 juni 2023, nr. 22/03486,  
ECLI:NL:HR:2023:955  
(mr. Polak, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide,  
mr. Salomons, mr. Teuben)  
(Concl. A-G De Bock)

**Niet-genoten vakantiedagen. Verval- en verjaringstermijn. Aanmoedigingsplicht.**

[BW art. 7:640a, 7:642; Richtlijn 2003/88/EG art. 7; Handvest grondrechten EU art. 31 lid 2]

*De werknemer treedt op 7 november 2005 bij de werkgever in dienst en is laatstelijk werkzaam als advocaat. De werknemer heeft recht op 25 vakantiedagen per kalenderjaar bij een arbeidsomvang van 40 uur per week. In 2018 verslechtert de arbeidsverhouding tussen partijen. De werknemer wordt in 2019 en in 2020 op non-actief gesteld. Bemiddeling door de deken van advocaten en mediation leiden niet tot een verbetering van de arbeidsverhouding. De werkgever verzoekt in deze procedure ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werknemer vordert een verklaring voor recht dat hij gerechtigd is tot het opnemen van 256,5 vakantiedagen die betrekking hebben op de periode tot en met 31 december 2019. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst en veroordeelt de werkgever om een bedrag ter hoogte van 22 vakantiedagen uit te betalen (ECLI:NL:RBDHA:2020:12134). Het hof vernietigt het vonnis gedeeltelijk en veroordeelt de werkgever een bedrag ter hoogte van 186,50 vakantiedagen aan de werknemer uit te betalen (ECLI:NL:GHDHA:2022:1789, en voor de tussenuitspraak «JAR» 2022/47, m.nt. Arts). Hieraan ligt ten grondslag dat de wettelijke verjaringstermijn (art. 7:642 BW) niet aan de werknemer kan worden toegeworpen, omdat de werkgever niet aan zijn zorg- en informatieplicht heeft voldaan. Tegen dit oordeel keert de werkgever in cassatie.*

*De Hoge Raad beslist dat het hof terecht art. 7:642 BW buiten toepassing heeft gelaten. Uit de tussenbeschikking van het hof volgt dat de werkgever onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat de werkgever jegens de werknemer aan zijn zorg- en informatieverplichting ex art. 7 Richtlijn 2003/88/EG en art. 31 lid 2 EU-Handvest heeft voldaan. De werkgever heeft de werknemer dus niet daadwerkelijk in staat gesteld zijn recht op vakantie met behoud van loon uit te oefenen. Het Hof van Justitie heeft in het arrest LB («JAR» 2022/271) geoordeeld dat art. 7 Richtlijn en art. 31 lid 2 EU-Handvest zich verzetten tegen de toepassing van de Duitse verjaringstermijn van drie jaar in de situatie waarin de werkgever de werknemer niet daadwerkelijk in staat heeft gesteld om het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon uit te oefenen. Er kan redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat deze overweging ook geldt voor de verjaringstermijn van vijf jaar uit art. 7:642 BW.*

*NB. De uitkomst in deze zaak is geen verrassing. In de zaak Max-Planck oordeelde het Hof van Justitie dat niet-genoten minimumvakantiedagen niet mogen 'vervallen' als de werknemer niet daadwerkelijk in staat is gesteld zijn recht op vakantie met behoud van loon uit te oefenen («JAR» 2018/318, m.nt. Funke). Hieraan voegde het Hof in 2022 toe dat een vordering ook niet mag 'verjaren' als de werkgever niet aan zijn zorg- en informatieplicht heeft voldaan («JAR» 2022/271 en TRA 2022/93, m.nt. Grosheide). Zie «JAR» 2022/112, m.nt. Stege, waarin kantonrechter Rotterdam art. 7:642 BW eveneens buiten toepassing liet.*

*[Werkgever], handelend onder de naam [advocaten en belastingadviseurs], te [vestigingsplaats], verzoeker tot cassatie, hierna: [werkgever], advocaat: J.H.M. van Swaaij, tegen [werknemer] te [woonplaats], verweerder in cassatie, hierna: [werknemer], niet verschenen.*