

Civiel

PJ 2018/142

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

6 juli 2018, nr. 17/02403

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. W.L. Valk)
met red. aant. mr. W.P.M. Thijsen

Art. 3:279, 3:288, 8:204, 8:211, 8:219 BW; art. 348 Rv

NJB 2018/1432

RvdW 2018/965

ECLI:NL:HR:2018:1108

ECLI:NL:PHR:2018:741

Vordering tot pensioenschadevergoeding uit hoofde van zee-arbeidsovereenkomst bevoorrecht boven hypotheek op schip.

De vordering tot betaling van een pensioenschadevergoeding in verband met het ten onrechte niet bij een pensioenuitvoerder onderbrengen door de werkgever van prepensioen waarop recht bestaat op grond van een zee-arbeidsovereenkomst is bevoorrecht boven het recht van hypotheek van de bank op een zeeschip. Daarbij is geen beroep mogelijk op de beperking dat vorderingen met betrekking tot loon, salaris of beloningen slechts over een periode van maximaal 1 jaar bevoorrecht zijn. Beroep op de wettelijke vervaltermijn van 1 jaar voor het voorrecht prijsgegeven, daar sprake was van een gedekt verweer, waarvan in het algemeen uitsluitend sprake is indien uit de proceshouding van de procespartij die het verweer in eerste aanleg toekwam ondubbelzinnig is voortgevloeid dat het is prijsgegeven. Bepalingen in zee-arbeidsovereenkomsten dienen op grond van het concordantiebeginsel naar Nederlands en Curaçaos recht gelijk te worden uitgelegd.

Redactionele aantekening

Deze uitspraak betreft het cassatieberoep op Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:241, PJ 2017/45 (niet geannoteerd). Zie daarnaast de zeer lezenswaardige conclusie van de A-G van 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:741. De voor de rechtsontwikkeling relevante oordelen van de Hoge Raad werden in de samenvatting van het arrest weergegeven. Ik plaats in deze aantekening korte opmerkingen bij de interpretatie van het begrip "loon" in art. 8:211, aanhef en onder b BW, de bevoorrecht, de vervaltermijn en het concordantiebeginsel en sluit af met een analyse omtrent het belang voor de rechtspraak van de geannoteerde uitspraak. *Loonbegrip*. De heersende leer is dat tot uitkering gekomen *pensioen* civielrechtelijk niet als "loon" geldt omdat het pas na het eindigen van de arbeidsovereenkomst wordt uitgekeerd, zodat geen rechtstreeks verband met de arbeid bestaat (art. 7:610 lid 1 BW), de werkgeverspremie voor de verwerving van pensioenaanspraken evenmin als "loon" kwalificeert omdat deze niet aan de werknemer zelf wordt betaald, maar werknemerspremie voor pensioenverwerving wel tot het loon behoort omdat deze component van de pensioenpremie wel door de werkgever aan de werknemer wordt betaald (maar vervolgens door de werknemer wordt afgedragen; veelal door middel van inhouding door de werkgever). Zie bijvoorbeeld E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 426-427. Civielrechtelijk kwalificeren *pensioenaanspraken* wel als loon, omdat pensioenaanspraken door de werkgever aan de werknemer zijn verschuldigd als tegenprestatie voor de verrichte arbeid en onder "loon" moet worden verstaan wat de werkgever voor de verrichte arbeid aan de werknemer verschuldigd is (uitdrukkelijk HR 18 december 1953, NJ 1954/242 inzake Zaal/Gossink, bevestigd in HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681 inzake Huize Bethesda/Van der Vlies, r.o. 3.8), en wel als *bedongen* tegenprestatie (die verduidelijking brengt Verhulp aan in T&C BW, art. 7:610 BW, aant. 2 onder c). Impliciet in die zin m.i. ook Lutjens in *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/100 met een beroep op HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, NJ 1982/503 inzake Boon/Van Loon omdat de pensioenaanspraak blijkt r.o. 10 van dat arrest als een voorwaardelijk vorderingsrecht en daarom als een vermogensrecht moet worden opgevat (vgl. Lutjens, a.w., p. 87 ten aanzien van het beloningskarakter van de pensioenaanspraak en p. 91-95 ten aanzien van het vermogensrechtelijke karakter van pensioen). Het oordeel van de Hoge Raad dat de vordering strekkend tot be-

taling van schadevergoeding ter vervanging van ten onrechte niet toegekende pensioenaanspraken niet tot het loon behoort lijkt in het licht van het voorgaande juist, omdat deze betaling niet de voor de verichte arbeid *bedongen* tegenprestatie vormde. *Bevoorrecht*. In het logische verlengde van het oordeel van de Hoge Raad dat de pensioen vervangende betaling niet onder het loonbegrip van art. 8:211, aanhef en onder b BW valt, ligt het oordeel dat geen beroep kon worden gedaan op de beperking inhoudend dat het voorrecht van art. 8:211, aanhef en onder b BW slechts geldt voor loonvorderingen over een tijdvak van 12 maanden. De vordering gold immers niet als loonvordering. Ook op dat punt lijkt het oordeel van de Hoge Raad daarom juist. *Vervaltermijn*. Omdat het verweer tegen het beroep op de vervaltermijn van art. 8:219 BW was gedekt, kwamen hof en Hoge Raad op dit punt niet tot een inhoudelijke beoordeling. Ook de rechtbank kwam niet toe aan inhoudelijke beoordeling van dit punt, omdat de bank naar het feitelijk oordeel van de rechtbank (te kennen uit r.o. 11 van het arrest van het hof, dat in cassatie niet kon worden getoetst) afstand van beroep op art. 8:219 BW had gedaan. Hoe zou het oordeel hebben geluid indien geen afstand van de verweermogelijkheid van art. 8:219 zou zijn gedaan? Art. 219 BW houdt in dat het voorrecht van art. 8:211, aanhef en onder b BW teniet gaat door verloop van een jaar nadat de vordering uit zee-arbeidsovereenkomst is ontstaan, tenzij binnen dat jaar een vordering is ingesteld. Uit r.o. 2.3 van het arrest van het hof blijkt dat de werknemers begin juli 2013 met hun vordering bekend werden. Een reactie op een brief met onbekende inhoud namens hun advocaat volgde op 12 november 2014. Omdat de datum van de brief van de advocaat van de werknemers niet blijkt, en evenmin blijkt of in die brief daadwerkelijk een vordering werd ingesteld, valt niet te beoordelen of een beroep op de vervaltermijn redelijke kans van slagen zou hebben gehad. *Concordantiebeginsel*. Art. 8:211, aanhef en onder b BW en het BW van Curaçao verschillen slechts in die zin, dat het Nederlandse BW zich richt op “vorderingen (...) uit zee-arbeidsovereenkomsten”, terwijl het Curaçaose BW zich blijkens r.o. 4.1.2 richt op “vorderingen ontstaan uit de arbeidsovereenkomsten van de kapitein of de andere leden van de bemanning”. Kennelijk omdat dit tekstverschil voor de beoordeling van deze zaak niet relevant was (de aanvankelijke eisers voldeden aan beide criteria), oordeelde de Hoge Raad dat het Nederlandse en het Curaçaose BW in het kader van deze zaak gelijk dienden te worden uitgelegd op grond van het concordantiebeginsel zoals vastgelegd in art. 39 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. *Belang voor de rechtspraak*. Het directe belang voor de rechtspraak van de geannoteerde uitspraak is beperkt, omdat de uitspraak ten onrechte in eigen beheer gehouden pensioenaanspraken betrof. Eigen beheer is niet toegestaan op grond van art. 23 Pensioenwet en was sedert 1953 al niet toegestaan op grond van art. 2 lid 1 Pensioen- en spaarfondsenwet (sinds 1 juli 2017 ook niet meer voor een DGA op grond van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Stb.* 2017, 155). De vraag rijst waarom de positie van werknemers uit hoofde van een zee-arbeidsovereenkomst zoveel sterker is dan die van werknemers uit hoofde van een “gewone” arbeidsovereenkomst. Voor hen geldt op grond van art. 3:288 BW ook een voorrecht ter zake vervallen en toekomstige termijnen van in eigen beheer gehouden pensioen en de afdracht van pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder. Dat voorrecht gaat echter niet vóór hypotheek omdat geen aan art. 8:211, aanhef en onder b BW soortgelijke regeling voor “gewone” werknemers, afwijkend van art. 3:279 BW waarin is bepaald dat hypotheek voorgeeft aan voorrangrechten, in het BW is opgenomen. De A-G merkt hierover in overweging 6.3 van zijn conclusie op dat de hoge bevoorrechtiging zijn grondslag vindt in toepassing van het profijtbeginsel: omdat het schip “profiteert” van de werkzaamheden van de werknemers aan boord, komt hen een voorrecht toe voor hun vorderingen uit hoofde van hun zee-arbeidsovereenkomst dat vóórgaat boven hypotheek (in deze zaak hypotheek van de bank op het schip strekkend tot zekerheid voor verleend krediet).

mr. W.P.M. Thijssen

Coöperatieve Rabobank U.A., als rechtsopvolgster krachtens juridische fusie onder algemene titel per 1 januari 2016 van Coöperatieve Rabobank Rotterdam U.A., gevestigd te Amsterdam, eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. F.E. Vermeulen, tegen
Verweerders 1 t/m 11.

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- a. de vonnissen in de zaak C/10/458046/HA ZA 14-874 van de rechtbank Rotterdam van 7 januari 2015, 9 december 2015 en 30 september 2015;

- b. de arresten in de zaak 200.183.559/01 van het gerechtshof Den Haag van 14 februari 2017 en 4 april 2017.

Het arrest van het hof van 14 februari 2017 is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 14 februari 2017 waartegen het hof bij arrest van 4 april 2017 cassatieberoep heeft opgesteld heeft Rabobank beroep in cassatie ingesteld. [Verweerders] hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De procesinleiding en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot verwerping van zowel het principaal als het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

De advocaat van Rabobank heeft op 3 mei 2018 schriftelijk op die conclusie gereageerd. De advocaat van [verweerders] heeft dat gedaan op 4 mei 2018.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i) [verweerders] hebben krachtens een arbeidsverhouding met Avra Towage B.V. (hierna: Avra Towage) als kapitein of stuurman gevaren op een of meer van zeven schepen, de 'North', 'South', 'East', 'West', 'Northwind', 'Southwind' en 'Compass' (hierna: de schepen).
- ii) De schepen waren eigendom van zogenoemde 'single ship companies'. De scheepseigenaren waren gevestigd te Rotterdam en hielden kantoor op hetzelfde adres als Avra Towage. De schepen waren geregistreerd in het Scheepsregister van Curaçao.
- iii) Rabobank heeft op elk van de schepen een recht van hypotheek verkregen ter zake van vorderingen op de desbetreffende scheepseigenaar of op Avra Towage.
- iv) De arbeidsovereenkomsten van [verweerders] met Avra Towage (hierna: de arbeidsovereenkomsten) bevatten een van de volgende bepalingen:

"De werknemer wordt opgenomen in de 'Pensioenregeling van het Bedrijfspensioenfonds voor de Koopvaardij'".

of (eenmaal):

"De werknemer kan zich aanmelden bij het 'Bedrijfspensioenfonds voor de Koopvaardij'. De werkgevers premie zal door de werkgever worden betaald."

of (eenmaal):

"De werknemer wordt aan[ge]meld bij het 'Pensioenfonds voor de Koopvaardij'."

- v) Avra Towage heeft [verweerders] aangemeld bij het Bedrijfspensioenfonds voor de Koopvaardij (hierna: het pensioenfonds) voor de regelingen van prepensioen en pensioen. Avra Towage hield op het maandsalaris van [verweerders] bedragen in voor het pensioenfonds, extra pensioenpremie en vroegpensioen.
- vi) Begin juli 2013 heeft het pensioenfonds aan [verweerders] meegedeeld dat de deelname van Avra Towage aan de pensioenregeling van het pensioenfonds met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2010 is beëindigd omdat de grond voor verplichte deelname niet (meer) aanwezig is, en dat er vanaf 1 januari 2010 geen opbouw meer heeft plaatsgevonden.
- vii) Op 17 februari 2014 hebben [verweerders], met uitzondering van Bakker en Charpentier, een voorrecht op de schepen op grond van art. 8:215 in verbinding met art. 8:211, aanhef en onder b, Burgerlijk Wetboek Curaçao (hierna: BWC) doen inschrijven in het Scheepsregister van Curaçao. Vervolgens hebben [verweerders], met uitzondering van [verweerder 5] en [verweerder 6], op 12 mei 2014 conservatoir beslag doen leggen op de 'North', 'South', 'East' en 'West'.

- viii) Op 14 mei 2014 heeft Rabobank de 'North', 'South', 'East' en 'West' executoriaal verkocht. De veilingopbrengst bedroeg € 5.900.000,--. Daarvan is een bedrag van € 720.000,-- in depot gestort.
- ix) Avra Towage is op 20 mei 2014 in staat van faillissement verklaard. Omstreeks 6 juni 2014 hebben [verweerders] in het faillissement van Avra Towage schadevergoedingsvorderingen ter verificatie ingediend. De curator heeft bij brief van 13 juni 2014 verklaard dat hij de vorderingen van [verweerders] op Avra Towage voorlopig kan erkennen.
- x) Rabobank en [verweerders] zijn overeengekomen dat [verweerders] hun voorrechten op de schepen doorhalen en op korte termijn een procedure voeren voor de rechtbank Rotterdam om een verklaring voor recht te krijgen over het bestaan, de omvang, de verhaalbaarheid en de bevoorrechtiging van hun vorderingen op Avra Towage.

3.2.1 In dit geding is in de kern genomen de vraag aan de orde of de vorderingen van [verweerders] op Avra Towage tot schadevergoeding uit wanprestatie — daarin bestaande dat in de periode 2010 tot 2014 (of het de betrokken zeevarende aangaande gedeelte daarvan) geen (pre)pensioen is opgebouwd bij het pensioenfonds — verhaalbaar zijn op een of meer van de schepen met voorrang boven het op de schepen rustende hypotheekrecht.

3.2.2 De rechtbank heeft op de daartoe strekkende vorderingen van [verweerders] tot verklaringen voor recht bij tussenvonnissen van 30 september 2015 — voor zover in cassatie van belang — geoordeeld dat Avra Towage jegens [verweerders] aansprakelijk is tot een zodanige schadevergoeding dat het (pre) pensioengat van [verweerders] wordt verholpen. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat de daarop gebaseerde vorderingen zijn ontstaan uit de (zee-) arbeidsovereenkomsten van [verweerders] met Avra Towage en dat deze vorderingen vallen onder het bereik van art. 8:211, aanhef en onder b, BW. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat de beperking van het slot van art. 8:211, aanhef en onder b, BW in dit geval niet geldt en dat de vervaltermijn van art. 8:219 BW in dit geval geen rol speelt. Ook heeft de rechtbank geoordeeld dat de vordering tot herstel van het (pre)pensioengat voor het geheel verhaalbaar is op elk schip waarop of waarvoor de zeevarende heeft gewerkt. De rechtbank heeft tussentijds hoger beroep van dit vonnis toegestaan.

3.2.3 Het hof heeft het tussenvonnis van de rechtbank vernietigd voor zover daarin is beslist dat de vordering tot herstel van het (per zeevarende verschillende) (pre)pensioengat voor het geheel verhaalbaar is op elk schip waarop of waarvoor de zeevarende heeft gewerkt, en heeft beslist dat de vordering tot schadevergoeding wordt toegerekend aan een schip in evenredigheid met de periode gedurende welke de zeevarende op of ten behoeve van een schip heeft gewerkt. Het hof heeft het tussenvonnis van de rechtbank voor het overige bekrachtigd.

3.2.4 Het hof heeft vastgesteld dat de arbeidsovereenkomsten voor Avra Towage een verplichting meebrachten tot het doen opnemen (of het aanmelden) van [verweerders] in (voor) de pensioenregeling en dat Avra Towage aan deze verplichting niet heeft voldaan omdat [verweerders] vanaf 2010 niet aan het pensioenfonds hebben deelgenomen en dus vanaf dat jaar geen (pre)pensioen hebben opgebouwd (rov. 5.4-5.5).

3.2.5 Het hof heeft de grief van Rabobank die zich richtte tegen het oordeel van de rechtbank dat deze vorderingen zijn ontstaan uit de arbeidsovereenkomsten en dat deze vorderingen dus binnen het bereik van het voorrecht van art. 8:211, aanhef en onder b, BW vallen, verworpen. Het heeft daartoe — voor zover in cassatie van belang — eerst in het algemeen het volgende overwogen:

“6.3 De grondslag van het voorrecht van art. 8:211 aanhef en onder b BW werd aanvankelijk gezocht in de profijtgedachte, in die zin dat bevoorrecht zijn vorderingen voor werkzaamheden waarvan het schip profiteert. Tegenwoordig worden humanitaire en sociale redenen, de bescherming van de rechtspositie van de bemanning, als grondslag aangewezen (zie HR 23 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3588; S&S 2009/49 (Pamina)). Deze humanitaire en sociale motieven leiden in het algemeen tot een ruimhartige toepassing van het voorrecht binnen de door de wet omliggende kaders.

Voor zover de profijtgedachte nog enige gelding heeft, wordt daaraan voldoende recht gedaan door voor bevoorrechtiging de eis te stellen dat de vorderingen voortspruiten uit de zee-arbeidsovereenkomst, die op zichzelf een voor het schip profijtelijke aangelegenheid vormt. Niet noodzakelijk is om daarenboven voor elke vordering, waarvan al vaststaat dat zij uit de ten voordele van het schip strekkende arbeidsovereenkomst is ontstaan, na te gaan of ook de concrete handelingen waarop deze bepaalde vordering ziet, het schip voordeel hebben gebracht. Aan dat vereiste voldoen meer vorderingen niet waarvoor niettemin een voorrecht wordt aangenomen, zoals de vordering tot schadevergoeding wegens een bedrijfs-

geval of wegens onregelmatig ontslag. De achtergrond van de regeling vormt *a priori* dus geen reden om een vordering tot (pre)pensioenopbouw niet bevoorrecht te achten.

6.4 De wetsgeschiedenis van art. 8:211 BW werpt niet veel licht op de zaak. De bepaling is ontleend aan art. 767 K, de voorganger van art. 8:821 BW, waarin voor de binnenvaart een met art. 8:211 BW overeenkomende regeling was opgenomen. De voorganger van art. 767 K, art. 758 lid 1.2a K, bevatte naast het voorrecht voor vorderingen uit arbeidsovereenkomst ook een voorrecht voor de premies der sociale verzekeringen. Dat laatste voorrecht is (als afzonderlijk geregeld voorrecht) geschrapt na de totstandkoming in 1965 te Genève van de Overeenkomst inzake inschrijving van binnenschepen. Artikel 11 aanhef en onder b van het bij die Overeenkomst behorende Protocol I, heeft dezelfde inhoud als art. 8:821 BW en art. 8:211 BW (met dien verstande dat dit laatste artikel een langere termijn geeft): vorderingen terzake van arbeidsovereenkomsten van de kapitein of een ander bemanningslid genieten voorrang boven hypotheek, met dien verstande dat wat betreft salarissen, lonen of andere vormen van beloning, zij slechts ten aanzien van bedragen die over een tijdvak van ten hoogste zes maanden moeten worden betaald bevoorrecht zijn.

6.5 Art. 3:288 BW, aanhef en onder c en d (dat ook in Curaçao geldt met dien verstande dat het woord werknemer is vervangen door arbeider), verleent de werknemer (die niet zeevarend is) zowel een (algemeen) voorrecht voor hetgeen hij in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft (art. 3:288 aanhef en onder e BW), als een voorrecht voor hetgeen waarop hij ter zake van de in het recente verleden vervallen termijnen van pensioen (art. 3:288 aanhef en onder c BW) en voor toekomstige termijnen van pensioen recht heeft (art. 3:288 aanhef en onder d BW). Dit artikel wordt door de Hoge Raad weliswaar restrictief uitgelegd, in die zin dat een vordering van een werknemer tot financiering van de aanwas van zijn pensioenaanspraken bij een pensioenfonds (niet afgefinancierde backservice), ook als dit tot de inhoud van de arbeidsovereenkomst behoort, niet onder de werking van het artikel valt, noch onder d, noch onder e (HR 24 januari 2003, NJ 2003/197), maar dit oordeel berust erop dat in de onderhavige bepaling de niet in art. 8:211 BW voorkomende beperking is opgenomen dat het moet gaan om een vordering (terzake van vervallen of toekomstige pensioenen) van de werknemer *jegens de werkgever* (die geen pensioenvoorziening bij een pensioenfonds of een verzekering heeft getroffen) dan wel om een vordering in geld van de werknemer op de werkgever. Uit het opnemen van pensioenen in de bepaling kan in elk geval worden afgeleid dat de wetgever van mening is dat de rechten jegens de werkgever in verband met overeengekomen pensioenaanspraken een voorrecht verdienen.

(...)

6.7 Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de bewoordingen en de strekking van de bepaling pleiten voor een ruime invulling van het begrip vordering uit arbeidsovereenkomst.”

3.2.6 Vervolgens heeft het hof – voor zover in cassatie van belang – ter zake van de vorderingen van [verweerders] op Avra Towage overwogen:

“1. Is de vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst in de zin van art. 8:211 aanhef en onder b BW?

8.1 (...)

Zoals hiervoor (...) is overwogen, dient de verplichting van Avra Towage om de Zeevarenden op te laten nemen in het Pensioenfonds redelijkerwijze te worden opgevat als een verplichting om ervoor te zorgen dat de Zeevarenden (pre-)pensioen opbouwd. De verplichting vormt een arbeidsvoorwaarde en maakt dus deel uit van de Arbeidsovereenkomsten.

8.2 Er is geen reden om in het kader van de bevoorrechttingsvraag onderscheid te maken tussen het werkgeversdeel en het werknemersdeel van de pensioenpremies, noch om daarvan het fictieve rendement uit te zonderen. Van al deze onderdelen kan worden gezegd dat zij behoren tot de verplichtingen van de werkgever uit hoofde van diens pensioentoezegging in het kader van de Arbeidsovereenkomsten.

(...)

Betreft een vordering tot schadevergoeding wegens niet-betaling van de pensioenpremies een vordering uit arbeidsovereenkomst?

9.1 De Zeevarenden vorderen geen nakoming van de verplichting van Avra Towage jegens hen om ervoor te zorgen dat zij (pre-)pensioen opbouwen, maar schadevergoeding

wegens het niet-nakomen van die verplichting. De verplichting om te zorgen voor (pre-)pensioenopbouw vormt een arbeidsvoorwaarde en is dus uit de Arbeidsovereenkomst ontstaan. De (secundaire) vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van die verplichting die strekt tot goedmaking van de tekortkoming in de (primaire) verplichting, moet dan eveneens worden aangemerkt als een uit de Arbeidsovereenkomst ontstane vordering.

9.2 Rabobank betoogt dat een dergelijke schadevergoedingsvordering niet onder het voorrecht valt, omdat er een te ver verwijderd verband is met de Arbeidsovereenkomst en omdat het deels om gevolgschade gaat. Dat betoog kan niet als juist worden aanvaard. Nu de vordering tot nakoming van de pensioenopbouwverplichting onder de Arbeidsovereenkomst valt, kan de vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van de pensioenverplichtingen eveneens tot de vorderingen uit Arbeidsovereenkomst worden gerekend. Toegevoegd wordt nog dat een vordering tot schadevergoeding wegens een bedrijfsongeval eveneens als een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst wordt beschouwd. Ook een vordering tot schadevergoeding wegens onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gewoonlijk als een vordering uit (zee-) arbeidsovereenkomst aangemerkt. Ook is er, anders dan Rabobank meent, geen reden om de schadevergoeding of de wettelijke verhoging, verschuldigd wegens vertraging in de betaling van het loon, niet aan te merken als een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst.

9.3 De conclusie is dan ook dat de vordering tot schadevergoeding wegens het niet onderbrengen van de Zeevarenden in het Pensioenfonds en het niet betalen van de daarvoor benodigde premies een vordering uit zee-arbeidsovereenkomst is als bedoeld in art. 8:211 van het Nederlandse BW en als een vordering uit arbeidsovereenkomst in de zin van het BW van Curaçao. Grief IV faalt derhalve.”

3.2.7 Ten aanzien van de grief van Rabobank die zich richtte tegen het oordeel van de rechtbank dat voor de vorderingen van [verweerders] niet de beperking van art. 8:211, aanhef en onder b (slot), BW geldt, heeft het hof het volgende overwogen:

“III. Is de vordering in tijd beperkt tot een tijdvak van twaalf maanden in de zin van art. 8:211 aanhef en onder b slot BW?

(...)

10.2 Het voorrecht van art. 8:211 aanhef en onder b BW heeft blijkens de bewoordingen ervan betrekking op vorderingen ontstaan uit de (zee-)arbeidsovereenkomsten, met dien verstande dat de vorderingen met betrekking tot loon, salaris of beloningen slechts bevoorrecht zijn tot op een bedrag over een tijdvak van twaalf maanden verschuldigd. Uit de tweedeling van het artikel, waarbij alleen voor kort gezegd loonvorderingen een beperking in tijd wordt aangebracht, kan worden afgeleid dat er ook andere vorderingen uit (zee-)arbeidsovereenkomsten kunnen ontstaan dan loonvorderingen.

10.3 Zoals hiervoor in rov. 8.2 reeds is overwogen is er geen reden om in het kader van art. 8:211 BW onderscheid te maken tussen werkgevers- en werknemersdelen en het fictief rendement.

10.4 Bij de beantwoording van de vraag onder welke categorie de onderhavige vordering valt, wordt in aanmerking genomen dat bij de beperking van loonvorderingen en dergelijke tot een periode van twaalf maanden mede een rol zal hebben gespeeld dat de werknemer gewoonlijk binnen korte tijd (bijvoorbeeld na afloop van de reis) zal gewaar worden dat zijn loon niet is of wordt uitbetaald en dan direct maatregelen kan nemen. Het niet nakomen van pensioenverplichtingen zal daarentegen vaak minder snel/gemakkelijk worden opgemerkt; een (niet altijd eenvoudig te doorgronden) overzicht van de pensioenaanspraken wordt meestal maar eenmaal per jaar verschaft en zal mogelijk ook niet in alle gevallen het niet nakomen aan het licht brengen. Het kan dan ook aanmerkelijk langer duren voordat een zeevarende zich ervan bewust wordt dat zijn werkgever diens pensioenverplichtingen niet is nagekomen. Daarvan uitgaande ligt in de rede om aan te nemen dat pensioenvorderingen als de onderhavige, anders dan loonvorderingen, niet beperkt zijn tot een periode van twaalf maanden. Daarvoor pleit ook de omstandigheid dat het hier gaat om een pas later – na het terugstorten van de premie door het Pensioenfonds en het niet wederom storten van de (pre-) pensioenpremies – ontstaan tekort, waarop de Zeevarenden niet vóór het terugstorten bedacht konden zijn.

10.5 Maar ook als de (totale) pensioenverplichtingen als loon/beloning worden aangemerkt, zou de kwalificatie in dit bijzondere geval niet anders uitvallen. De omstandigheid dat de vordering pas is ontstaan, althans opeisbaar is geworden, nadat het Pensioenfonds de premies had teruggestort, maakt dat hier in redelijkheid moet worden aangenomen dat de vordering tot schadevergoeding wegens het niet nakomen van de pensioenverplichtingen door Avra Towage in haar gehele omvang in de periode van twaalf maanden verschuldigd is geworden.

(...)

10.7 Het onderhavige geval moet zoals gezegd worden aangemerkt als een atypische, zeer bijzondere situatie. Achteraf heeft het Pensioenfonds geconstateerd dat de voorwaarden voor verplichte deelneming niet waren vervuld en heeft het op die grond de ingelegde premies teruggestort (waarbij de berekening van de omvang onnavolgbaar is). Daarna heeft zich nog de complicatie voorgedaan dat Rabobank zich op de teruggestorte som heeft verhaald. Normaal gesproken zal een pensioenfonds de ontvangen premies behouden en de werknemer ook bij wanbetaling diens pensioen betalen. De situatie is vergelijkbaar met het geval dat zich een bedrijfsongeval van serieuze omvang voordoet. Rabobank heeft uiteengezet dat zij ter voorkoming van onverwachte financieel nadeel voor haar zekerheden in een dergelijk geval van de wederpartij verlangt dat deze een goede verzekering met het oog op ongevallen sluit. In die context zou zich een met het onderhavige geval vergelijkbare situatie kunnen voordoen als de verzekering geen dekking bood op grond van een clause in de polis of op grond van niet betaling van de premie. Ook dat zou geen reden mogen vormen om aan een vordering terzake van voornoemd bedrijfsongeval het voorrecht te onthouden. De conclusie luidt dan ook dat de door de Rabobank genoemde ongewenste consequentie onvoldoende reden vormt om tot een ander oordeel te komen. Toegevoegd wordt nog, terzijde, dat wellicht ook zekerheden kunnen worden verlangd in het kader van de deugdelijke nakoming van de pensioenverplichtingen.”

3.2.8 Het hof heeft de grief van Rabobank die zich richtte tegen het oordeel van de rechtbank dat de vervaltermijn van art. 8:219 BW geen rol speelt, eveneens verworpen en daartoe overwogen:

“11.2 De rechtbank is tot die aanname gekomen doordat in het proces-verbaal van de comparitie van partijen staat dat Rabobank heeft verklaard dat de vervaltermijn van art. 8:219 BW in deze zaak geen rol speelt en dat Rabobank daarop geen beroep doet. Bij memorie van grieven voert Rabobank aan dat zij alleen heeft gezegd dat zij ter zake van de vervaltermijn geen beroep zou doen op het na 1 juli 2014 instellen van een vordering in rechte.

11.3 De nu door Rabobank bepleite versie van haar verklaring van afstand blijkt niet uit het proces-verbaal. Daarin staat ongeclausuleerd dat Rabobank geen beroep doet op art. 8:219 BW. In beginsel moet worden uitgegaan van de juistheid van het proces-verbaal. Rabobank heeft geen omstandigheden aangevoerd waarom dit in het onderhavige geval anders zou zijn.

11.4 Bovendien faalt het beroep op de vervaltermijn. De vordering tot schadevergoeding werd pas opeisbaar op het moment dat de Zeevarenden de schade leden. Dat moment brak aan toen de deelname van de Zeevarenden aan het Pensioenfonds met terugwerkende kracht werd beëindigd. Aangenomen moet worden dat de deelname werd beëindigd op het moment dat de brieven met die inhoud door de Zeevarenden werden ontvangen. De overgelegde brieven zijn gedateerd op 2 juli 2013 of later. De vervaltermijn verliep dus niet vóór 1 juli 2014. De dagvaarding in deze procedure is van 8 augustus 2014, maar de Rabobank heeft (in haar visie) afstand gedaan van een beroep op overschrijding van de termijn voor zover die na 1 juli 2014 is gelegen.”

3.2.9 Ten aanzien van de grief van Rabobank die zich richtte tegen het oordeel van de rechtbank dat de vordering ten volle verhaalbaar is op elk schip waarop of ten behoeve waarvan de zeevarende heeft gewerkt, heeft het hof het volgende overwogen:

“Volledige verhaalbaarheid van de vordering op elk schip waarop is gewerkt?

(...)

12.2 De vordering van de Zeevarenden is bevoorrecht omdat zij is ontstaan uit de Arbeidsovereenkomsten. De wet stelt voor bevoorrecht niet de eis dat de vorderingen

verband houden met aan boord van een bepaald schip verrichte werkzaamheden. Zoals Rabobank zelf ook aangeeft, is de aanvankelijk in de wettekst voorkomende beperking tot de tijd gedurende welke de zeevarende aan boord van een zeeschip in dienst is met de invoering van art. 8:211 BW komen te vervallen. Algemeen wordt aangenomen dat dat betekent dat die beperking niet langer geldt. (...)

12.3 Art. 8:211 BW verleent voorrechten op een bepaald Schip. Om vast te stellen op welk bepaald schip het voorrecht rust, moet worden nagegaan op of ten behoeve van welk schip de arbeid is verricht. Als een schepeling op verschillende schepen heeft gewerkt en gedurende die periode in het geheel geen loon heeft ontvangen, moet zijn vordering naar evenredigheid worden toegerekend naar de verschillende Schepen waarop en ten behoeve waarvan hij heeft gewerkt. Is gedurende een jaar op vier schepen, A, B, C en D, arbeid verricht, elk gedurende drie maanden, dan is een vierde van de vordering bevoorrecht op Schip A, een vierde op schip B, enzovoorts. Tijd aan wal in verband met ziekte of verlof dient naar evenredigheid te worden toegerekend aan elk van de schepen waarop of ten behoeve waarvan is gearbeid. Rabobank heeft dus gelijk dat de vordering per schip moet worden uitgesplitst.

12.4 De Zeevarenden hebben daartegen ingebracht dat moeilijk bepaalbaar is op welk zeeschip de vorderingen zijn bevoorrecht en dat de rekenkundige samenhang moeilijk bepaalbaar is. Aan dat bezwaar wordt voorbijgegaan. De vordering tot schadevergoeding wegens gemiste pensioenopbouw houdt verband met de Arbeidsovereenkomsten en dient derhalve te worden toegerekend aan elk schip waarop of ten behoeve waarvan arbeid is verricht, waarbij in het 'ten behoeve waarvan' ook een periode van ziekte en verlof is begrepen. Rekenkundige bezwaren zijn naar hun aard onvoldoende om de werking van het voorrecht aan te passen. Tegen de door de Zeevarenden verkozen oplossing pleit vooral dat niet elk schip dezelfde schuldeisers kent, waarboven het voorrecht voorrang heeft. Een constructie waarbij het voorrecht volledig op alle schepen waarop is gewerkt kan worden uitgeoefend (in het voorbeeld de schepen A, B, C en D) en concreet volledig wordt uitgeoefend op schip A benadeelt de schuldeiser die toevallig een vordering heeft die alleen verhaalbaar is op schip A ten opzichte van de schuldeisers, die hun vorderingen op de schepen B, C en D willen verhalen. Aan het bezwaar van de Zeevarenden dat de opsplitsing van hun vordering over verschillende schepen betekent dat al deze schepen executoriaal moeten worden verkocht wordt in de praktijk, zoals ook hier, tegemoet gekomen doordat de hypotheekhouder de verkoop ter hand neemt en de Zeevarenden zich op de opbrengsten verhalen. (...)

12.5 Terzijde zij opgemerkt dat het voorgaande in deze zaak zonder belang is, omdat partijen zijn overeengekomen dat de vorderingen van de Zeevarenden uit het in depot gehouden bedrag zullen worden voldaan indien en voor zover rechtens komt vast te staan dat deze op één van de zeven Schepen boven het hypotheekrecht van Rabobank zijn bevoorrecht."

4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1.1 De onderdelen 1 tot en met 4 van het middel klagen in de kern genomen dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de vorderingen van [verweerders] op Avra Towage onder het (onbeperkte) bereik van art. 8:211, aanhef en onder b, BW alsmede van art. 8:211, aanhef en onder b, BWC vallen. Deze klachten, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, falen. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.1.2 Art. 8:211, aanhef en onder b, BW verbindt een voorrecht aan vorderingen ontstaan uit een zee-arbeidsovereenkomst, welk voorrecht op grond van art. 8:204 BW voorrang heeft boven vorderingen die door hypotheek zijn gedekt. Deze bepalingen zijn gelijkkluidend aan de – in deze zaak toepasselijke – art. 8:204 en 8:211, aanhef en onder b, BWC, met dien verstande dat in laatstgenoemde bepaling het voorrecht is verbonden aan vorderingen ontstaan uit de arbeidsovereenkomsten van de kapitein of de andere leden van de bemanning. De genoemde bepalingen dienen, in overeenstemming met het concordantiebeginsel, naar Nederlands en Curaçaos recht gelijk te worden uitgelegd. Het in deze bepalingen geregelde voorrecht strekt ertoe met het oog op de bescherming van de belangen van de zeevarende diens verhaalsmogelijkheden voor de vorderingen die zijn ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst zoveel mogelijk te waarborgen (HR 23 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3588, NJ 2009/71).

4.1.3 In cassatie is niet in geschil dat de in geding zijnde arbeidsovereenkomsten dienen te worden aangemerkt als arbeidsovereenkomsten in de zin van art. 8:211, aanhef en onder b, BW. De vorderingen van [verweerders] zijn ontstaan doordat Avra Towage niet heeft voldaan aan haar uit deze arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichting om zorg te dragen voor een (pre)pensioenvoorziening voor

[verweerders] Deze vorderingen staan in een voldoende verband met de arbeidsovereenkomsten om te worden aangemerkt als vorderingen 'ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomsten' zoals bedoeld in art. 8:211, aanhef en onder b, BW. Mede gelet op de hiervoor in 4.1.2 weergegeven strekking van het voorrecht, bieden de wet en de wetgeschiedenis geen steun voor een andere, beperktere, opvatting waarin het met het voorrecht van art. 8:211, aanhef en onder b, BW gediende belang van de zeevarende in een geval als het onderhavige zou moeten wijken voor het met het recht van hypotheek gediende belang van de scheepshypotheekhouder.

4.1.4 De in art. 8:211, aanhef en onder b (slot), BW opgenomen beperking ("met dien verstande dat vorderingen met betrekking tot loon, salaris of beloningen slechts bevoorrecht zijn tot op een bedrag over een tijdvak van twaalf maanden verschuldigd") is op dit geval niet van toepassing. De vorderingen van [verweerders] tot schadevergoeding wegens het niet-nakomen van de verplichting om voor (pre) pensioenopbouw zorg te dragen, zijn vorderingen van een andere aard dan de tot nakoming strekkende loonvorderingen zoals in het slot van art. 8:211, aanhef en onder b, BW bedoeld. Wet noch wetgeschiedenis bevat grond om genoemde beperking op het aan de zeevarende toekomende voorrecht aldus uit te leggen dat deze beperking zich ook uitstrekt tot schadevergoedingsvorderingen zoals in dit geval aan de orde.

4.2.1 Onderdeel 5 klaagt onder meer dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat Rabobank in eerste aanleg afstand heeft gedaan van haar recht om een beroep te doen op de vervaltermijn van art. 8:219 BW. Deze klacht faalt. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.2.2 De oorspronkelijke verweerder kan in hoger beroep op de voet van art. 348 Rv nieuwe verweren aanvoeren, tenzij deze in het geding in eerste aanleg zijn gedekt. Een verweer kan slechts als gedekt worden aangemerkt indien uit de door een partij in eerste aanleg ingenomen proceshouding ondubbelzinnig voortvloeit dat het desbetreffende verweer is prijsgegeven (HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98, rov 3.4.1, met verwijzing naar HR 19 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1964, *NJ* 1996/709, rov. 3.10).

4.2.3 Blijkens het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg heeft Rabobank – voor zover in cassatie van belang – het volgende verklaard:

"De vervaltermijn van artikel 8:219 BW speelt in deze zaak geen rol. Daarop doet Rabobank geen beroep."

Het klaarblijkelijke oordeel van het hof dat Rabobank hiermee ondubbelzinnig een beroep op de vervaltermijn van art. 8:219 BW heeft prijsgegeven, berust op de uitleg die het hof aan de verklaring van Rabobank heeft gegeven. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting; verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard kan het voor het overige niet op juistheid worden onderzocht. Het is niet onbegrijpelijk of anderszins onvoldoende gemotiveerd. Nu dit oordeel de afwijzing van het beroep op de vervaltermijn van art. 8:219 BW zelfstandig draagt, behoeven de klachten tegen de andere aan die afwijzing ten grondslag liggende overwegingen geen behandeling.

4.3 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1.1 Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat uit de beslissing op het principale beroep niet volgt dat aan [verweerders] het door hen ingeroepen voorrecht niet zou toekomen. Blijkens het hiervoor in 4.1.1-4.3 overwogene is die voorwaarde vervuld.

5.1.2 Het middel klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de vordering tot schadevergoeding wordt toegerekend aan een schip in evenredigheid met de periode gedurende welke de zeevarende op of ten behoeve van een schip heeft gewerkt.

Deze klacht faalt. Het hof heeft in rov. 12.3 terecht en op goede gronden geoordeeld dat de aard van de in art. 8:211 BW geregelde voorrechten meebrengt dat (en op welke wijze) de vordering van een zeevarende moet worden uitgesplitst per schip, en evenzeer terecht in rov. 12.4 overwogen dat de daartegen aangevoerde rekenkundige of praktische bezwaren daaraan niet kunnen afdoen.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:
 verwerpt het beroep;
 veroordeelt Rabobank in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 395,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:
 verwerpt het beroep;
 veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rabobank begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Conclusie A-G mr. W.L. Valk:

1 Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

1.1.1. [verweerders] hebben krachtens een arbeidsverhouding met Avra Towage B.V. (hierna: Avra Towage) als kapitein of stuurman gevaren op een of meer van zeven schepen, de 'North', 'South', 'East', 'West', 'Northwind', 'Southwind' en 'Compass' (hierna: de schepen), als volgt:

| Zeevarende: | In dienst sinds: | Op de volgende schepen: |
|-----------------|------------------|---|
| [verweerder 1] | 1 augustus 2009 | South, East, West, Northwind, Southwind |
| [verweerder 2] | 20 juni 2009 | North, South, East, West, Northwind, Compass |
| [verweerder 3] | 1 november 2011 | East, Northwind, Compass |
| [verweerder 4] | 18 november 2010 | South, West, Northwind, Southwind, Compass |
| [verweerder 5] | 21 februari 2013 | Northwind, Southwind, Compass |
| [verweerder 6] | 31 juli 2010 | Compass |
| [verweerder 7] | 13 juni 2011 | North, East, West, Compass |
| [verweerder 8] | 7 juni 2009 | North, South, East, West, Northwind, Southwind, Compass |
| [verweerder 9] | 1 april 2011 | North, South, East, West, Southwind |
| [verweerder 10] | 1 oktober 2010 | North, South, East, West, Northwind, Compass |
| [verweerder 11] | 13 februari 2008 | South, East, Northwind, Southwind, Compass |

1.1.2. [verweerder 8] heeft naast de hierboven genoemde schepen nog gediend op een niet door de Avra-groep geëxploiteerd schip.

1.1.3. De schepen waren eigendom van zogenoemde 'single ship companies'. De scheepseigenaren waren gevestigd te Rotterdam en hielden kantoor op hetzelfde adres als Avra Towage. De schepen waren geregistreerd in het Scheepsregister van Curaçao.

1.1.4. Rabobank heeft op elk van de schepen een recht van eerste hypotheek verkregen ter zake van vorderingen op de desbetreffende scheepseigenaar en/of op Avra Towage.

1.1.5. De arbeidsovereenkomsten van de Zeevarenden met Avra Towage (hierna: de Arbeidsovereenkomsten) bevatten een van de volgende bepalingen:

¹ Vergelijk het arrest van het hof van 14 februari 2017 onder 2.3.

“De werknemer wordt opgenomen in de ‘Pensioenregeling van het Bedrijfspensioenfonds voor de Koopvaardij.’”

of (eenmaal):

“De werknemer kan zich aanmelden bij het “Bedrijfspensioenfonds voor de Koopvaardij”. De werkgevers premie zal door de werkgever worden betaald.”

of (eenmaal):

“De werknemer wordt aangemeld bij het ‘Pensioenfonds voor de Koopvaardij.’”

1.1.6. Avra Towage heeft de Zeevarenden aangemeld bij het Bedrijfspensioenfonds van de Koopvaardij (hierna: het pensioenfonds) voor de regelingen van prepensioen en pensioen. Avra Towage hield op het maandsalaris van [verweerders] bedragen in voor het pensioenfonds, extra pensioenpremie en vroegpensioen.

1.1.7. Begin juli 2013 heeft het pensioenfonds aan [verweerders] meegedeeld dat de deelname van Avra Towage aan de pensioenregeling van het pensioenfonds met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2010 is beëindigd omdat de grond voor verplichte deelname niet (meer) aanwezig is. De brief vervolgt met een uiteenzetting wat de gevolgen voor [verweerders] zijn:

“U neemt niet meer deel aan de pensioenregeling van Bpf Koopvaardij
Uw verplichte deelname is beëindigd met ingang van 1 januari 2010. Dit betekent voor u dat u per genoemde datum geen deelnemer meer bent in de pensioenregeling van Bpf Koopvaardij. Uw tot 1 januari 2010 opgebouwde aanspraken blijven bij Bpf Koopvaardij staan. Vanaf 1 januari 2010 heeft er geen opbouw meer plaatsgevonden. Mocht er door de werkgever vanaf deze datum pensioenpremie zijn ingehouden op het loon dan adviseren wij u om contact op te nemen met Avra Towage. U kunt uw pensioen vrijwillig voortzetten.”

1.1.8. Bij vonnis van 20 mei 2014 is Avra Towage door de rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard.

1.1.9. Bij brief van 12 november 2014 heeft het pensioenfonds op vragen van de advocaat van de Zeevarenden onder meer het volgende geantwoord:

“Tussen 2010 en 2013 is een betalingsachterstand ontstaan bij het betalen van de pensioenpremies door Avra Towage aan Bpf Koopvaardij. (...) In 2013 heeft Bpf Koopvaardij besloten om over te gaan tot gerechtelijke stappen. In dit kader is onderzocht op welke rechtsgrond pensioenpremies bij Avra Towage gevorderd moesten worden, op grond van de verplichtstelling of op grond van een vrijwillige aansluiting. Tijdens dit onderzoek bleek dat de schepen van Avra Towage vanaf 1 januari 2010 niet meer onder de verplichtstelling van Bpf Koopvaardij vielen, dit omdat ze de schepen vanaf 1 januari 2010 zijn gaan varen onder een buitenlands vlag. Met Avra Towage is toen nog de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting bij Bpf Koopvaardij besproken. Vanwege de slechte financiële positie van Avra Towage was dit echter niet mogelijk. (...)

In 2010, 2011 en 2012 heeft Avra Towage geen pensioenpremies voldaan, in 2013 is € 90.000,00 aan pensioenpremies voldaan. Door het beëindigen van de aansluiting per 1 januari 2010 is een creditnota d.d. 12 juli 2013 van € 377.105,74 ontstaan. De creditnota hebben wij als bijlage bijgevoegd. Dit bedrag betreft de vanaf 1 januari 2010 verschuldigde pensioenpremie. De creditnota is niet teruggestort maar verrekend met de nog openstaande betalingen (aanmaningskosten van € 12.821,49 en een teveel gecrediteerd bedrag van € 682,03). Het restant van € 77.860,49 is daadwerkelijk aan Avra Towage uitbetaald.”

1.1.10. Bij brief van 7 november 2014 heeft [betrokkene 1], interim financial manager van Avra Towage in de periode van september 2013 tot maart 2014, in antwoord op vragen van de advocaat van [verweerders] het volgende geschreven:

“Medio 2013 heeft het BPFK [het pensioenfonds, toevoeging A-G] het deelnemerschap van de Zeevarenden per 1 januari 2010 met terugwerkende kracht beëindigd. De reeds betaalde

(pre)premies ten behoeve van de Zeevarenden minus de door het BPFK gemaakte kosten zouden aan AVRA Towage B.V. worden gerestitueerd. Aangezien deze (pre)pensioenpremies zijn bedoeld voor (pensioenopbouw van) de zeevarenden en het met AVRA Towage B.V. – in financieel opzicht – niet goed ging, heb ik aan het pensioenfonds gevraagd of het pensioenfonds de gelden onder zich kon houden tot het moment dat er een financiële oplossing was voor de problematiek bij AVRA Towage B.V. Dit bleek niet mogelijk, of in ieder geval was de wil daartoe niet aanwezig. De premies zouden teruggestort worden ten gunste van AVRA Towage B.V. Ik heb Rabobank gevraagd om een zogeheten 'G-rekening' te openen. Ook dit bleek niet mogelijk. Er is toen een aparte rekening geopend voor AVRA Towage B.V. bij Rabobank. Deze rekening was niet vrij beschikbaar voor AVRA Towage B.V. zelf. (...) Ik ben er niet mee bekend wat daarna met het geld op de geblokkeerde rekening is gebeurd."

1.1.11. In het eerste openbaar verslag in het faillissement van Avra Towage, gedateerd 18 juli 2014, schrijft de curator mr. J.J. Schelling onder meer het volgende:

"Het pensioenfonds heeft Avra in juli 2013 laten weten dat de pensioenverzekeringen voor de werknemers met terugwerkende kracht per 1 januari 2010 werden beëindigd. Daarop is de afgedragen premie aan Avra gerestitueerd. Avra kon de restitutie niet aan de werknemers uitbetalen, omdat Rabobank deze betaling niet heeft willen uitvoeren. (...) De curator zal onderzoeken of Rabobank gerechtigd was tot het ontvangen bedrag aan gerestitueerde pensioenpremies."

1.1.12. [Verweerder 1] heeft Avra Towage voor de kantonrechter te Rotterdam gedagvaard en bij verstekvonnis van 13 december 2013 een veroordeling van Avra Towage verkregen tot betaling van € 27.179,13, te vermeerderen met wettelijke rente.

1.1.13. Op 17 februari 2014 hebben [verweerders] met uitzondering van Bakker en Charpentier een voorrecht op de schepen op grond van art. 8:215 jo. 8:211 aanhef en onder b van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao doen inschrijven in het Scheepsregister van Curaçao.

1.1.14. Vervolgens hebben [verweerders], met uitzondering van Dijkema en Lips, op 12 mei 2014 conservatoir beslag doen leggen op de 'North', 'South', 'East' en 'West'.

1.1.15. Op 14 mei 2014 heeft Rabobank de 'North', 'South', 'East' en 'West' executoriaal verkocht. De veilingopbrengst bedroeg € 5.900.000,-. Daarvan is een bedrag van € 720.000,- in depot gestort.

1.1.16. Omstreeks 6 juni 2014 hebben de Zeevarenden in het faillissement van Avra Towage schadevergoedingsvorderingen ter verificatie ingediend. De curator heeft bij brief van 13 juni 2014 verklaard dat hij de vorderingen van [verweerders] op Avra Towage voorlopig kan erkennen.

1.1.17. Op 14 juli 2014 is de 'Compass' onderhands verkocht voor een bedrag van \$ 3.750.000,-.

1.1.18. Rabobank en [verweerders] zijn overeengekomen dat [verweerders] hun voorrechten op de schepen doorhalen en op korte termijn een procedure voeren voor de rechtbank Rotterdam om een verklaring voor recht te krijgen over het bestaan, de omvang, de verhaalbaarheid en de bevoorrechtiging van hun vorderingen.

1.2. [verweerders] hebben Rabobank op 8 augustus 2014 gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam. Zij hebben in eerste aanleg onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat hun vorderingen op Avra Towage uit wanprestatie, daarin bestaande dat in de periode 2010 tot 2014 (of het de desbetreffende zeevarende aangaande gedeelte daarvan) geen (pre)-pensioen is opgebouwd bij het Pensioenfonds, bij voorrang boven hypotheek verhaalbaar zijn op een of meer van de schepen.

1.3. De rechtbank heeft in zijn tussenvonnis van 30 september 2015 geoordeeld dat de vorderingen van [verweerders] voorrang hebben boven het hypotheekrecht en voor het geheel verhaald kunnen worden op elk van de schepen, waarop of ten behoeve waarvan de desbetreffende zeevarende heeft gewerkt. Vervolgens heeft de rechtbank eerst bij brief van 19 november 2015 en vervolgens nogmaals bij vonnis van 9 december 2015 bepaald dat tegen het vonnis van 30 september 2015 tussentijds hoger beroep mogelijk is.

1.4. Bij dagvaarding van 8 december 2015 is Rabobank van het vonnis van 30 september 2015 in hoger beroep gekomen. [verweerders] hebben incidenteel appel ingesteld. Bij arrest van 14 februari 2017 heeft het hof bedoeld vonnis vernietigd voor zover daarin is beslist dat het geheel van de vordering tot herstel van het (per zeevarende) verschillende (pre)pensioengat verhaalbaar is op elk schip waarop of ten behoeve waarvan de desbetreffende zeevarende heeft gewerkt. Het hof heeft, opnieuw rechtdoende, beslist dat de vordering tot schadevergoeding wordt toegerekend aan een schip in evenredigheid met de

periode gedurende welke de desbetreffende zeevarende op of ten behoeve van een schip heeft gewerkt. Het hof heeft bedoeld vonnis voor het overige bekrachtigd en de zaak terugverwezen naar de rechtbank voor verdere behandeling en beslissing. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe, kort samengevat, als volgt overwogen:

- a. Op de arbeidsovereenkomsten tussen Avra Towage en [verweerders] is Nederlands recht van toepassing. Aan de hand van het recht van Curaçao moet worden bepaald of de vorderingen van [verweerders] op de schepen kunnen worden verhaald en welke voorrang zij hebben. In verband met de executie in Nederland moet nog worden vastgesteld of de vorderingen ook naar Nederlands recht voorrang hebben boven hypotheek. Het recht van Nederland en Curaçao was ten tijde van de executie nagenoeg gelijklopend en de beantwoording van de genoemde vragen zal onder beide rechtstelsels dezelfde uitkomst opleveren (onder 4.1-4.2).
- b. Avra Towage was op grond van de arbeidsovereenkomsten verplicht om ervoor te zorgen dat [verweerders] (pre)pensioen opbouwden en Avra Towage heeft aan deze verplichting niet voldaan omdat [verweerders] vanaf 2010 niet hebben deelgenomen aan het pensioenfonds. Tussen de door [verweerders] geleden schade, zijnde een gat in de pensioenopbouw, en die tekortkoming bestaat causaal verband (onder 5.1-5.9).
- c. Tegenwoordig worden humanitaire en sociale redenen als grondslag voor het voorrecht van art. 8:211 aanhef en onder b BW aangewezen, wat pleit voor een ruimhartige toepassing binnen omliggende kaders. In de wetsgeschiedenis van art. 8:211 BW noch in het algemene voorrecht van art. 3:288 aanhef en onder c en d BW ligt een tegengestelde aanwijzing besloten. In Engeland, Wales en Canada wordt de 'maritime lien' voor 'wages' ruimhartig ingevuld en ook uit de tekst van art. 4 van de International Convention on Maritime Liens and mortgages (Geneva, 6 May 1993) volgt dat het voorrecht een ruime strekking heeft. De bewoordingen en strekking van art. 8:211 aanhef en onder b BW pleiten dus voor een ruime invulling van het begrip vordering uit arbeidsovereenkomst (onder 6.1-6.7).
- d. Vervolgens dienen zich drie vragen aan: I. Betreft een vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering uit zee-arbeidsovereenkomst (BW van Nederland) of uit arbeidsovereenkomst met de bemanning (BW van Curaçao)? II. Betreft een vordering tot schadevergoeding wegens niet-betaling van de pensioenpremies een vordering uit zodanige arbeidsovereenkomst? III. Is deze vordering begrensd tot twaalf maanden? (onder 7).
- e. De verplichting van Avra Towage om [verweerders] op te laten nemen in het pensioenfonds dient redelijkerwijs te worden opgevat als een verplichting om ervoor te zorgen dat [verweerders] (pre)pensioen opbouwden en vormt een arbeidsvoorwaarde die dus deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomsten. Er is geen reden om hier een onderscheid te maken tussen het werkgeversdeel en het werknemersdeel van de pensioenpremies, noch om het pensioenrendement daarvan uit te zonderen (onder 8.1-8.2).
- f. [verweerders] vorderen geen nakoming maar schadevergoeding wegens het niet-nakomen door Avra Towage van de verplichting om ervoor te zorgen dat zij (pre)pensioen opbouwen. Ook dit (secundair) vorderingsrecht is een uit de arbeidsovereenkomst ontstane vordering (onder 9.1-9.3).
- g. Bij de beperking van loonvorderingen en dergelijke tot een periode van twaalf maanden zal mede een rol gespeeld hebben dat de werknemer gewoonlijk binnen korte tijd gewaar zal worden dat zijn loon niet is of wordt uitbetaald en dan direct maatregelen kan nemen. Het niet-nakomen van pensioenverplichtingen zal vaak minder snel en gemakkelijk worden opgemerkt. Daarom moet worden aangenomen dat pensioenverplichtingen, anders dan loonvorderingen, niet beperkt zijn tot een periode van twaalf maanden. Was dat al anders, dan geldt hier dat het tekort pas is ontstaan nadat de premie door het pensioenfonds was teruggestort en dat de schadevergoeding in haar gehele omvang binnen de periode van twaalf maanden verschuldigd is geworden. Wat Rabobank daartegen heeft aangevoerd, overtuigt niet. [verweerders] zijn niet tekortgeschoten in hun schadebeperkingsplicht (onder 10.1-10.8).
- h. De vervaltermijn van art. 8:219 BW speelt geen rol omdat Rabobank blijkens het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg daarvan afstand heeft gedaan. De vervaltermijn is bovendien niet van toepassing omdat de schadevergoedingsvordering pas opeisbaar werd op het moment dat de deelname van [verweerders] aan het Pensioenfonds werd beëindigd (2 juli 2013) en Rabobank volgens de memorie van grieven geen beroep doet op het ná 1 juli 2014 instellen van de vordering (onder 11.1-11.4).
- i. Art. 8:211 BW verleent voorrechten op een bepaald schip. Om vast te stellen op welk schip het voorrecht rust, moet worden nagegaan op of ten behoeve van welk schip de arbeid is verricht.

Als op verschillende schepen is gewerkt, moet de vordering naar evenredigheid worden toegekend naar de verschillende schepen waarop of ten behoeve waarvan is gewerkt. Rekenkundige bezwaren kunnen daarin geen verandering brengen (onder 12.3-12.4).

j. Aan het bewijsaanbod van Rabobank wordt voorbijgegaan omdat de door Rabobank genoemde reden voor beëindiging van de pensioenregeling is aanvaard en geen grief is gericht tegen de vaststelling door de rechtbank dat uit brieven blijkt dat Avra Towage (gedeeltelijk) geen premies heeft afgedragen. Het in eerste aanleg gedane bewijsaanbod, waarnaar in appel is verwezen, wordt gepasseerd omdat het onvoldoende concreet is.

1.5. Nadat het hof bij arrest van 4 april 2017 had bepaald dat tegen het arrest van 14 februari 2017 tussentijds beroep in cassatie mogelijk is, heeft Rabobank op 15 mei 2017 cassatie ingesteld. [verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Rabobank heeft gerepliceerd. [verweerders] hebben gerepliceerd in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep en gedupliceerd in het principaal cassatieberoep.

2 *Bespreking van het principale cassatiemiddel*

2.1. De zaak draagt een principieel karakter. Het is mijn gewoonte om in een dergelijk geval te beginnen met inleidende beschouwingen, bedoeld om de zich voordoende rechtsvragen in het juiste kader te plaatsen. In de onderhavige zaak wijk ik van die gewoonte af, omdat het bestreden arrest dat kader reeds uitvoerig en voorbeeldig beschrijft. Naar aanleiding van de diverse onderdelen van de beide middelen, zal ik de diverse overwegingen van het hof citeren.

2.2. Ik zal dus enigszins met de deur in huis vallen. Voorafgaand bij wijze van hoofdlijn enkel nog dit. Art. 8:211 aanhef en onder b BW biedt maritieme werknemers een bijzonder voorrecht op het zeeschip, kortweg aan te duiden als 'het schepelingenvoorrecht'. Iets dergelijks kent de algemene regeling van voorrechten van art. 3:296 e.v. BW voor gewone werknemers niet. Het schepelingenvoorrecht is ruim geformuleerd als bestaande voor 'de vorderingen ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomsten'. Naar hendaagse opvattingen moet het schepelingenvoorrecht worden begrepen vanuit sociale overwegingen. Het voorrecht is vrijwel gelijk aan het schepelingenvoorrecht op binnenvaartschepen van art. 8:821 BW. Dat laatste voorrecht berust op een verdrag, namelijk de Overeenkomst inzake inschrijving van binnenschepen (Geneve 1965).² Ook dit verdrag kent in art. 11 van Protocol I een ruime formulering van het schepelingenvoorrecht: 'vorderingen terzake van arbeidsovereenkomsten van de kapitein of een ander bemanningslid'. De onderhavige zaak betreft een vordering tot schadevergoeding vanwege het tekortschieten van de werkgever van de zeevarenden in zijn verplichting om zorg te dragen voor pensioenopbouw. Het hof heeft die vordering onder het schepelingenvoorrecht begrepen geacht en de diverse verweren van Rabobank gepasseerd.

2.3. Het cassatiemiddel in het principaal beroep kent een uitvoerige en niet onverdienstelijke inleiding. Die inleiding komt er – in hoofdlijn en afgezien van de specifieke argumenten die hierna bij de bespreking van de diverse klachten aan de orde zullen komen – op neer dat een beslissing als die van het hof te zeer afdoet aan het hypotheekrecht, met potentiële gevolgen voor de hypothecaire financiering van rederijen. Op zichzelf dunkt mij juist dat in het onderhavige geval het hypotheekrecht van Rabobank een zeer forse aderlating ondergaat en die uitkomst zal ook andere verstrekkers van hypothecair krediet de wenkbrauwen doen fronsen. Gegeven de zeer ruime formulering en strekking van het schepelingenvoorrecht kan ik echter niet inzien op welke gronden voor een vordering als de onderhavige een uitzondering zou kunnen worden gemaakt, zónder een ongewenste uitstraling naar andere vorderingen van maritieme werknemers. Met het hof ga ik er bovendien van uit dat een geval als het onderhavige uitgesproken zeldzaam is, zodat de positie van de hypotheekhouders niet structureel schade lijdt. Het een en het ander verklaart waarom ik niettegenstaande bedoelde sympathie voor het standpunt van Rabobank, meen dat geen van de klachten in het principaal beroep doel kan treffen.

2.4. *Onderdeel 1* richt zich met rechtsklachten tegen rechtsoverweging 6.7 van het arrest van het hof, volgens welke de bewoordingen en de strekking van art. 8:211 aanhef en onder b BW pleiten voor een ruime invulling van het begrip vordering uit arbeidsovereenkomst. Die overweging bouwt voort op rechtsoverwegingen 6.1 tot en met 6.6. Ik citeer al deze overwegingen:

“Uitleg van art. 8:211 aanhef en onder b BW.

² *Trb.* 1966, 228.

6.1 Met grief IV keert Rabobank zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de schadevergoedingsvordering wegens de tekortkoming van Avra Towage is ontstaan uit de Arbeidsovereenkomsten van de Zeevarenden en dus valt binnen het bereik van het voorrecht van art. 8:211 aanhef en onder b BW.

6.2 De beantwoording van de vraag hangt af van de uitleg van de bepaling. Art. 8:211 aanhef en onder b BW dient te worden uitgelegd aan de hand van de tekst van de bepaling en de bedoeling van de wetgever. Daarnaast wordt acht geslagen op de internationale regeling waaraan de bepaling is ontleend en op de wijze waarop het aan de arbeidsverhoudingen gerelateerde voorrecht in overeenkomstige nationale en internationale bepalingen is geregeld.

6.3 De grondslag van het voorrecht van art. 8:211 aanhef en onder b BW werd aanvankelijk gezocht in de profijtgedachte, in die zin dat bevoorrecht zijn vorderingen voor werkzaamheden waarvan het schip profiteert. Tegenwoordig worden humanitaire en sociale redenen, de bescherming van de rechtspositie van de bemanning, als grondslag aangewezen (zie HR 23 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3588; S&S 2009/49 (Pamina)). Deze humanitaire en sociale motieven leiden in het algemeen tot een ruimhartige toepassing van het voorrecht binnen de door de wet omliggende kaders.

Voor zover de profijtgedachte nog enige gelding heeft, wordt daaraan voldoende recht gedaan door voor bevoorrechtiging de eis te stellen dat de vorderingen voortspruiten uit de zee-arbeidsovereenkomst, die op zichzelf een voor het schip profijtelijke aangelegenheid vormt. Niet noodzakelijk is om daarenboven voor elke vordering, waarvan al vaststaat dat zij uit de ten voordele van het schip strekkende arbeidsovereenkomst is ontstaan, na te gaan of ook de concrete handelingen waarop deze bepaalde vordering ziet, het schip voordeel hebben gebracht. Aan dat vereiste voldoen meer vorderingen niet waarvoor niettemin een voorrecht wordt aangenomen, zoals de vordering tot schadevergoeding wegens een bedrijfsongeval of wegens onregelmatig ontslag. De achtergrond van de regeling vormt a priori dus geen reden om een vordering tot (pre)pensioenopbouw niet bevoorrecht te achten.

6.4 De wetsgeschiedenis van art. 8:211 BW werpt niet veel licht op de zaak. De bepaling is ontleend aan art. 767 K, de voorganger van art. 8:821 BW, waarin voor de binnenvaart een met art. 8:211 BW overeenkomende regeling was opgenomen. De voorganger van art. 767 K, art. 758 lid 1.2a K, bevatte naast het voorrecht voor vorderingen uit arbeidsovereenkomst ook een voorrecht voor de premies der sociale verzekeringen. Dat laatste voorrecht is (als afzonderlijk geregeld voorrecht) geschrapt na de totstandkoming in 1965 te Genève van de Overeenkomst inzake inschrijving van binnenschepen. Artikel 11 aanhef en onder b van het bij die Overeenkomst behorende Protocol I, heeft dezelfde inhoud als art. 8:821 BW en art. 8:211 BW (met dien verstande dat dit laatste artikel een langere termijn geeft): vorderingen terzake van arbeidsovereenkomsten van de kapitein of een ander bemanningslid genieten voorrang boven hypotheek, met dien verstande dat wat betreft salarissen, lonen of andere vormen van beloning, zij slechts ten aanzien van bedragen die over een tijdvak van ten hoogste zes maanden moeten worden betaald bevoorrecht zijn.

6.5 Art. 3:288 BW, aanhef en onder c en d (dat ook in Curaçao geldt met dien verstande dat het woord werknemer is vervangen door arbeider), verleent de werknemer (die niet zeevarend is) zowel een (algemeen) voorrecht voor hetgeen hij in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft (art. 3:288 aanhef en onder e BW), als een voorrecht voor hetgeen waarop hij ter zake van de in het recente verleden vervallen termijnen van pensioen (art. 3:288 aanhef en onder c BW) en voor toekomstige termijnen van pensioen recht heeft (art. 3:288 aanhef en onder d BW). Dit artikel wordt door de Hoge Raad weliswaar restrictief uitgelegd, in die zin dat een vordering van een werknemer tot financiering van de aanwas van zijn pensioenaanspraken bij een pensioenfonds (niet afgefinancierde backservice), ook als dit tot de inhoud van de arbeidsovereenkomst behoort, niet onder de werking van het artikel valt, noch onder d, noch onder e (HR 24 januari 2003, NJ 2003/197), maar dit oordeel berust erop dat in de onderhavige bepaling de niet in art. 8:211 BW voorkomende beperking is opgenomen dat het moet gaan om een vordering (terzake van vervallen of toekomstige pensioenen) van de werknemer jegens de werkgever (die geen pensioenvoorziening bij een pensioenfonds of een verzekering heeft getroffen) dan wel om een vordering in geld van de werknemer op de werkgever. Uit het opnemen van pensioenen in de bepaling kan in elk geval worden afgeleid dat de wetgever van mening is dat de rechten jegens de werkgever in verband met overeengekomen pensioenaanspraken een voorrecht verdienen.

6.6 Ook in Engeland en Wales en in navolging daarvan in Canada wordt de 'maritime lien' voor 'wages' ruimhartig ingevuld vanuit de gedachte dat de zeevarenden bescherming verdienen. In beide landen worden ook pensioenpremies tot de bevoorrechte vorderingen van de zeevarenden gerekend. In Engeland wordt daarvoor verwezen naar de uitspraak inzake 'Halcyon Skies' (Q.B. Division (Admiralty), Mr. Justice Brandon [1976] 1 Lloyd's Rep 461). Voor Canada betreft het een invulling van artikel 86 lid 1 van de Canada Shipping Act 2001. In de zaak 'Halcyon Skies' had de werkgever van een bemanningslid, dat op grond van zijn contract recht erop had om in een pensioenfonds te worden opgenomen, niet de werknemers- en werkgeverspremies betaald en was vervolgens failliet gegaan. Het bemanningslid vorderde dat hij zich op de opbrengst van het verkochte schip mocht verhalen voor de niet betaalde werknemerspremies en de werkgeverspremies (deze laatste als schuld van de werkgever). De rechter oordeelde dat zowel de werkgevers- als de werknemerspremie onder de 'maritime lien' viel.

Verder kan nog worden gewezen op de International Convention on Maritime Liens and Mortgages (Geneva, 6 May 1993). Dit Verdrag omschrijft in artikel 4 in de Engelse tekst daarvan de Maritime liens als:

1. Each of the following claims against the owner, demise charterer, manager or operator of the vessel shall be secured by a maritime lien on the vessel:
 - (a) Claims for wages and other sums due to the master, officers and other members of the vessel's complement in respect of their employment on the vessel, including costs of repatriation and social insurance contributions payable on their behalf;

Gelet op het laatste gedeelte (social insurance contributions payable on their behalf) heeft het voorrecht een ruime strekking.

6.7 Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de bewoordingen en de strekking van de bepaling pleiten voor een ruime invulling van het begrip vordering uit arbeidsovereenkomst."

2.5. Onder 3.2 doet Rabobank een beroep op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (art. 3:276 BW). Daarnaast verwijst het onderdeel naar het wettelijk uitgangspunt dat hypotheek boven voorrecht gaat (art. 3:279 BW), alsmede de aanmerkelijk beperktere bescherming die werknemers aan de wal aan de regeling van voorrechten van Boek 3 BW kunnen ontleen.

2.6. Deze argumenten zijn, zo meen ik, van niet meer dan betrekkelijk gewicht. Het uitgangspunt dat hypotheek boven voorrecht gaat tenzij de wet anders bepaalt, is niet meer dan een systematisch uitgangspunt; een argument voor een restrictieve uitleg van voorrechten zou ik er niet in willen lezen.³

2.7. Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers zal mijns inziens wél een argument voor een restrictieve uitleg van voorrechten kunnen opleveren.⁴ Dit argument verliest echter veel van zijn kracht als het wordt betrokken op voorrechten die door de wetgever boven het hypotheek- en pandrecht gerangschikt zijn. De gezamenlijke schuldeisers zullen in dat geval immers doorgaans – dat wil zeggen, uitgaande van de gangbare praktijk dat de bedrijfsmiddelen van een onderneming volledig aan de bank zijn verhypothekerd respectievelijk verpand – bij een restrictieve uitleg van het voorrecht niet gebaat kunnen zijn. Bovendien: ook als men meent in het belang van de gelijkheid van schuldeisers voorrechten min of meer restrictief te moeten uitleggen,⁵ zal dit weinig invloed kunnen hebben op een ruim geformuleerd voorrecht met een duidelijke beschermingsstrekking. Voor een beperking van het voorrecht zal er een aanknopingspunt in de tekst van de bepaling moeten bestaan (bijvoorbeeld een uitzondering

3 In voetnoot 8 verwijst de steller van het middel naar P.A. Stein, *Zekerheidsrechten: hypotheek*, Deventer: Kluwer 2004, p. 14. Stein zegt daar in opvolgende alinea's (1) dat de wetgever in het belang van hypothecaire financiering de hypotheekhouder zoveel mogelijk tegen de werking van voorrechten heeft willen beschermen en (2) dat de hoofdregel is dat pand en hypotheek boven voorrechten gaan. Ik lees daarin geen pleidooi voor een beperkende uitleg van door de wetgever toegekende voorrechten met een rang boven het hypotheekrecht.

4 Van de bekende handboeken gaat het verst *Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/468*: '(...) een strikte toepassing van de wettelijke regels [is] geboden. Men zal de wettelijke regeling van de voorrechte niet extensief mogen uitleggen.' Bij H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017/707 lees ik slechts dat zowel in de rechtspraak als in ontwerpwetgeving het streven zichtbaar is om het aantal uitzonderingen op de paritas creditorum beperkt te houden. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht 2012/913* luidt genuanceerd. Deze auteurs zeggen dat de wettelijke regeling van de voorrechten zich 'niet leent voor extensieve interpretatie' (wat uiteraard nog wat anders is dan dat toegekende voorrechten steeds beperkend behoren te worden uitgelegd) en verwijzen bovendien 'voor een kanttekening' naar Flach, onder 2.8 aangehaald.

5 Ik lees dat bij de door het middel aangehaalde auteurs niet zonder meer. Vergelijk noot 4.

die zich voor extensieve uitleg leent⁶ en die beperking zal niet mogen conflicteren met de strekking van het voorrecht. Welnu, het schepelingenvoorrecht kent geen uitzondering op het uitgangspunt dat iedere vordering ontstaan uit een zee-arbeidsovereenkomst bevoorrecht is⁷ en dient de bescherming van werknemers, een categorie van rechtssubjecten die veel vaker verregaande bescherming geniet.

2.8. Vermelding verdient in dit verband nog de opvatting van Flach, die juist in het verband van de scheepsvoorrechten betoogt:⁸

“(…) mijns inziens [mag] niet de eis van een strikte uitleg gesteld worden. Gewoonlijk wordt deze eis verdedigd aan de hand van het karakter van de voorrechten als uitzondering op het beginsel van de *paritas creditorum*. Mijns inziens is deze opvatting onjuist en in elk geval niet meer op zijn plaats nu de wetgever de regeling van de voorrechten aan een herziening heeft onderworpen. De rechtsspreuk ‘*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*’ mist historische en theoretische grondslag en is bovendien niet toe te passen. Welke grond is er om de reikwijdte van een wettelijke uitzonderingsbepaling niet, zoals alle andere wettelijke bepalingen, vast te stellen aan de hand van de tekst, totstandkomingsgeschiedenis, strekking, systeem en andere factoren die van belang zijn voor de rechtsvinding? De wet biedt geen aanknopingspunt voor een beperkende uitleg. Dat artikel 3:278 lid 2 BW bepaalt dat voorrechten alleen uit de wet ontstaan, is bedoeld om aan te geven dat deze rechten, in tegenstelling tot pand en hypotheek, van rechtswege aan een vordering verbonden zijn, dat partijen niet door een rechtshandeling aan vorderingen een voorrecht kunnen toekennen en dat er niet meer voorrechten zijn dan de wet in formele zin (geen lagere wetgeving) bepaalt. Een wettelijke grondslag is dus voldoende. Zou de grond voor strikte uitleg inderdaad in het voorrangrecht en de daarmee gepaard gaande aantasting van de rechten van medeschuld-eisers liggen, dan zou de uitlegregel ook moeten gelden voor de wettelijke regeling van de andere gronden van voorrang. Van een terughoudende benadering van de wettelijke regeling van pand of hypotheek blijkt echter niet in rechtspraak of literatuur. Alleen met betrekking tot de vraag of zaaksvervanging mogelijk is, was dat anders. Inmiddels heeft de wetgever in deze vraag voorzien. Voor de andere bijzondere verhaalsrechten moet hetzelfde worden aangenomen. De reden om de wettelijke regeling van de voorrechten streng uit te leggen moet vermoedelijk gezocht worden in de onvrede die onder de gelding van het oude recht bestond ten aanzien van de rechtsgrond voor bepaalde voorrechten. Tekenend is het dat de uitlegregel alleen of voornamelijk gehoord wordt bij de voorrechten in het oude Burgerlijk Wetboek en het publiekrecht. Bij de voorrechten op schepen, met inbegrip van het bijzondere verhaals- en volgrecht, is dat bij mijn weten niet het geval geweest. Inmiddels heeft de wetgever ook op het vlak van de rechtsgronden de regeling van de voorrechten in het Burgerlijk Wetboek grondig doorgelicht. Alleen bij de publiekrechtelijke voorrechten is dat (nog) niet het geval geweest.”

2.9. Dat het schepelingenvoorrecht maritieme werknemers aanzienlijk verdergaand beschermt dan werknemers aan de wal, is een welbewuste keuze van de wetgever. Wat betreft het zeevaartrecht berust die keuze niet op een verdrag, maar het verband met het binnenvaartrecht, dat in Nederland – vanwege de ligging aan zee – vanzelfsprekend sterk is. Dit maakt die keuze alleszins begrijpelijk. De sterke verhaalspositie van maritieme werknemers is bovendien een internationaal verschijnsel. Ook dat doet afbreuk aan de overtuigingskracht van een vergelijking die aan de regeling van Boek 3 BW wordt ontleend. Mogelijk is er een en ander te zeggen voor een opvatting volgens welke de redenen voor de bevoorrechte positie van maritieme werknemers thans geheel of gedeeltelijk achterhaald zijn.⁹ Het is echter in de eerste plaats aan de wetgever om daarover te oordelen, die daarbij dan opnieuw zal willen letten op de internationale context.¹⁰ Bovendien zal een restrictieve uitleg van het schepelingenvoorrecht de ongelijke behandeling van gewone en maritieme werknemers (ten nadele van eerstbedoelden) slechts in

6 Vergelijk HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2673, NJ 1999/533, S&S 1999/35 (‘Tanja Holwerda’), hierna onder 2.18 aangehaald.

7 Het kent intussen wel een beperking wat betreft loon, salaris of beloningen tot een tijdvak van een jaar. Vergelijk de bespreking van onderdeel 4.

8 R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten*, Kluwer: Deventer 2001, p. 37-38.

9 Vergelijk de inleiding op het middel onder 2.5 en 2.6. Uitvoering over die vraag R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten*, Deventer: Kluwer 2001, p. 86-88.

10 Mijns inziens maakt dit laatste een fundamentele herziening binnen afzienbare termijn weinig aannemelijk.

de marge kunnen verminderen. Die wijze van uitleg beïnvloedt naar haar aard immers enkel de grensgevallen en verandert niets aan die ongelijke behandeling in overige gevallen.

2.10. In de inleiding op het middel onder 2.3 verwijst Rabobank nog naar de restrictieve uitleg van het voorrecht voor de kosten tot behoud van een goed van art. 3:284 BW.¹¹ Die vergelijking heeft mijns inziens weinig overtuigingskracht.¹² Dat het begrip ‘kosten tot behoud’ in de zin van art. 3:284 BW beperkt moet worden opgevat, volgt uit de wetsgeschiedenis van die bepaling en de strekking van het voorrecht. De hoge rangschikking van het voorrecht – in beginsel boven alle zekerheidsrechten en alle voorrechten – presenteert het arrest van uw Raad als een *bijkomend* argument.¹³

2.11. Eveneens onder 3.2 beroept Rabobank zich erop dat de wetgever consistent de belangen van de scheepfinanciers en de door hen gefinancierde ondernemingen heeft benadrukt.¹⁴ In dezelfde lijn staat hetgeen het middel onder 3.3 met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van art. 8:211 BW en de voorafgaande bepalingen uit het Wetboek van Koophandel vermeldt. Volgens de steller van het middel bevat die geschiedenis duidelijke aanwijzingen dat de belangen van scheepsfinanciers en de door hen gefinancierde ondernemingen niet ontoelaatbaar door het schepelingenvoorrecht mogen worden geschaad. Hij zal daarbij het oog hebben op wat hij in zijn inleiding onder 2.9, 2.15 en 2.19 heeft vermeld met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van respectievelijk art. 8:211 BW, art. 758 K (oud) en art. 318c K (oud).

2.12. Eerst de door de steller van het middel geciteerde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 8:211 BW (in de nummering van het ontwerp art. 8.3.3.2). Die passage ziet op de keuze van de wetgever om voor het zeerecht de beperkende termijn die het schepelingenvoorrecht wat betreft loon en dergelijke kent, te verruimen van zes naar twaalf maanden op grond van de overweging dat zeeschepen langere reizen maken dan binnenschepen. De passage uit de memorie van toelichting luidt als volgt:

“Ten einde te voorkomen, dat de bevoorrechte loonvorderingen de waarde van de scheepshypotheek te zeer zouden verminderen (...) volgt het zeerecht in artikel 8.3.3.2 onder sub b het in het ook door Nederland geratificeerde Geneefse Verdrag nopens de inschrijving van binnenschepen in artikel 11 sub b. (...) Voor nadelige invloed van deze verlenging op de kredietverlening aan Nederlandse schepen behoeft niet te worden gevreesd: de bestaande Nederlandse Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Grote Handelsvaart schrijft thans een maximale dienstperiode voor van zes maanden, zodat een tegoed over een periode van twaalf maanden zelden, zo ooit, zal voorkomen.”¹⁵

Wat leert ons deze passage? Dat de wetgever zich er terdege van bewust was dat een boven het hypotheekrecht gerangschikt voorrecht potentieel de hypothecaire kredietverlening zou kunnen schaden en ook dat naar de inschatting van de wetgever dit gevaar zich wat het schepelingenvoorrecht niet realiseert, omdat omvangrijke loonaanspraken van maritieme werknemers onder het voorrecht zeer zeldzaam zullen zijn.

2.13. Vervolgens de door de steller van het middel geciteerde passages uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 758 K (oud), de voor-voorganger van de binnenvaartbepaling van art. 8:821 BW.¹⁶ We zijn daarmee terug in de dertiger jaren van de twintigste eeuw, in de jaren direct na de totstandkoming van het Geneefse Verdrag teboekstelling binnenschepen (1930):

“In de verdragsluitende Staten zal een beperkt aantal voorrechten boven de hypotheek kunnen gaan, doch ook geene andere. De lijst van deze voorrechten is, gelijk hieronder bij de artikelen eveneens nader zal worden aangegeven, zéér beperkt.”¹⁷

11 HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, NJ 1996/158, m.nt. W.M. Kleijn (Hollander's Kuikenbroederij).

12 Parl. Gesch. Boek 3 Inv. 1990, p. 1388.

13 Zie de woorden ‘ook al gezien de rang van dit voorrecht’ in rechtsoverweging 3.5.1 van het arrest, gelezen in hun context.

14 Vergelijk de inleiding op het middel, in het bijzonder onder 2.9 (het middel zelf verwijst ruimer naar de alinea's 2.1 e.v.).

15 Parl. Gesch. BW Boek 8 1992, p. 282.

16 Het schepelingenvoorrecht in het binnenvaartrecht treft men aan in achtereenvolgens: art. 758 K, art. 767 K en art. 8:821 BW.

17 Kamerstukken II 1934/35, 196, 10, p. 50.

“Behoudens de uitzonderingen, bedoeld in VII van het aangehecht protocol en in art. 30, lid 2, kan de hypotheek in de internationale binnenvaart door geen andere voorrechten dan de evenbedoelde worden geprimeerd.”¹⁸

“Het ware echter veel erger geweest, indien de conventie te veel bevoorrechte schulden had geplaatst vóór hypotheek, gezien het groote bedrag, dat van Nederlandsche zijde in hypotheeken op binnenschepen is belegd.”¹⁹

(Het ‘veel erger’ in de laatste passage ziet op het geopperde bezwaar dat jongere aanvaringsschulden eerst na de oudere hypotheek komen. Naar aanleiding daarvan wordt gezegd dat een teveel aan voorrechten die boven hypotheek gaan, ernstiger is dan (mogelijk) één voorrecht te weinig.) In deze passages lees ik in de eerste plaats een systematisch uitgangspunt, volgens welke de wettelijke voorrechten, ook die boven hypotheek gaan, limitatief in de wet zijn opgesomd. In de tweede plaats is duidelijk dat de wetgever het belangrijk achtte dat het aantal voorrechten dat boven hypotheek werd gerangschikt, zeer beperkt bleef.

2.14. Ten slotte de door de steller van het middel geciteerde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 318c K (oud), de voorganger van 8:211 BW:

“De bezwaren, die in het algemeen gelden tegen het toekennen van een voorrecht, in het bijzonder de benadeeling der andere schuldeischers, gelden ook tegen het toekennen van een voorrecht op schepen. Er moeten zeer bepaalde gewichtige redenen zijn om te rechtvaardigen, dat een schuldeischer boven zijne mede-schuldeischers wordt voorgetrokken en ongevraagd in betere positie wordt gebracht dan dezen. Dit klemmt te meer, wanneer het voorrecht, zooals het hier bedoelde voorrecht op schepen, gaat boven de bedongen zekerheid: de hypotheek. Dan toch is het voorrecht niet alleen een benadeling van de mede-schuldeischers, maar ook van den schuldenaar, wien het belemmert in het verkrijgen van zakelijk krediet.”²⁰

Deze passage leert ons dat de wetgever terughoudend wenste te zijn in het toekennen van voorrechten en extra terughoudend wat betreft voorrechten die boven het hypotheekrecht worden gerangschikt, dit laatste met het oog op de praktijk van hypothecaire financiering van rederijen.

2.15. De steller van het middel heeft aldus met veel ijver de geschiedenis van het schepelingenvoorrecht op aanwijzingen ten gunste van het standpunt van Rabobank onderzocht. Wat levert dat ons echter voor de onderhavige zaak op? Volgt eruit dat het hof uit is gegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de bewoordingen en de strekking van het schepelingenvoorrecht pleiten voor een ruime invulling van het begrip ‘vordering uit arbeidsovereenkomst’, naar rechtsoverweging 6.7 luidt?

2.16. Ik wijs er in de eerste plaats op dat de tekst van art. 8:211 BW niet spreekt over vorderingen uit arbeidsovereenkomst, maar over ‘de vorderingen ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomsten’ (of in de tekst van het BW van Curaçao: ‘de vorderingen ontstaan uit de arbeidsovereenkomsten van de kapitein of de andere leden der bemanning’). In zoverre maakt het hof dus een schoonheidsfout. Ik zeg een ‘schoonheidsfout’, want de formulering ‘vordering ontstaan uit arbeidsovereenkomst’ dunkt mij ruimer dan ‘vordering uit arbeidsovereenkomst’. Ze doet immers beter uitkomen dat ook *secundaire* vorderingen uit de maritieme arbeidsovereenkomst, dus uit hoofde van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst, onder het voorrecht vallen.²¹ De bedoelde schoonheidsfout onderstreept dus het gelijk van het hof dat althans de bewoordingen van het schepelingenvoorrecht pleiten voor een ruime uitleg ervan.

2.17. Dat ook de strekking van het voorrecht voor een ruime uitleg pleit, is, zo meen ik, al evenmin te ontkennen. Terecht verwijst het hof voor die strekking naar het arrest van uw Raad van 23 januari 2009 inzake het schip ‘Pamina’.²² In rechtsoverweging 3.5 van dat arrest valt te lezen:

18 *Kamerstukken II* 1934/35, 196, 10, p. 53.

19 *Kamerstukken II* 1936/37, 54, no. 1, p. 6.

20 *Kamerstukken II* 1919/20, 448, no. 3, p. 39.

21 Voor zover het middel dat zou bestrijden (ik lees het er niet in), is dat ten onrechte. Vergelijk de bespreking van onderdeel 3, hierna onder 2.39 e.v.

22 HR 23 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3588, NJ 2009/71, S&S 2009/49 (‘Pamina’).

“De in art. 8:211, aanhef en onder b, BW in verbinding met art. 8:216 BW vervatte regeling strekt ertoe met het oog op de bescherming van de belangen van het bemanningslid diens verhaalsmogelijkheden voor de daarin bedoelde vorderingen zo veel mogelijk te waarborgen.”

Ook de moderne literatuur wijst bescherming van werknemers eenstemmig aan als *ratio legis*.²³ Welnu, waar bescherming van een categorie personen de bedoeling is, ligt een beperkende uitleg van de desbetreffende bepaling ten nadele van personen die juist tot die categorie behoren, uiteraard niet voor de hand. Dat geldt te meer waar die categorie er een van werknemers is, een groep die binnen onze rechtsorde veel vaker een verregaande bescherming geniet.

2.18. Ik citeer in dit verband nog het arrest van uw Raad van 19 juni 1998 inzake het schip ‘Tanja Holwerda’:²⁴

“3.5 Ook aan de strekking van evenvermeld voorrecht, te weten het zo veel mogelijk waarborgen van de voldoening van de loonvordering, kunnen geen argumenten ontleend worden om de reikwijdte ervan te beperken ten opzichte van wat de bewoordingen van art. 318c (oud) K meebrengen.

3.6 De totstandkomingsgeschiedenis van het voorrecht van de schepeling op zeeschepen en het daarmee corresponderende voorrecht op binnenschepen van art. 767 lid 1, aanhef en onder b, (oud) K en de (geschiedenis van de totstandkoming van de) internationale regelingen die op deze materie betrekking hebben, weergegeven in de punten 2.16-2.31 van de conclusie van het Openbaar Ministerie, bieden evenmin steun voor een dergelijke beperking.”

Het arrest betrof een geval waarin de werkgever in gebreke was gebleven in het afdragen van loonbelasting en sociale premies en waarin de Bedrijfsvereniging als gesubrogeerd in de rechten van de werknemers zich op het schepelingsvoorrecht beriep. Dat is een ander geval dan voorligt,²⁵ maar hoe dan ook: voor de opvatting van het middel dat een restrictieve uitleg van het voorrecht is aangewezen, biedt het arrest allerminst steun.

2.19. Ik meen dus dat het hof geheel terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat de bewoordingen en de strekking van het schepelingsvoorrecht pleiten voor een ruimere invulling ervan. Dat de wetgever ervoor heeft willen waken dat de mogelijkheden van hypothecaire financiering niet te zeer onder de hoger dan het hypotheekrecht gerangschikte voorrechten zou lijden, is evenzeer juist, maar doet aan bedoeld uitgangspunt niets af. Het betekent slechts dat bij de uitleg en toepassing van het voorrecht óók met dat belang rekening moet worden gehouden.

2.20. Dat het hof dit ook heeft gedaan, blijkt weliswaar niet uit rechtsoverweging 6.7 en de voorafgaande overwegingen, maar blijkt wel uit de hierna naar aanleiding van onderdeel 4 te citeren rechtsoverweging 10.7. Het hof ziet daar onder ogen dat de uitkomst in de onderhavige zaak op zichzelf inderdaad leidt tot een ongewenste inbreuk op de positie van de hypotheekhouder, maar overweegt, kort gezegd, (1) dat sprake is van een atypische, zeer bijzondere situatie en (2) dat de uitkomst aansluit bij wat in andere gevallen geldt, die buiten twijfel onder het voorrecht vallen. Voor dit laatste noemt het hof het geval dat het verzekerde risico van een bedrijfsongeval door de werking van een clause in de polis of op grond van niet-betaling van de premie, toch onverzekerd blijkt. Kortom, het hof heeft wel degelijk oog gehad voor het gevaar dat de praktijk van hypothecaire financiering van rederijen als gevolg van een te ruime toepassing van het schepelingsvoorrecht schade zou kunnen lijden. In de gedachtegang van het hof is het risico van zulke schade echter beperkt, omdat een geval als het onderhavige zich slechts zeer zelden zal voordoen, terwijl een andere beslissing van de onderhavige zaak ten koste zou gaan van een consistente toepassing van het voorrecht.

2.21. Mijns inziens is dat overtuigend. Uit de onder 2.12 aangehaalde totstandkomingsgeschiedenis van art. 8:211 BW blijkt dat ook de wetgever onder ogen heeft gezien dat bij uitzondering het schepelingsvoorrecht veelomvattend kan zijn. Dat heeft hem er niet toe gebracht om dat voorrecht beperkter te

23 Asser/Japikse 8-II 2012/157; K.F. Haak, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 8:211 BW, aant. 4; R.J.C. Flach, Scheepsvoorrechten, Kluwer: Deventer 2001, p. 86 e.v.; R. Cleton, Hoofdlijnen van het vervoerrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 56.

24 Vergelijk HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2673, NJ 1999/533, S&S 1999/35 (‘Tanja Holwerda’).

25 De inleiding op het middel zegt onder 2.23 over het arrest dat het geen grond geeft voor de ruime uitleg die het hof aan art. 8:211 aanhef en onder b BW heeft gegeven. Ik meen dat dit betwistbaar is.

formuleren of aan een maximum te onderwerpen (naast de termijn van twaalf maanden voor vorderingen met betrekking tot loon en dergelijke). Voor de wetgever volstond dat een ernstige inbreuk op het recht van de hypotheekhouder een uitzonderlijk geval is. Dat is geheel hetzelfde perspectief als dat van het hof. De uitkomst in de onderhavige zaak zal voor banken aanleiding kunnen zijn voor een heroverweging van hun positie. Ervan uitgaande dat inderdaad sprake is van een uitzonderlijk geval – van het tegendeel heeft het middel mij niet kunnen overtuigen – zal die bezinning hun bereidheid tot het verstrekken van hypotheecair krediet op zee- of binnenvaartschepen echter niet wezenlijk kunnen schaden. Voor die bereidheid zijn immers vooral structurele factoren bepalend; een incident zal hooguit een bijrol kunnen spelen.

2.22. *Onder 3.4* vervolgt het onderdeel dat in de rechtspraak en literatuur als voorbeelden van vorderingen ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst niet zijnde loon, salaris of beloningen worden genoemd vorderingen ter zake van vergoeding wegens niet of onvoldoende verstrekken van voeding, verlies van uitrusting, vergoeding van niet-opgenomen verlofdagen, gage van opzegtermijn en afvloeiingsregelingen en kosten van repatriëring. Hieraan verbindt de klacht de gevolgtrekking dat, anders dan het hof oordeelt, de *wettekst* niet wijst op een ruime invulling van het begrip vordering uit arbeidsovereenkomst.

2.23. Uiteraard gaat dat niet op. De eerder in de rechtspraak besliste gevallen en de achter het bureau door auteurs bedachte voorbeelden bepalen de *wettekst* niet en evenmin – zoals de steller van het middel zal hebben bedoeld – de uitleg van die tekst.

2.24. Ten slotte verwijst het onderdeel *onder 3.5* naar wat in de inleiding op het middel is gezegd over een oriëntatie op internationale verdragen en buitenlandse rechtsstelsels. Dat ziet klaarblijkelijk op hetgeen die inleiding onder 2.21, 2.23-2.24 en 2.25 inhoudt.

2.25. Het eerste (inleiding op het middel onder 2.21) heeft betrekking op de verwijzingen door het hof in rechtsoverweging 6.6 naar de International Convention on Maritime Liens and Mortgages (Genève, 1993). Volgens de steller van het middel is de reden dat Nederland geen partij bij dit verdrag is dat het te veel vorderingen hoger rangschikt dan hypotheek, hetgeen negatief zou uitpakken voor de scheepfinancieringspraktijk. Voor dit laatste wordt verwezen naar Van der Velde.²⁶

2.26. Het naslaan van deze auteur leert dat deze zegt dat 'naar verluidt' het inhoudelijke bezwaar van Nederland tegen het verdrag is dat vorderingen wegens dood of letsel en vorderingen uit aanvaring en vorderingen van een retentor boven hypotheek worden gerangschikt, terwijl dit naar Nederlands recht niet zo is. Dit is, zo lijkt me, veelbetekenend. Kennelijk is niet de formulering van het schepelingsvoorzicht de kwestie. Tegen deze achtergrond bestaat er geen grond voor enig verwijt aan het adres van het hof dat het zonder voorbehoud de formulering van het schepelingsvoorzicht in het verdrag heeft geciteerd. Terecht heeft Bakels gezegd dat aan het verdrag, hoewel niet in het Nederlandse recht geïmplementeerd, enige betekenis kan toekomen, omdat aannemelijk is dat het vastlegt wat in internationaal opzicht als redelijk wordt ervaren.²⁷

2.27. Op de tweede plaats (inleiding op het middel onder 2.23 en 2.24) verwijt de steller van het middel het hof dat het onvermeld heeft gelaten de uitspraak van de Engelse en Welshe *Court of Appeal* in de zaak *The Tacoma City*.²⁸ Dit verwijt gaat al evenmin op. In de eerste plaats spreekt de Engelse tekst van het schepelingsvoorzicht over 'wages', wat uiteraard een beperktere formulering is dan 'vorderingen ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomsten'. In de tweede plaats betreft de zaak een verplichting om ná beëindiging van de arbeid als ex-werkgever zélf betalingen bij wijze van 'pension' te doen, welk geval door de Britse rechter nadrukkelijk werd onderscheiden van een ten tijde van de arbeid te betalen bijdrage aan een pensioenfonds. Juist het laatste is hier aan de orde. Bij die stand van zaken had het hof geen reden om voor de stand van het recht van Engeland en Wales (en indirect eventueel ook Canada) behalve naar *Halcyon Skies* van de toenmalige Queens Bench Division van de House of Lords ook te verwijzen naar *The Tacoma City* van de Court of Appeal.

2.28. Ten slotte (inleiding op het middel onder 2.25) wijst de steller van het middel op het (door het hof niet vermelde) recht van de Verenigde Staten. Het hof was echter niet gehouden tot volledigheid. Een klacht in die zin lees ik in het middel ook niet.

2.29. Ik kom tot de slotsom dat onderdeel 1 geen doel kan treffen. Het hof heeft op goede gronden tot uitgangspunt gekozen dat de bewoordingen en de strekking van het schepelingsvoorzicht pleiten voor een ruime invulling daarvan.

26 W. van der Velde, De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 96, 105.

27 A-G Bakels vóór HR 19 juni 1999, ECLI:NL:HR:1998:ZC2673, NJ 1999/533, onder 2.31.

28 *The Tacoma City* [1991] 1 Lloyd's Rep 330.

2.30. *Onderdeel 2* richt zich met rechtsklachten tegen rechtsoverweging 8.2 van het arrest van het hof, volgens welke de vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering uit zee-arbeidsovereenkomst is. Ik citeer behalve de overweging onder 8.2 ook die onder 8.1:

“8.1 Krachtens art. 7:692 Nederlands BW is een zee-arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst in de zin van boek 7. Voor Curaçao geldt dat het moet gaan om een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7A:1613a BW. Zoals hiervoor in rov. 5.4. e.v. is overwogen, dient de verplichting van Avra Towage om de Zeevarenden op te laten nemen in het Pensioenfonds redelijkerwijze te worden opgevat als een verplichting om ervoor te zorgen dat de Zeevarenden (pre-)pensioen opbouwden. De verplichting vormt een arbeidsvoorwaarde en maakt dus deel uit van de Arbeidsovereenkomsten.

8.2 Er is geen reden om in het kader van de bevoorrechtingsvraag onderscheid te maken tussen het werkgeversdeel en het werknemersdeel van de pensioenpremies, noch om daarvan het fictieve rendement uit te zonderen. Van al deze onderdelen kan worden gezegd dat zij behoren tot de verplichtingen van de werkgever uit hoofde van diens pensioentoezegging in het kader van de Arbeidsovereenkomsten.”

2.31. *Onder 4.1-4.2* betoogt Rabobank dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De gezichtspunten die in onderdeel 1 zijn aangehaald, laten niet toe dat een vordering wegens gedeerd fictief rendement wordt gebracht binnen de reikwijdte van het schepelingenvoorrecht. Die uitleg vindt volgens Rabobank geen steun in de tekst en strekking van de bepaling en evenmin in andere jurisdicties. Alsdan zou ook indirecte gevolgschade voor het niet of te laat betalen van (bruto)loon onder het voorrecht geschaard kunnen worden, hetgeen de deur opent voor hoogoplopende schadebegrotingen op basis van gedeerde fictieve rendementen en beleggingstheorieën, hetgeen zich niet verhoudt tot de duidelijkheid en voorspelbaarheid die kenmerkend is voor het systeem van wettelijke voorrechten. Hieraan doet volgens Rabobank niet af dat zoals het hof in rechtsoverweging 10.7 oordeelt, sprake is van een bijzondere en atypische situatie. Het oordeel van het hof miskent dat een premieachterstand altijd leidt tot een gedeerde pensioenopbouw. Voor de deugdelijke en tijdige nakoming van dergelijke verplichtingen laat zich realiter geen voorziening treffen ten gunste van de scheepsfinancier, aldus Rabobank. Dat een scheepsfinancier ook door andere bevoorrechte en ongedekte claims getroffen kan worden is geen reden om het fictieve rendement onder de reikwijdte van het voorrecht te laten vallen. Ten aanzien van het werkgeversdeel in de pensioenpremies bestaat gerede twijfel of deze geacht moet worden te zijn ontstaan uit zee-arbeidsovereenkomst. Dat volgt niet uit het arrest van de Hoge Raad met betrekking tot ‘Tanja Holwerda’²⁹ en de aanvaarding van een voorrecht voor het werkgeversaandeel in de pensioenpremies vormt een ontoelaatbare beperking van de positie van de scheepshypotheekhouder, aldus nog steeds Rabobank.

2.32. Dit onderdeel hangt mijns inziens samen met onderdeel 3, waar Rabobank betoogt dat secundaire vorderingen, dus vorderingen die gegrond zijn op een tekortkoming in de nakoming van de zee-arbeidsovereenkomst niet stéeds onder het schepelingenvoorrecht vallen, in die zin dat de vraag of dit wel of niet het geval is, afhangt van de mate van causaal verband. Zoals hierna zal blijken, onderschrijf ik dat betoog niet.

2.33. De betekenis van rechtsoverweging 8.2 is klaarblijkelijk dat het hof heeft vastgesteld dat de schadevergoedingsvordering van de zeevarenden inderdaad een tekortkoming in de nakoming van de zee-arbeidsovereenkomst betreft. Welnu, het valt mijns inziens onmogelijk te ontkennen dat de afdracht van zowel het werkgeversdeel als werknemersdeel een verplichting uit de zee-arbeidsovereenkomst is. De pensioenovereenkomst is onderdeel van de arbeidsovereenkomst³⁰ en daaruit vloeit in beide gevallen de verplichting tot afdracht aan het pensioenfonds voort. Met het fictief rendement ligt het uiteraard enigszins anders. Dat is geen verplichting van de werkgever zelf, maar het resultaat van de (tijdige) afdracht van de pensioenpremies. Als het hof zegt dat er geen reden is om in het kader van de bevoorrechtingsvraag het fictief rendement uit te zonderen, dan is dat mijns inziens aldus te verstaan dat, omdat het gemis van het fictief rendement het (rechtstreeks) gevolg is van het niet afdragen van de pensioenpremies, de verbintenis tot schadevergoeding wegens het tekortschieten van de werkgever in die afdracht mede op het fictief rendement ziet. In deze lezing grijpt het hof hier terug op zijn oordeel in rechtsoverweging 5.8 dat

²⁹ Hiervoor onder 2.18 aangehaald.

³⁰ Het hof verwijst in rechtsoverweging 5.4 naar *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, 3, p. 4. Daar is te lezen: ‘Pensioen is (...) een arbeidsvoorwaarde’. Vergelijk *Asser/Lutjens 7-XI 2016/110*.

er een rechtstreeks verband bestaat tussen de tekortkoming in de verplichting tot het volledig afdragen van pensioenpremies en het als gevolg daarvan bij de zeevarenden ontstane gat in hun pensioenopbouw. 2.34. Ten onrechte suggereert het onderdeel dat gemist fictief rendement op af te dragen pensioenpremies zich zou laten vergelijken met door een door de maritieme werknemer gepretendeerde indirecte vermogensschade als gevolg van de niet-betaling van zijn loon. De afdracht van pensioenpremies is mede gericht op het realiseren van rendement, geheel anders dan de betaling van loon. Daarom is het causaal verband tussen de niet-afdracht van de premies en het gemis van het fictief rendement vanzelfsprekend, geheel anders dan die tussen de niet-betaling van loon en eventuele vermogensschade. Bovendien is de werkgever over het niet-betaalde loon reeds de wettelijke verhoging van art. 7:696 jo. 7:625 BW én de wettelijke rente van art. 6:119 BW verschuldigd, welke beide mijns inziens gewoon onder het schepelingenvoorrecht vallen. Dat een werknemer geen aanspraak kan doen gelden op indirecte vermogensschade als gevolg van de niet-tijdige betaling van loon volgt uit het fixerende karakter van de wettelijke rente: de werknemer kan evenals iedere andere schuldeiser die wegens vertraging in de voldoening van een geldsom schadevergoeding vordert, op niet meer schadevergoeding aanspraak maken dan tot het bedrag van de wettelijke rente, ook als hij daadwerkelijk meer schade heeft geleden.³¹

2.35. Voor het overige geldt ook met betrekking tot onderdeel 2 (vergelijk hiervoor onder 2.3) dat ik sympathie heb voor de positie van Rabobank, in die zin dat ik het sentiment begrijp dat haar hypotheekrecht in het onderhavige geval een wel heel forse adering ondergaat, maar dat ik tegelijk niet inzie hoe op die uitkomst valt af te dingen, zónder de ruime formulering van het schepelingenvoorrecht geweld aan te doen, met het risico van een ongewenste uitstaling naar andere vorderingen van maritieme werknemers, terwijl bovendien geen grond bestaat voor de vrees dat de praktijk van hypothecaire financiering van rederijen structureel schade zou kunnen lijden.

2.36. Ook het tweede onderdeel treft geen doel.

2.37. *Onderdeel 3* richt zich met rechtsklachten tegen rechtsoverwegingen 9.1-9.3:

“9.1 De Zeevarenden vorderen geen nakoming van de verplichting van Avra Towage jegens hen om ervoor te zorgen dat zij (pre-)pensioen opbouwen, maar schadevergoeding wegens het niet-nakomen van die verplichting. De verplichting om te zorgen voor (pre-)pensioenopbouw vormt een arbeidsvoorwaarde en is dus uit de Arbeidsovereenkomst ontstaan. De (secundaire) vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van die verplichting die strekt tot goedmaking van de tekortkoming in de (primaire) verplichting, moet dan eveneens worden aangemerkt als een uit de Arbeidsovereenkomst ontstane vordering.

9.2 Rabobank betoogt dat een dergelijke schadevergoedingsvordering niet onder het voorrecht valt, omdat er een te ver verwijderd verband is met de Arbeidsovereenkomst en omdat het deels om gevolgschade gaat. Dat betoog kan niet als juist worden aanvaard. Nu de vordering tot nakoming van de pensioenopbouwverplichting onder de Arbeidsovereenkomst valt, kan de vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van de pensioenverplichtingen eveneens tot de vorderingen uit Arbeidsovereenkomst worden gerekend. Toegevoegd wordt nog dat een vordering tot schadevergoeding wegens een bedrijfsongeval eveneens als een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst wordt beschouwd. Ook een vordering tot schadevergoeding wegens onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gewoonlijk als een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst aangemerkt. Ook is er, anders dan Rabobank meent, geen reden om de schadevergoeding of de wettelijke verhoging, verschuldigd wegens vertraging in de betaling van het loon, niet aan te merken als een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst.

9.3 De conclusie is dan ook dat de vordering tot schadevergoeding wegens het niet onderbrengen van de Zeevarenden in het Pensioenfonds en het niet betalen van de daarvoor benodigde premies een vordering uit zee-arbeidsovereenkomst is als bedoeld in art. 8:211 van het Nederlandse BW en als een vordering uit arbeidsovereenkomst in de zin van het BW van Curaçao. Grief IV faalt derhalve.”

2.38. *Onder 5.1-5.6* stelt Rabobank dat het hiervoor geciteerde oordeel van het hof rechtens onjuist is, omdat vorderingen van schepelingen uit andere hoofde dan 'ontstaan uit zee-arbeidsovereenkomsten', zoals buitencontractuele vorderingen, niet vallen onder de reikwijdte van het voorrecht van art. 8:211 BW. Onjuist is volgens Rabobank dat als een vordering uit zee-arbeidsovereenkomst wordt beschouwd

³¹ Zie: *Asser/Sieburgh 6-II 2017/212-213*; P.M. Vos, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:119 BW, aant. 3. Wat betreft de rechtspraak vergelijk bijvoorbeeld HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR0220, NJ 2007/481, m.nt. Jac. Hijma (Ahold/Staat).

(i) een vordering tot schadevergoeding wegens een bedrijfsongeval en (ii) een vordering tot schadevergoeding wegens onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Indien en voor zover schadevergoedingsvorderingen wegens een bedrijfsongeval al vallen onder het schepelingenvoorrecht, geldt dat hooguit voor louter contractuele schadevergoedingsvorderingen ter zake van bedrijfsongevallen en beroepsziekten tijdens werkzaamheden aan boord en/of ten dienste van een bepaald schip. Alleen dan is sprake van schending van de specifieke uit zee-arbeidsovereenkomst voortvloeiende (zorg)plicht van de werkgever om voor een veilige werkomgeving zorg te dragen, aldus Rabobank. Die situatie moet onderscheiden worden van de onderhavige situatie, waar geen sprake is van een bedrijfsongeval tijdens werkzaamheden aan boord of ten dienste van een schip, maar waarin het gaat om indirecte vermogensschade die bestaat uit een (pre)pensioengat waarbij de tekortkoming mede erop ziet dat Avra Towage in 2013 geen maatregelen heeft genomen om het pensioengat te herstellen. Die vordering staat in een te ver verwijderd verband tot de zee-arbeidsovereenkomst. Wat betreft een ontbindingsvergoeding geldt dat die onder het voorrecht valt voor zover ze neerkomt op een loonvordering en niet een schadevergoedingsvordering, aldus nog steeds Rabobank.

2.39. Dat ook secundaire vorderingen uit de zee-arbeidsovereenkomst – dus vorderingen gegrond op een tekortkoming van de werkgever in de nakoming van de uit hoofde van de zee-arbeidsovereenkomst op deze rustende verbintenissen – onder het voorrecht vallen, is mijns inziens zonneklaar. Dat geldt allereerst voor arbeidsongevallen die zijn te wijten aan een tekortschieten van de werkgever in de nakoming van zijn zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de maritieme werknemer (art. 7:658 BW). Juist de (toenmalige) overweging dat het werk op zee of in de binnenvaart voor de werknemer grote risico's met zich bracht, meer dan vrijwel alle arbeid aan wal, verklaart de sterk bevoorrechte positie van maritieme werknemers.³² Ook een door de werkgever verschuldigde schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging (art. 7:672 lid 10 BW) vindt zijn grondslag in een tekortkoming van de werkgever, namelijk beëindiging van de arbeidsovereenkomst op een kortere termijn dan door de op die overeenkomst toepasselijke regels wordt toegelaten.

2.40. Als ik het goed zie, wordt een en ander door het onderdeel op zichzelf niet bestreden. Ik lees het onderdeel zo dat het onderscheid wenst te maken tussen enerzijds de zojuist bedoelde gevallen van een aansprakelijkheid van de werkgever voor een arbeidsongeval respectievelijk schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging en anderzijds een aansprakelijkheid van de werkgever voor de volgens het middel 'indirecte vermogensschade' bestaande uit een pensioengat.

2.41. In dit verband betoogt het onderdeel dat schadevergoedingsvorderingen wegens bedrijfsongevallen niet steeds onder het schepelingenvoorrecht vallen en dat dit alleen 'zou kunnen gelden' voor 'louter contractuele' schadevergoedingsvorderingen ter zake van zulke ongevallen. Deze formulering ('louter contractuele') kan echter niet verhullen dat ook een vordering uit art. 7:658 BW een secundaire vordering is. Welnu, dat geldt ook voor de vordering tot schadevergoeding voor als gevolg van het tekortschieten van de werkgever ontstane pensioenschade.

2.42. Het onderdeel (onder 5.4 slot) zegt dat de pensioenschade in een te ver verwijderd verband staat tot de zee-arbeidsovereenkomst om nog te kunnen kwalificeren als 'ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst'. Dit vat ik zo op dat de steller van het middel bepleit een knip te maken, in die zin dat weliswaar ook secundaire vorderingen uit de maritieme arbeidsovereenkomst onder het voorrecht kunnen vallen, maar dat voor de vraag of dit het geval is, de mate van causaal verband beslissend is. Die opvatting spreekt mij niet aan. Ze zou ertoe leiden dat van het geheel van de schadeposten die volgens de maatstaf van art. 6:98 BW aan de tekortkoming van de werkgever kunnen worden toegerekend, sommige wel en sommige niet onder het voorrecht vallen. In de tekst van art. 8:211 aanhef en onder b BW ontbreekt daarvoor ieder aanknopingspunt en een dergelijk onderscheid leidt gemakkelijk tot lastig te beslissen discussies (de door het onderdeel voorgestane maatstaf van 'een te ver verwijderd verband' biedt naar zijn aard weinig houvast). Ook bijvoorbeeld in het kader van aansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:658 BW zou kunnen worden gedebatteerd over de vraag of een schadepost – hoewel in *conditio sine qua non*-verband staande tot de tekortkoming en daaraan toe te rekenen – volgens een derde causaliteits-toets wel of niet onder het voorrecht valt. Dat lijkt mij hopeloos complicerend.

2.43. Ten overvloede: de onderhavige pensioenschade is geen indirect maar een direct gevolg van het tekortschieten van de werkgever in zijn verbintenissen uit hoofde van de pensioenovereenkomst, welke overeenkomst van de arbeidsovereenkomst deel uitmaakt. Dat de tekortkoming mede erop ziet dat Avra Towage in 2013 geen maatregelen heeft genomen om het ontstane pensioengat te herstellen, maakt dat mijns inziens niet anders.

³² R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten*, Kluwer: Deventer 2001, p. 87 en 90-91.

2.44. *Onderdeel 4 richt zich tegen rechtsoverweging 10.1 e.v.:*

“10.1 Met grief V keert Rabobank zich tegen het oordeel van de rechtbank dat voor de vordering niet de beperking van het slot van het artikel geldt, omdat de vordering strekt tot schadevergoeding en dus niet valt onder de noemer ‘loon, salaris of beloningen’. Rabobank betoogt dat de Zeevarenden weliswaar formeel schadevergoeding vorderen, maar materieel achterstallige (pre)pensioenpremies, vermeerderd met een fictief rendement. Het werkgeversdeel en het fictief rendement vallen buiten het brutoloonbegrip en daarmee buiten de reikwijdte van het voorrecht. Het werknemersdeel valt onder het loonbegrip, waarvoor de beperking van het tijdvak van twaalf maanden geldt, aldus Rabobank.

10.2 Het voorrecht van art. 8:211 aanhef en onder b BW heeft blijkens de bewoordingen ervan betrekking op vorderingen ontstaan uit de (zee-)arbeidsovereenkomsten, met dien verstande dat de vorderingen met betrekking tot loon, salaris of beloningen slechts bevoorrecht zijn tot op een bedrag over een tijdvak van twaalf maanden verschuldigd. Uit de tweedeling van het artikel, waarbij alleen voor kort gezegd loonvorderingen een beperking in tijd wordt aangebracht, kan worden afgeleid dat er ook andere vorderingen uit (zee-)arbeidsovereenkomsten kunnen ontstaan dan loonvorderingen.

10.3 Zoals hiervoor in rov. 8.2 reeds is overwogen is er geen reden om in het kader van art. 8:211 BW onderscheid te maken tussen werkgevers- en werknemersdelen en het fictief rendement.

10.4 Bij de beantwoording van de vraag onder welke categorie de onderhavige vordering valt, wordt in aanmerking genomen dat bij de beperking van loonvorderingen en dergelijke tot een periode van twaalf maanden mede een rol zal hebben gespeeld dat de werknemer gewoonlijk binnen korte tijd (bijvoorbeeld na afloop van de reis) zal gewaar worden dat zijn loon niet is of wordt uitbetaald en dan direct maatregelen kan nemen. Het niet nakomen van pensioenverplichtingen zal daarentegen vaak minder snel/gemakkelijk worden opgemerkt; een (niet altijd eenvoudig te doorgronden) overzicht van de pensioenaanspraken wordt meestal maar eenmaal per jaar verschaft en zal mogelijk ook niet in alle gevallen het niet nakomen aan het licht brengen. Het kan dan ook aanmerkelijk langer duren voordat een zeevarende zich ervan bewust wordt dat zijn werkgever diens pensioenverplichtingen niet is nagekomen. Daarvan uitgaande ligt in de rede om aan te nemen dat pensioenvorderingen als de onderhavige, anders dan loonvorderingen, niet beperkt zijn tot een periode van twaalf maanden. Daarvoor pleit ook de omstandigheid dat het hier gaat om een pas later – na het terugstorten van de premie door het Pensioenfonds en het niet wederom storten van de (pre)pensioenpremies – ontstaan tekort, waarop de Zeevarenden niet vóór het terugstorten bedacht konden zijn.

10.5 Maar ook als de (totale) pensioenverplichtingen als loon/beloning worden aangemerkt, zou de kwalificatie in dit bijzondere geval niet anders uitvallen. De omstandigheid dat de vordering pas is ontstaan, althans opeisbaar is geworden, nadat het Pensioenfonds de premies had teruggestort, maakt dat hier in redelijkheid moet worden aangenomen dat de vordering tot schadevergoeding wegens het niet nakomen van de pensioenverplichtingen door Avra Towage in haar gehele omvang in de periode van twaalf maanden verschuldigd is geworden.

10.6 Rabobank noemt als ongewenste consequentie van dit oordeel dat het voorrecht voor (indirecte) vermogensschade de deur opent voor allerlei hoogoplopende schadebegrotingen op basis van fictieve rendementen en beleggingstheorieën, hetgeen zich niet verhoudt met de duidelijkheid en voorspelbaarheid die het systeem van wettelijke voorrechten kenmerkt.

10.7 Het onderhavige geval moet zoals gezegd worden aangemerkt als een atypische, zeer bijzondere situatie. Achteraf heeft het Pensioenfonds geconstateerd dat de voorwaarden voor verplichte deelneming niet waren vervuld en heeft het op die grond de ingelegde premies teruggestort (waarbij de berekening van de omvang onnavolgbaar is). Daarna heeft zich nog de complicatie voorgedaan dat Rabobank zich op de teruggestorte som heeft verhaald. Normaal gesproken zal een pensioenfonds de ontvangen premies behouden en de werknemer ook bij wanbetaling diens pensioen betalen. De situatie is vergelijkbaar met het geval dat zich een bedrijfsongeval van serieuze omvang voordoet. Rabobank heeft uiteengezet dat zij ter voorkoming van onverwachte financieel nadeel voor haar zekerheden in een dergelijk geval van de wederpartij verlangt dat deze een goede verzekering met het oog op ongevallen

sluit. In die context zou zich een met het onderhavige geval vergelijkbare situatie kunnen voordoen als de verzekering geen dekking bood op grond van een clause in de polis of op grond van niet betaling van de premie. Ook dat zou geen reden mogen vormen om aan een vordering terzake van voornoemd bedrijfsongeval het voorrecht te onthouden. De conclusie luidt dan ook dat de door de Rabobank genoemde ongewenste consequentie onvoldoende reden vormt om tot een ander oordeel te komen. Toegevoegd wordt nog, terzijde, dat wellicht ook zekerheden kunnen worden verlangd in het kader van de deugdelijke nakoming van de pensioenverplichtingen.”

2.45. *Onder 6.1-6.6* voert Rabobank aan dat [verweerders] weliswaar formeel schadevergoeding uit wanprestatie vorderen, maar dat dit materieel neerkomt op betaling van te derven pensioeninkomen en dat voor een zodanige vordering de beperking geldt tot het tijdvak van twaalf maanden waarover geen premies afgedragen zijn. Rabobank verwijst in dit verband naar het hiervoor reeds aangehaalde arrest van uw Raad inzake het schip 'Tanja Holwerda',³³ alsmede naar een arrest uit 2003 met betrekking tot het bereik van de algemene voorrechten van art. 3:288 aanhef en onder d en e BW.³⁴ Daarbij komt volgens Rabobank dat de beperking tot twaalf maanden blijkens de wetsgeschiedenis door de wetgever is aanvaard omdat gelet op de maximale dienstperiode van zes maanden in de toepasselijke CAO een tegoed over twaalf maanden 'zelden, zo ooit' zal voorkomen; de beperking tot twaalf maanden vormt een essentieel onderdeel van het systeem van art. 8:211 BW. Volgens Rabobank is er geen aanwijzing dat bij de beperking tot twaalf maanden een rol gespeeld heeft dat werknemers gewoonlijk binnen korte termijn weten of het loon is betaald en dan direct maatregelen kunnen nemen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de enige reden voor de beperking is om te voorkomen dat bevoorrechte loonvorderingen de waarde van de scheepshypotheek te zeer verminderen. Rabobank stelt verder dat de wetsgeschiedenis er op duidt dat juist voor mogelijk substantiële loonvorderingen een beperking is aanvaard, terwijl er geen indicatie is dat de wetgever heeft voorzien dat omvangrijke schadevergoedingen ten laste van de scheepsfinancier gebracht zouden worden. Voorts is een bedrijfstakpensioenfonds zowel bevoegd als gehouden om na te gaan of pensioenpremies zijn betaald, zodat het oordeel van het hof dat het niet-nakomen van pensioenverplichtingen minder snel/gemakkelijk wordt opgemerkt, onjuist of onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. Het oordeel van het hof heeft daarnaast als consequentie dat de temporele beperking van art. 8:211 BW zou kunnen worden omzeild door een herkwalificatie van de vordering, waarmee het voorrecht een grotere reikwijdte krijgt dan door de wetgever is beoogd. Ten slotte bevestigt het oordeel van het hof dat 'hier in redelijkheid moet worden aangenomen' dat de schadevergoedingsvordering in zijn totaliteit binnen de periode van twaalf maanden verschuldigd is geworden, volgens Rabobank dat de vorderingen van [verweerders] in een te ver verwijderd verband staan tot de zee-arbeidsovereenkomst om te kunnen kwalificeren als 'ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst'.

2.46. Het oordeel van het hof dat de termijn van twaalf maanden in art. 6:211 onder b slot BW voor loon, salaris of beloningen geen toepassing vindt, berust op een dubbele grondslag, namelijk: (a) de uitleg die het hof geeft aan het begrip 'loon, salaris of beloningen', volgens welke uitleg pensioenverplichtingen hier niet onder vallen en (b) de overweging dat de pensioenschade in haar gehele omvang valt binnen het tijdvak van twaalf maanden. Laatstbedoelde grondslag wordt door onderdeel 4 slechts bestreden op de bij de bespreking van het vorige onderdeel reeds ondeugdelijk bevonden grond van, kort gezegd, een te ver verwijderd verband. Waar onderdeel 3 geen doel treft, moet dus ook onderdeel 4 falen, óók als onjuist zou zijn 's hofs oordeel dat pensioenverplichtingen niet vallen binnen het bereik van de bedoelde termijn van twaalf maanden.

2.47. Met betrekking tot dit laatste ten overvloede nog het volgende. Over de vraag of de verplichting van de werkgever tot afdracht van pensioenpremies valt onder het begrip 'loon, salaris of beloningen', aarzel ik. Pleitbaar dunkt mij dat zeker. Als ze daar inderdaad onder valt, is ook pleitbaar dat hetzelfde behoort te gelden voor een schadevergoedingsvordering die berust op het tekortschieten van de werkgever in die verplichting.

2.48. Ook voor het oordeel van het hof dat de pensioenverplichtingen buiten het bereik van de termijn vallen, valt echter veel te zeggen. Dat in het zeerecht een termijn van twaalf maanden geldt in plaats van zes maanden, berust op de overweging dat zeeschepen langere reizen maken dan binnenschepen (hiervoor onder 2.12). De gedachte is dus dat het langer kan duren voordat de zeevaartwerknemer een tekort in het hem uitbetaalde loon opmerkt, althans in staat is om daartegen rechtsmaatregelen te treffen. Aldus pleit de wetsgeschiedenis wel degelijk voor de opvatting van het hof, in die zin dat de termijn van

33 HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2673, NJ 1999/533, S&S 1999/35 ('Tanja Holwerda').

34 HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0189, NJ 2003/197, m.nt. P. van Schilfgaarde (Niehe/Heidinga).

twalf maanden mede berust op de overweging dat de werknemer binnen die termijn de tekortkoming redelijkerwijs moet hebben opgemerkt en daartegen ook heeft kunnen optreden.

2.49. Dat uw Raad in het arrest met betrekking tot het schip 'Tanja Holwerda' de loonbelasting en premies mede tot de bruto loonvordering heeft gerekend, dunkt mij niet doorslaggevend. In die zaak was een beperkende termijn voor loonvorderingen niet aan orde; het ging uitsluitend om de vraag of de gesubrogeerde Bedrijfsvereniging zich op het schepelingenvoorrecht kon beroepen. De steller van het middel hecht aan de gegeven motivering dus ten onrechte betekenis buiten de context van de besliste zaak.³⁵ Ook aan het arrest met betrekking tot de algemene voorrechten van art. 3:288 aanhef en onder d en e BW kan niet de betekenis worden gegeven die de steller van het middel daaraan toekent. Het schepelingenvoorrecht is naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever immers aanzienlijk ruimer dan het in Boek 3 BW geregelde algemene voorrecht van werknemers en de formulering van de respectieve voorrechten is onderling geheel en al onvergelijkbaar.

2.50. Ten slotte, de klacht tegen de overweging van het hof dat de schepeling het niet nakomen van pensioenverplichtingen minder snel/gemakkelijk zal gewaar worden, gaat mijns niet op. Het dunkt mij terecht dat het hof bepalend heeft geacht wat de schepeling zelf ter bewaking van zijn rechten wel of niet redelijkerwijs vermag. Dat een ander, zoals een bedrijfstakpensioenfonds, hier evenzeer een taak heeft, is dus niet van betekenis. Het betoog van Rabobank omtrent de toezichthoudende taak van het pensioenfonds illustreert intussen het uitzonderlijke karakter van het onderhavige geval.

2.51. *Onderdeel 5* richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rechtsoverwegingen 11.2-11.4. Ik citeer ook rechtsoverweging 11.1:

"11.1 Art. 8:219 BW bepaalt dat de voorrechten teniet gaan door verloop van een jaar, tenzij de schuldeiser zijn vordering in rechte geldend heeft gemaakt. Met grief VI beroept Rabobank zich op de vervaltermijn. Zij voert aan dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat de vervaltermijn geen rol speelt.

11.2 De rechtbank is tot die aanneming gekomen doordat in het proces-verbaal van de comparitie van partijen staat dat Rabobank heeft verklaard dat de vervaltermijn van art. 8:219 BW in deze zaak geen rol speelt en dat Rabobank daarop geen beroep doet. Bij memorie van grieven voert Rabobank aan dat zij alleen heeft gezegd dat zij ter zake van de vervaltermijn geen beroep zou doen op het na 1 juli 2014 instellen van een vordering in rechte.

11.3 De nu door Rabobank bepleite versie van haar verklaring van afstand blijkt niet uit het proces-verbaal. Daarin staat ongeclausuleerd dat Rabobank geen beroep doet op art. 8:219 BW. In beginsel moet worden uitgegaan van de juistheid van het proces-verbaal. Rabobank heeft geen omstandigheden aangevoerd waarom dit in het onderhavige geval anders zou zijn.

11.4 Bovendien faalt het beroep op de vervaltermijn. De vordering tot schadevergoeding werd pas opeisbaar op het moment dat de Zeevarenden de schade leden. Dat moment brak aan toen de deelname van de Zeevarenden aan het Pensioenfonds met terugwerkende kracht werd beëindigd. Aangenomen moet worden dat de deelname werd beëindigd op het moment dat de brieven met die inhoud door de Zeevarenden werden ontvangen. De overgelegde brieven zijn gedateerd op 2 juli 2013 of later. De vervaltermijn verliep dus niet vóór 1 juli 2014. De dagvaarding in deze procedure is van 8 augustus 2014, maar de Rabobank heeft (in haar visie) afstand gedaan van een beroep op overschrijding van de termijn voor zover die na 1 juli 2014 is gelegen."

2.52. *Onder 7.1* voert Rabobank allereerst aan dat ook het oordeel van het hof in rechtsoverweging 11.4 bevestigt dat de schadevergoedingsvorderingen van [verweerders] in een te ver verband staan tot de zee-arbeidsovereenkomst om te kunnen kwalificeren als 'ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst'. Aldus bouwt Rabobank vergeefs voort op onderdeel 3.

2.53. Eveneens onder 7.1 voert Rabobank aan dat onjuist of onbegrijpelijk is 's hofs oordeel in rechtsoverweging 11.4 dat de vorderingen van de zeevarenden pas op 2 juli 2013 opeisbaar zijn geworden. Volgens Rabobank is ofwel de beëindiging een noodzakelijk gevolg van de vlagverplaatsing per 1 juli 2010 en was de schade toen dus ook al ingetreden, ofwel de beëindiging was onnodig en dan is onbegrijpelijk het oordeel dat Avra Towage toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichting tot pensioenopbouw,

³⁵ Vergelijk FB. Bakels, Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad, AA 2015, p. 931-932.

althans dan is onbegrijpelijk dat het hof het verweer van Rabobank heeft verworpen dat het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade ontbreekt.

2.54. Deze klachten gaan mijns inziens niet op. Op zichzelf is juist dat er reeds een probleem was als gevolg van de vlagverplaatsing per 1 juli 2010 (al was klaarblijkelijk toen niemand zich daarvan bewust), omdat vanaf dat moment de pensioenafdracht niet meer beruiste op verplichte deelneming in Bpf Koopvaardij en (nog) geen vrijwillige aansluiting bij dat pensioenfonds had plaatsgevonden. De pensioenschade is echter eerst in de loop van 2013 ontstaan doordat Avra Towage in verband met haar slechte financiële positie ervan af moest zien om dat probleem te redresseren door zich alsnog vrijwillig bij het pensioenfonds aan te sluiten (zie de vaststaande feiten onder 1.1.9).

2.55. Onder 7.2 betoogt Rabobank dat het hof in rechtsoverwegingen 11.2 en 11.3 heeft miskend dat het prijsgeven van een processueel verweer ondubbelzinnig moet plaatsvinden.

2.56. Deze klacht faalt bij gebrek aan belang, omdat het hof ook zijn beslissing dat de vervaltermijn van art. 8:219 BW niet van toepassing is, op een dubbele grondslag heeft gebaseerd, namelijk afstand van recht (rechtsoverwegingen 11.2 en 11.3) en het moment van opeisbaarheid (rechtsoverweging 11.4). Zoals zojuist gezegd, falen de klachten tegen de laatstbedoelde grondslag.

2.57. Onderdeel 6 richt zich tegen rechtsoverwegingen 5.4-5.8 en 8.1-8.2, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

“5.4 Niet in geschil is dat de Arbeidsovereenkomsten tussen Avra Towage en de Zeevarenden voor Avra Towage een verplichting meebrachten tot het doen opnemen (of het aanmelden) van de Zeevarenden in de Pensioenregeling. De Zeevarenden hebben deze verplichting van Avra Towage redelijkerwijze zo mogen opvatten dat Avra Towage ervoor zou zorgen dat zij (pre-)pensioen opbouwden.

Voor zover (achteraf) moet worden geoordeeld dat sprake was van een vrijwillige deelname aan het Pensioenfonds, volgt dit ook uit het feit dat de uit de overeenkomsten voortvloeiende werkgeversverplichting redelijkerwijze moet worden uitgelegd als een tussen Avra Towage en de Zeevarenden totstandgekomen pensioenovereenkomst die als arbeidsvoorwaarde wordt beschouwd (*Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 4*). Op grond daarvan was Avra Towage verplicht om de pensioenen onder te brengen bij een pensioenuitvoerder zoals het Pensioenfonds (zie ook art. 23 Pensioenwet). Deze wettelijke onderbrengingsplicht wordt aldus uitgelegd dat de werknemers een vordering hebben op de werkgever tot het volledig en juist onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij een pensioenuitvoerder, waaronder begrepen het betalen van de daartoe vereiste premies. De werknemers kunnen daarvan nakoming en bij verzuim schadevergoeding vorderen.

Voor zover er (ook achteraf) van moet worden uitgegaan dat sprake was van een verplichte deelneming in het Pensioenfonds vormt de Arbeidsovereenkomst de grondslag voor die deelneming. De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer wordt gelijkgesteld met een pensioenovereenkomst (art. 2 lid 2 Pensioenwet) die als een arbeidsvoorwaarde wordt aangemerkt. Het rechtsgevolg van de verplichtstelling is dat de deelnemers en hun werkgevers de statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds moeten naleven. Het uitvoeringsreglement bevat de verplichting voor de werkgever zijn werknemers aan te melden bij het fonds en premie te betalen. Die verplichtingen gelden ook (bij wege van derdenbeding) ten opzichte van de werknemers nu deelneming aan het Pensioenfonds is toegezegd in de Arbeidsovereenkomst.

5.5 Op grond van de Arbeidsovereenkomsten was Avra Towage dus verplicht om ervoor te zorgen dat de Zeevarenden (pre-)pensioen opbouwden. Aan deze verplichting heeft Avra Towage niet voldaan, omdat – achteraf – de Zeevarenden vanaf 2010 niet aan het Pensioenfonds hebben deelgenomen en dus vanaf dat jaar geen (pre-)pensioen hebben opgebouwd.

5.6 De opvatting van Rabobank dat Avra Towage aan haar verplichtingen heeft voldaan doordat zij pensioenpremies heeft ingehouden en afgedragen, ziet er aan voorbij dat de vanaf 2010 afgedragen premies in 2013 weer zijn teruggestort aan Avra Towage en vervolgens niet meer zijn gebruikt voor pensioenopbouw. Vanaf juli 2013 moet dus, achteraf, worden geconstateerd dat Avra Towage vanaf 2010 niet aan haar verplichting heeft voldaan om ervoor te zorgen dat de Zeevarenden (pre-)pensioen opbouwden en daardoor is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting uit de Arbeidsovereenkomsten.

5.7 Grief III, waarin wordt betoogd dat de rechtbank ten onrechte op een aantal plaatsen overweegt dat de pensioenregeling door het Pensioenfonds is beëindigd doordat Avra

Towage de ingehouden premies niet heeft afgedragen, slaagt in die zin dat daarvoor in de plaats moet worden gelezen dat het Pensioenfonds de deelname van de Zeevarenden aan het Pensioenfonds met terugwerkende kracht heeft beëindigd, omdat de rechtsgrond voor verplichte deelname vanaf 2010 niet meer aanwezig was en vrijwillige aansluiting vanwege de slechte financiële positie van Avra Towage niet mogelijk bleek.

5.8 Rabobank leidt uit de hiervoor omschreven reden voor beëindiging van de deelname af dat het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade ontbreekt. Dat standpunt is onjuist. De tekortkoming is hierin gelegen dat Avra Towage er (achteraf) niet voor heeft gezorgd dat (door het volledig afdragen van pensioenpremies) de Zeevarenden pensioen opbouwden. Die tekortkoming staat in rechtstreeks verband met de daardoor geleden schade, een gat in de pensioenopbouw. Dat het Pensioenfonds de deelname van de Zeevarenden aan het Pensioenfonds met terugwerkende kracht heeft beëindigd, is geen tussenkommende oorzaak die het causaal verband doorbreekt, maar vormt het bewijs dat Avra Towage niet aan haar verplichtingen heeft voldaan. Zij had dat resultaat kunnen voorkomen door de terugbetaalde premies weer te storten, de betalingsachterstand in premies op te heffen en zich, desnoods, vrijwillig aan te sluiten; ook had zij de premies aan de werknemers kunnen doorbetalen. Nu zij dit alles niet heeft gedaan, is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting, waardoor het pensioengat is veroorzaakt.

(...)

8.1 Krachtens art. 7:692 Nederlands BW is een zee-arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst in de zin van boek 7. Voor Curaçao geldt dat het moet gaan om een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7A:1613a BW. Zoals hiervoor in rov. 5.4. e.v. is overwogen, dient de verplichting van Avra Towage om de Zeevarenden op te laten nemen in het Pensioenfonds redelijkerwijze te worden opgevat als een verplichting om ervoor te zorgen dat de Zeevarenden (pre-)pensioen opbouwden. De verplichting vormt een arbeidsvoorwaarde en maakt dus deel uit van de Arbeidsovereenkomsten.

8.2 Er is geen reden om in het kader van de bevoorrechttingsvraag onderscheid te maken tussen het werkgeversdeel en het werknemersdeel van de pensioenpremies, noch om daarvan het fictieve rendement uit te zonderen. Van al deze onderdelen kan worden gezegd dat zij behoren tot de verplichtingen van de werkgever uit hoofde van diens pensioentoezegging in het kader van de Arbeidsovereenkomsten.”

2.58. *Onder 8.2 tot en met 8.4 – onder 8.1 vat het middel het oordeel van het hof samen – betoegt Rabobank dat het oordeel van het hof voor wat betreft het fictieve rendement rechtens onjuist, onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is, omdat het fictieve rendement niet behoort tot de verplichtingen van de werkgever, maar het resultaat is van de door het pensioenfonds te verrichten prestaties. Tegenover de stellingen van Rabobank is het oordeel van het hof onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd.*

2.59. *Ook deze klachten treffen geen doel. Juist is dat het realiseren van rendement als zodanig geen werkgeversverplichting is, maar het gemis van het fictieve rendement is naar 's hofs oordeel wel een (rechtstreeks) gevolg van de tekortkoming van Avra Towage, zodat Avra Towage ook voor die schadepost van de zeevarenden aansprakelijk is. Dat oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk en behoefde ook geen nadere motivering.*

2.60. *Slotsom is dat geen van klachten in het principaal cassatieberoep doel treft.*

3 Bespreking van het voorwaardelijke incidentele cassatiemiddel

3.1. Het incidentele cassatiemiddel is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatiemiddel faalt. Dat is mijns inziens het geval. Het incidentele cassatiemiddel bestaat uit één onderdeel, dat zich richt tegen rechtsoverweging 12.3-12.5, waarin het hof heeft overwogen:

“12.3 Art. 8:211 BW verleent voorrechten op een bepaald Schip. Om vast te stellen op welk bepaald schip het voorrecht rust, moet worden nagegaan op of ten behoeve van welk schip de arbeid is verricht. Als een schepeling op verschillende schepen heeft gewerkt en gedurende die periode in het geheel geen loon heeft ontvangen, moet zijn vordering naar evenredigheid worden toegerekend naar de verschillende Schepen waarop en ten behoeve waarvan hij heeft gewerkt. Is gedurende een jaar op vier schepen, A, B, C en D, arbeid verricht, elk gedurende drie maanden, dan is een vierde van de vordering bevoorrecht op Schip A, een vierde op schip B, enzovoorts. Tijd aan wal in verband met ziekte of verlof dient naar even-

redigheid te worden toegerekend aan elk van de schepen waarop of ten behoeve waarvan is gearbeid. Rabobank heeft dus gelijk dat de vordering per schip moet worden uitgesplitst.

12.4 De Zeevarenden hebben daartegen ingebracht dat moeilijk bepaalbaar is op welk zeeschip de vorderingen zijn bevoorrecht en dat de rekenkundige samenhang moeilijk bepaalbaar is. Aan dat bezwaar wordt voorbijgegaan. De vordering tot schadevergoeding wegens gemiste pensioenopbouw houdt verband met de Arbeidsovereenkomsten en dient derhalve te worden toegerekend aan elk schip waarop of ten behoeve waarvan arbeid is verricht, waarbij in het 'ten behoeve waarvan' ook een periode van ziekte en verlof is begrepen. Rekenkundige bezwaren zijn naar hun aard onvoldoende om de werking van het voorrecht aan te passen. Tegen de door de Zeevarenden verkozen oplossing pleit vooral dat niet elk schip dezelfde schuldeisers kent, waarboven het voorrecht voorrang heeft. Een constructie waarbij het voorrecht volledig op alle schepen waarop is gewerkt kan worden uitgeoefend (in het voorbeeld de schepen A, B, C en D) en concreet volledig wordt uitgeoefend op schip A benadeelt de schuldeiser die toevallig een vordering heeft die alleen verhaalbaar is op schip A ten opzichte van de schuldeisers, die hun vorderingen op de schepen B, C en D willen verhalen. Aan het bezwaar van de Zeevarenden dat de opsplitsing van hun vordering over verschillende schepen betekent dat al deze schepen executoriaal moeten worden verkocht wordt in de praktijk, zoals ook hier, tegemoet gekomen doordat de hypotheekhouder de verkoop ter hand neemt en de Zeevarenden zich op de opbrengsten verhalen. Dit betekent dat grief VII deels slaagt.

12.5 Terzijde zij opgemerkt dat het voorgaande in deze zaak zonder belang is, omdat partijen zijn overeengekomen dat de vorderingen van de Zeevarenden uit het in depot gehouden bedrag zullen worden voldaan indien en voor zover rechtens komt vast te staan dat deze op één van de zeven Schepen boven het hypotheekrecht van Rabobank zijn bevoorrecht."

3.2. [Verweerders] betogen dat het oordeel van het hof onjuist is omdat het onderhavige geval erdoor wordt gekenmerkt dat [verweerders] uit hoofde van één arbeidsovereenkomst in de hier van belang zijnde periode werkzaam waren op schepen die in die periode toebehoorden aan met hun werkgever in groepsverband verbonden vennootschappen. In een dergelijk geval geldt, in elk geval voor vorderingen als hier aan de orde, niet dat het voorrecht zich slechts uitstrekt tot een afzonderlijk schip voor zover de zeevarende aan boord van dat schip arbeid verricht heeft, maar is sprake van verhaalbaarheid van de vorderingen op alle bevaren schepen, aldus [verweerders]. Een andere opvatting leidt tot onwerkbare situaties, gelet op de aard van de te vergoeden schade. Hetgeen het hof in rechtsoverweging 12.5 heeft overwogen, betreft een overweging ten overvloede, maar mocht dat anders zijn, dat is deze overweging volgens [verweerders] onvoldoende gemotiveerd, omdat niet is vastgesteld dat het in depot gehouden bedrag voldoende is om de vorderingen van [verweerders] daaruit te voldoen.

3.3. De voorganger van art. 8:211 aanhef en onder b BW voor zeeschepen, art. 318c lid 1 onder 2 K, bepaalde dat het voorrecht gold voor 'de uit de arbeidsovereenkomsten voortspuitende vorderingen van den kapitein en van de schepelingen over den tijd gedurende welken zij aan boord van een schip in dienst zijn'. De beperking 'aan boord van een schip in dienst zijn' is niet opgenomen in art. 8:211 aanhef en onder b BW. *Asser/Japikse 8-II* 2012/159* vermeldt in dit verband het volgende:

"Er behoeft dus thans geen verband te bestaan met aan boord verrichte werkzaamheden, mits de vordering maar is ontstaan uit een arbeidsovereenkomst.

Evenzo dokter/haak, T&C Burgerlijk Wetboek 2011, art. 8:211 BW, aant. 4(b), en cleton, Hoofdlijnen 1994, p. 56. Anders flach, diss. 2001, p. 95, die voor een engere zienswijze opteert: er moet een relatie met een bepaald schip zijn. Ofschoon de tekst van het artikel die benadering niet steunt, heeft flach het gelijk deels aan zijn zijde, omdat immers duidelijk moet zijn op welk schip het voorrecht rust. Dit behoeft echter niet — zoals flach, diss. 2001, t.a.p. betoogt — te betekenen dat de werkzaamheden 'aan boord' verricht moeten zijn: zij kunnen buiten boord met betrekking tot een bepaald schip hebben plaatsgevonden. (...)"

3.4. Kortom, alle auteurs zijn het erover eens dat er een band moet bestaan tussen het schip en de door de werknemer verrichte werkzaamheden. Er bestaat slechts discussie over de vraag of de werkzaamheden ook *aan boord* van het schip moeten zijn verricht. Dat er een band moet bestaan tussen het schip en de door de werknemer verrichte werkzaamheden is evident, omdat anders niet valt te bepalen welke zee-werknemers tot welk bedrag met betrekking tot welke schepen het voorrecht kun-

nen uitoefenen. In dit verband moet worden bedacht dat voorwaarde voor het voorrecht niet is dat de werkgever eigenaar of exploitant van het schip is.

3.5. De steller van het middel wil ingang doen vinden dat in het onderhavige geval – naar ik begrijp bij wijze van uitzondering – niet geldt dat het voorrecht zich slechts uitstrekt tot een afzonderlijk schip waarop of ten behoeve waarvan arbeid is verricht,³⁶ maar dat de vorderingen van alle zeevarenden op alle door een of meer van hen bevaren schepen bevoorrecht is. Een deugdelijke grondslag voor die opvatting vermag ik in het middel niet te lezen. De omstandigheid dat een wettelijke regel in een concreet geval onwerkbaar is in verband met de aard van te schade, zoals de steller van het middel betoogt, is op zichzelf geen grond om op die regel een uitzondering te maken. Overigens, het hof heeft in rechtsoverweging 12.4 zowel uiteengezet waarom de door de zeevarenden verdedigde opvatting tot onaannemelijke resultaten kan leiden, als waarom executoriale verkoop van alle schepen in de praktijk niet nodig is.

3.6. De tegen rechtsoverweging 12.5 gerichte klacht faalt omdat – zoals de steller van het middel al veronderstelde – die een overweging ten overvloede betreft.

3.7. Ook de klachten in het incidenteel cassatieberoep treffen dus geen doel.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van zowel het principaal als het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

PJ 2018/143

HOF ARNHEM-LEEWARDEN

7 augustus 2018, nr. 200.213.039/01

(Mrs. J.H. Kuiper, H. de Hek, W.F. Boele)

met red. aant. prof. dr. E. Lutjens

Art. 7:641 BW

ECLI:NL:GHARL:2018:7137

Valt het werkgeversdeel in de pensioenpremie onder de vergoeding wegens niet genoten vakantie? Hof beantwoordt ontkennend.

Valt de werkgeverspremie onder de vergoeding wegens niet opgenomen vakantie die de werknemer bij einde arbeidsovereenkomst toekomt? Kantonrechter had de vraag bevestigend beantwoord, maar het hof oordeelt anders. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het betaald zijn van de pensioenpremie niet bepalend is voor de hoogte van de pensioenaanspraak en de gestelde pensioenschade voortvloeit uit het einde van de arbeidsovereenkomst als zodanig en niet uit het niet opgenomen zijn van vakantie.

Redactionele aantekening

In het arrest van 15 september 2011, ECLI:EU:C:2011:588 (British Airways) heeft het HvJ geoordeeld dat richtlijn 2003/88/EG inzake een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd meebrengt dat de werknemer tijdens vakantie niet alleen recht houdt op loon maar ook op alle componenten die intrinsiek samenhangen met de taken uit de arbeidsovereenkomst en waarvoor de werknemer een vergoeding ontvangt en dat er geen belemmering in de vergoeding tijdens vakantie mag zijn om vakantie op te nemen. Het hof haakt hierbij aan door te oordelen dat betaling dan een hogere vergoeding juist een stimulans zou zijn geen vakantie op te nemen. Van een hogere vergoeding zou sprake zijn indien de werkgeverspremie aan de werknemer betaald zou worden, waar deze gewoonlijk aan de pensioenuitvoerder wordt betaald, temeer daar de pensioenaanspraken niet lager worden door het niet betalen van deze werkgeversbijdrage als onderdeel van het vakantieloon na einde arbeidsovereenkomst. Dat sluit aan bij de overweging 51 uit het arrest Greenfield inhoudende dat de werknemer “in een situa-

³⁶ Althans zo begrijp ik het middel. Het middel zegt naar de letter: ‘(...) voor zover de zeevarende aan boord van dat schip arbeid heeft verricht’. Dat aan boord van het schip arbeid is verricht, is echter niet een eis die het hof stelt. Het hof zegt dat om vast te stellen op welk bepaald schip het voorrecht rust, moet worden nagegaan ‘op en ten behoeve van’ welk schip de arbeid is verricht. Het hof is dus uitgegaan van de ruime opvatting van de meerderheid van de schrijvers.