

Schepelingenvoorrecht en pensioenafdrachten

Op 6 juli 2018 deed de Hoge Raad¹ uitspraak over het schepelingenvoorrecht zoals dat beschreven staat in artikel 8:211 aanhef en sub b BW.² De werknemers vorderden in die zaak schadevergoeding van hun werkgever omdat laatstgenoemde de pensioenregeling die (aanvankelijk) werd uitgevoerd door bedrijfstakpensioenfonds Koopvaardij (hierna: Bpf Koopvaardij), vanaf 2010 niet was nagekomen. De vraag was of die vordering tot schadevergoeding onder het bereik van artikel 8:211 sub b BW viel en daarmee voorging op het recht van hypotheek. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend.

1. Inleiding

In deze bijdrage zullen wij het arrest van de Hoge Raad bespreken. We geven eerst een korte schets van de feiten, de rechtsvragen en het oordeel van de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad. Vervolgens zullen wij ingaan op de vraag of er wel pensioenschade was. Deze vraag is niet aan de orde gesteld in de onderhavige procedure maar is naar onze mening wel degelijk relevant. Daarna zullen wij ingaan op de vraag of de vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering is uit (zee-)arbeidsovereenkomst en of een dergelijke vordering beschouwd moet worden als 'loon, salaris of beloningen' in de zin van artikel 8:211 sub b BW. Ten slotte zullen wij de vraag behandelen of het schepelingenvoorrecht altijd voor alle vorderingen uit hoofde van de zee-arbeidsovereenkomst moet gelden, waarna wij zullen afsluiten met een conclusie.

2. De feiten

De werknemers hadden een arbeidsovereenkomst met Avra Towage B.V. (hierna: Avra). Avra was de exploitant van enkele schepen. De eigenaren van de schepen waren in Rotterdam gevestigd en de schepen waren geregistreerd op Curaçao. De werknemers waren aangemeld bij het Bpf Koopvaardij. Omdat Avra vanaf medio 2013 geen pensioenafdrachten meer deed voor de werknemers, ging Bpf Koopvaardij pas vanaf dat moment kijken of Avra onder de werkingsfeer van de Bpf Koopvaardij viel. Toen kwam Bpf Koopvaardij erachter dat dit al sinds 2010 niet meer het geval was omdat de betreffende schepen vanaf 2010 een buitenlandse vlag voerden. De Bpf Koopvaardij is alleen van toepassing op schepen die de Nederlandse vlag voeren. Dat was ten tijde van deze procedure ook al het geval.³ In juli 2013 deelde Bpf

Koopvaardij dan ook aan Avra mede dat er vanaf 1 januari 2010 geen pensioenopbouw meer zou plaatsvinden. De tot 1 januari 2010 opgebouwde aanspraken zouden blijven staan en de vanaf 1 januari 2010 betaalde premies werden teruggestort aan Avra. In 2013 had Avra nog € 90 000 betaald aan Bpf Koopvaardij. Bpf Koopvaardij stortte daarvan € 77 860,49 terug omdat zij nog bepaalde kosten van die € 90 000 had afgetrokken. Vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling was niet meer aan de orde omdat medio 2013 duidelijk werd dat Avra in behoorlijke financiële problemen zat. Avra ging dan ook op 20 mei 2014 failliet. Avra wilde de teruggestorte € 77 860,49 nog aan haar werknemers betalen, maar Rabobank wilde deze handeling niet uitvoeren. Rabobank had namelijk een recht van hypotheek gevestigd op de schepen en zij meende dat haar recht van hypotheek voorging op de vorderingen van de werknemers. De werknemers hebben op 17 februari 2014 een voorrecht op de schepen doen inschrijven conform artikel 8:215 BW. Vervolgens hebben enkele werknemers conservatoir beslag op de schepen laten leggen (in het Engels wordt een dergelijk beslag op schepen een 'maritime lien' genoemd). Op 14 mei 2014 werden vier schepen verkocht voor in totaal € 5 900 000. Daarvan werd € 790 000 in een depot gestopt. Op 14 juli 2014 werd een vijfde schip verkocht voor \$ 3 750 000. De zeevarenden hebben na het faillissement van Avra bij de curator schadevergoedingsvorderingen ingediend. Zij gaven aan dat Avra wanprestatie jegens hen had gepleegd, vanwege het feit dat van 2010 tot 2014 geen pensioen voor hen was opgebouwd. Zij stelden dat die vordering bij voorrang verhaalbaar was op de schepen voor het recht van Rabobank als hypotheekhouder. Op 8 augustus 2014 hebben de werknemers Rabobank gedagvaard.

3. De rechtsvragen

Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek gaat over het verhaalsrecht op goederen. Als hoofdregel geldt dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar kan verhalen (artikel 3:276 BW). Zijn er meerdere schuldeisers dan zijn ze gelijk gerechtigd om hun vordering te voldoen jegens de schuldeiser, behalve als de wet hen een bepaalde voorrang verleent (artikel 3:277 lid 1 BW). Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrechten (artikel 3:278 BW). Vorderingen die een (gewezen) werknemer ter zake van reeds vervallen termijnen van pensioen op de werkgever heeft of ter zake van in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen, zijn bevoorrechte vorderingen.

* Robin van der Ham is advocaat bij Loyens & Loeff.

** Edith Franssen is advocaat arbeidsrecht bij Loyens & Loeff NV te Rotterdam en universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1108, NJB 2018/1432.

2. In artikel 8:211 aanhef en sub b BW staat: 'Boven alle andere vorderingen waaraan bij deze of enige andere wet een voorrecht is toegekend zijn, behoudens artikel 210, op een zeeschip bevoorrecht:

b. de 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.'

3. *Stcr.* 1989, 216.

ringen op alle goederen (artikel 3:288 aanhef en sub c en d BW). Pand en hypotheek gaan als hoofdregel boven voorrechten (artikel 3:279 BW), tenzij de wet anders bepaalt. En dat laatste is wat er in deze zaak aan de hand was. In artikel 8:211 sub b BW staat dat vorderingen ontstaan uit een zee-arbeidsovereenkomst op een zeeschip bevoorrecht zijn boven alle andere vorderingen waaraan bij enige wet een voorrecht is toegekend.⁴ Als de vordering uit zee-arbeidsovereenkomst dus op iets anders ligt dan op een zeeschip, gaat de hypotheekhouder voor.

De voorrechten van artikel 8:211 BW gaan teniet door verloop van een jaar. De termijn van dat jaar begint te lopen op de dag volgend op die waarop de vordering opeisbaar wordt (artikel 8:219 lid 1 BW). Het betreft een vervaltermijn. De schuldeisers die bevoorrecht zijn op grond van afdeling 3 van titel 3 van Boek 8 BW hebben een krachtig recht, dat echter in het belang van de kredietverschaffers voortvarend moet worden uitgeoefend. Daarom is de vervaltermijn op 1 jaar gesteld.⁵ Verder is het zo dat vorderingen met betrekking tot loon, salaris of beloningen slechts bevoorrecht zijn tot op een bedrag over een tijdvak van twaalf maanden verschuldigd. Het voorrecht van artikel 8:211 BW heeft zakelijke werking. Dat blijkt uit artikel 8:215 lid 1 BW. Het maakt niet uit in wiens handen het schip zich bevindt, het voorrecht 'kleeft' als het ware aan het schip. Het werkt dus op dezelfde manier als een recht van hypotheek, ook dat is verbonden aan het goed waarop het recht rust, ongeacht wie de eigenaar is van dat goed.

Het voorgaande betekent dat, alleen als de vorderingen van de werknemers in deze casus onder te brengen zijn onder artikel 8:211 sub b BW, zij voor zullen gaan op het hypotheekrecht van Rabobank. De belangrijkste vragen in deze zaak waren dan ook:

1. Is de vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 8:211 aanhef en sub b BW?
2. Betreft de vordering tot schadevergoeding wegens niet-betaling van pensioenpremies een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst?
3. Heeft de vordering betrekking op loon, salaris of beloningen in de zin van artikel 8:211 sub b BW, waardoor zij in tijd beperkt is tot een tijdvak van twaalf maanden in de zin van artikel 8:211 aanhef en sub b slot BW?

4. De rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad

De rechtbank oordeelt dat Avra wanprestatie heeft gepleegd jegens de werknemers en dus aansprakelijk is ter zake van schadevergoeding. De vordering is volgens de rechtbank ook ontstaan uit de arbeidsovereenkomst en valt derhalve onder artikel 8:211 sub b BW. De rechtbank vindt dat de vordering geen betrekking heeft op loon, salaris of beloningen zodat de beperking van 12 maanden niet van toepassing is. Ten slotte oordeelt de rechtbank dat de vordering tot herstel van het pensioengat voor het geheel verhaalbaar is op elk schip waarvoor of waarop de werknemers hebben gewerkt.

Het gerechtshof⁶ bevestigt het oordeel van de rechtbank, behalve op het laatste punt. Het hof oordeelt namelijk dat de vordering ter zake van schadevergoeding toegerekend moet worden aan een schip evenredig aan de periode gedurende welke de zeevarende op of ten behoeve van dat schip heeft gewerkt. Dus als de werknemer op 4 schepen heeft gewerkt, waarbij hij op elk schip evenveel tijd heeft gewerkt, kan hij per schip 25% van zijn vordering claimen. Zou dat anders zijn, dan benadeelt de werknemer de andere schuldeisers die hun vordering alleen maar op 1 schip kunnen verhalen, aldus het hof.

Rabobank gaat in cassatie tegen het oordeel dat de vorderingen vallen onder het bereik van artikel 8:211 sub b BW. De werknemers gaan in cassatie tegen het oordeel dat de schadevergoeding toegerekend moet worden aan een schip evenredig aan de periode gedurende welke de zeevarende op of ten behoeve van dat schip heeft gewerkt.

De Hoge Raad oordeelt dat de vorderingen onder het bereik van artikel 8:211 sub b BW vallen en dus voortgaan op het hypotheekrecht van de Rabobank. Verder oordeelt de Hoge Raad dat het hof terecht heeft overwogen dat de schadevergoeding toegerekend moet worden aan een schip evenredig aan de periode gedurende welke de zeevarende op of ten behoeve van dat schip heeft gewerkt.

Wij zullen hierna de argumenten bespreken die in cassatie naar voren werden gebracht. Daarbij zullen wij de volgorde aanhouden van de subvragen zoals wij die hierboven hebben geformuleerd. Wat echter opvalt is dat de vraag of er eigenlijk wel pensioenschade bestaat, niet is gesteld en dus ook niet is beantwoord. En omdat in deze zaak schadevergoeding werd gevorderd is het van belang om eerst de vraag te stellen of er eigenlijk wel schade was.

5. Was er wel pensioenschade?

Aangezien zonder schade geen verhaalsrecht toekomt aan de werknemers, is deze rechtsvraag cruciaal. Uit het arrest van de Hoge Raad is niet af te leiden dat die vraag is gesteld. Dat verbaast omdat de feiten 'atypisch' zijn. Bpf Koopvaardij stelde namelijk aanvankelijk vast dat de werknemers verplicht waren deel te nemen aan de pensioenregeling op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Bpf Koopvaardij lijkt ook premies in rekening te hebben gebracht in 2010, 2011, 2012 en 2013. Aannemelijk is dat in die jaren ook pensioenoverzichten met de daarin opgenomen verworven pensioenaanspraken vanaf 2010, zijn verstrekt aan de betrokken werknemers overeenkomstig de dwingendrechtelijke informatieplicht van artikel 38 Pensioenwet. Vaststaat dat een incassotraject is gestart jegens Avra om de premies te innen. Dat heeft geleid tot gedeeltelijke betaling van € 90 000 in 2013. Pas in juli 2013 heeft Bpf Koopvaardij geconstateerd dat toch geen sprake was van verplichte deelname sinds 1 januari 2010. Vervolgens is dat aan de betrokken werknemers gecommuniceerd. Er is sprake van een verplichte deelname aan een pensioenregeling als voldaan is aan de voorwaarden die staan vermeld in de van toepassing zijnde verplichtstellingsbesluiten die sinds 1954 gelden of hebben gegolden. In dat geval

4. Behoudens artikel 8:210 BW, maar dat is voor deze bijdrage niet relevant.

5. HR 11 november 1960, ECLI:NL:HR:1960:13.

6. Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:241.

geldt dat de werknemers pensioenaanspraken verkrijgen op grond van de Wet Bpf 2000 jegens (in dit geval) Bpf Koopvaardij.⁷ De Hoge Raad heeft in 2012 geoordeeld dat 'het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk is van daartoe strekkende handelingen van Bpf zoals bijvoorbeeld een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken'.⁸ Bovendien geldt in het pensioenrecht, anders dan in het reguliere contractenrecht met zijn opschortingsrechten indien de andere partij niet nakomt wat is overeengekomen, dat het niet relevant is dat geen volledige premie is betaald door Avra. In de wetsgeschiedenis is zelfs bepaald dat het principe 'geen premie – geen recht' geen toepassing mag vinden.⁹ Aangezien premiebetaling door de werkgever dus geen voorwaarde is voor verplichte deelname aan de pensioenregeling, geldt dat werknemers aanspraken van rechtswege hebben verkregen indien aan de overige voorwaarden voor verplichte deelname is voldaan. In een dergelijk geval kan de werknemer dus niet stellen dat er sprake is van pensioenschade. Uit de onderhavige casus blijkt dat de schepen in 2010 onder buitenlandse vlag zijn gaan varen. En omdat een van de voorwaarden voor deelname aan Bpf Koopvaardij is dat de schepen onder Nederlandse vlag varen bestond er vanaf 2010 dus geen verplichte deelname meer. In lijn met de wetssystematiek zijn er dan vanaf 2010 van rechtswege geen pensioenaanspraken (meer) ontstaan. De administratie door het Pensioenfonds vanaf 2010 tot juli 2013 is dus onjuist geweest. Maar daaraan kunnen door de werknemers geen rechten worden ontleend omdat administratiehandelingen formeelrechtelijk niet kwalificeren als rechtshandelingen waarop vertrouwd kan worden.¹⁰ Daarmee lijkt de pensioenschade van de werknemers op het eerste gezicht vast te staan.

Echter als er geen sprake (meer) is van verplichte deelname rijst nog wel de vraag of er na 2010 sprake was van een stilzwijgende 'vrijwillige deelname' overeenkomst tussen Avra en Bpf Koopvaardij, dan wel of de werknemers er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen¹¹ dat op die basis pensioenaanspraken werden opgebouwd. Want in dat geval kunnen werknemers nakoming vorderen jegens Bpf Koopvaardij en bestaat geen pensioenschade. Deze vraag komt op omdat Bpf Koopvaardij en Avra gedurende een relatief lange periode van meer dan drieënhalve jaar de pensioenuitvoering hebben laten voortbestaan waarvoor premies door Bpf Koopvaardij in rekening zijn gebracht. Als Bpf Koopvaardij ook (naar wij aannemen) al die tijd pensioenoverzichten heeft verstuurd aan de werknemers conform haar wettelijke plicht,¹² lijkt het geëigende verweer tegen een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen dat werknemers een onderzoeksplicht hebben

omdat de bescherming niet verder gaat dan waarop deze in redelijkheid mogen rekenen, niet kansrijk. Vanuit de wettelijke informatieplichten die pensioenuitvoerder Bpf Koopvaardij heeft op grond van de Wet Bpf 2000¹³ en de pensioenregeling op grond van de Pensioenwet¹⁴ is aannemelijk dat die rol en de daarmee verband houdende deskundigheid, omstandigheden zijn die meebrengen dat geen onderzoeksplicht van de werknemers bestaat omdat geen reden was tot (enige) twijfel¹⁵ waardoor de risico's van 'het ontbreken van de wil tot vrijwillige voortzetting van deelname' voor Bpf Koopvaardij zijn. Bpf Koopvaardij kan zich in dat kader ook niet beroepen op een opschortingsrecht omdat geen premie is betaald. Dat recht is op grond van de Pensioenwet uitgesloten.¹⁶ Anderzijds kan Bpf Koopvaardij stellen dat Avra haar op de hoogte had moeten brengen van de wijziging van werkzaamheden (varen onder buitenlandse vlag). Schending van die informatieplicht leidt wellicht tot schadeplichtigheid van Avra jegens Bpf Koopvaardij, maar deze schending is niet zonder meer een bevrijdend verweer jegens de werknemers. Zij mochten er door de gedragingen van zowel hun werkgever als Bpf Koopvaardij immers op vertrouwen dat er een overeenkomst was. Hierbij weegt mee dat in de arbeidsovereenkomst met werknemers deelname aan de pensioenregeling van Bpf Koopvaardij was overeengekomen. In die bepaling werd niet gerefereerd aan een verplichtstelling.

Ook het feit dat in 2013 de pensioenopbouw is beëindigd per 1 januari 2010 lijkt ons geen beletsel om te bepleiten dat de opbouw na 2010 is voortgezet. Die beëindiging is namelijk in strijd met de dwingendrechtelijke regel in artikel 20 Pensioenwet¹⁷ dat een pensioenovereenkomst niet met terugwerkende kracht mag worden gewijzigd. Beëindiging kwalificeert in dat geval als een verboden wijziging. Dat pensioenuitvoerders daaraan niet mogen meewerken, ook al is die norm geadresseerd aan werkgevers, ligt voor de hand omdat pensioenuitvoerders verantwoordelijkheid zijn voor correcte pensioenuitvoering en samenhang tussen die uitvoering met de inhoud van de reglementen (artikel 35 Pensioenwet). Naast schending van artikel 20 Pensioenwet geldt bovendien dat teruggave van betaalde premies, zoals in casu gebeurde, voor pensioenopbouw kan kwalificeren als afkoop van pensioenaanspraken. En dat is op basis van artikel 65 Pensioenwet niet toegestaan.¹⁸ In laatstgenoemd artikel staat zelfs dat afkoop nietig is en dus geen rechtskracht heeft.

Op grond van het voorgaande denken wij dan ook dat Rabobank had kunnen stellen dat er geen pensioenschade

7. Artikel 2 jo. artikel 3 Wet Bpf 2000.

8. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, r.o. 3.5.

9. *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 63 en Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2004, *PJ* 2009/81.

10. Hof Den Haag 9 januari 2018, *PJ* 2018/46.

11. Zie artikel 3:35 en 3:36 BW.

12. Zie artikel 38 Pensioenwet.

13. Zie bijvoorbeeld artikel 6, 7, 9 en 10 Wet Bpf 2000.

14. Zie bijvoorbeeld artikel 21 Pensioenwet.

15. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/134 en de verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 3*, 1981, p. 104 e.v. en 168; *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3*, 1990, p. 1028 e.v. en Hartkamp, *Compendium* 2005/48. Zie over de deskundigheid van partijen ook de *Parl. Gesch.*, t.a.p. en p. 175.

16. *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 63 en Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2004, *PJ* 2009/81.

17. Heemskerck, in: *T&C Arbeidsrecht* 2014, art. 20 PW: 'Dit artikel bevat een wijzigingsverbod voor opgebouwde pensioenaanspraken. Wijziging een uitkeringsovereenkomst (...) dan moeten de op basis van de uitkeringsovereenkomst opgebouwde aanspraken in stand blijven. Dat geldt zowel voor aanspraken op ouderdomspensioen als voor aanspraken op partnerpensioen voor zover daarbij sprake is van opbouw. Wanneer dat niet het geval zou zijn, zou er feitelijk ook in strijd met het afkoopverbod (zie artikel 65) en met het verbod tot vervreemding (artikel 64) worden gehandeld. Zie ook Asser/Lutjens 7-XI 2016/477.

18. Asser/Lutjens 7-XI 2016/558.

was omdat de werknemers gewoon bij Bpf Koopvaardij hadden kunnen aankloppen. En dat betekent dus weer dat de werknemers geen beroep op artikel 8:211 sub b BW hadden kunnen doen. Het had dus voor de hand gelegen dat Bpf Koopvaardij door de Rabobank in vrijwaring zou zijn opgeroepen, dan wel door de werknemers zou zijn gedagvaard. Uit het feitenrelaas blijkt echter niet dat dit is gebeurd. De Hoge Raad heeft dan ook geoordeeld dat de werknemers een beroep op artikel 8:211 sub b BW konden doen. Had Rabobank dan nog iets jegens Avra kunnen doen? Het is niet ondenkbaar dat het akkoord tussen Avra en Bpf Koopvaardij tot beëindiging van de pensioenuitvoering met terugwerkende kracht kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling van kwijtschelding voor pensioenuitvoering in ruil voor teruggave van de deels betaalde premie. Nog los van het feit dat het handelen van Avra en Bpf Koopvaardij is strijd is geweest met de Pensioenwet, zoals hierboven betoogd. Door het handelen van Avra werd de boedel belast omdat de pensioenschade vervolgens door de werknemers ten laste van de boedel gebracht werd met voorrangrecht op de schepen op basis van artikel 8:211 sub b BW. Dat kan onrechtmatig zijn jegens Rabobank (artikel 6:162 BW) omdat Rabobank daardoor is benadeeld. Het akkoord kwalificeert mogelijk ook als de zogenaamde *actio Pauliana* van Avra overeenkomstig artikel 3:45 BW en is op die basis vernietigbaar door werknemers, andere schuldeisers en de curator van Avra.

6. Is de vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering uit (zee-)arbeidsovereenkomst?

Om te kunnen bepalen of de vordering ter zake van pensioenpremies bevoorrecht is boven het recht van hypotheek moet worden vastgesteld of de vordering is ontstaan uit een (zee-)arbeidsovereenkomst. Artikel 8:211 sub b BW spreekt immers over vorderingen die zijn ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst. De zee-arbeidsovereenkomst is de arbeidsovereenkomst, waaronder begrepen de uitzendovereenkomst, waarbij de zeevarende zich verbindt arbeid aan boord van een zeeschip te verrichten (artikel 7:694 lid 1 BW). Artikel 1 sub z Wet zeevarenden definieert de zeevarende als 'de natuurlijke persoon die in enige hoedanigheid werkzaamheden verricht aan boord van een schip'. Dit is een heel ruime definitie, maar om een beroep te kunnen doen op artikel 8:211 sub b BW moet er dus wel een zee-arbeidsovereenkomst zijn. Dat betekent dat de natuurlijke persoon werkzaamheden moet verrichten aan boord van een zeeschip op basis van een arbeidsovereenkomst of uitzendovereenkomst.¹⁹ Dit sluit bijvoorbeeld de zelfstandige uit. Laatstgenoemde is dus wel een zeevarende in de zin van artikel 1 sub z Wet zeevarenden, maar hij is niet werkzaam op basis van een zee-arbeidsovereenkomst.

Al bij wet van 22 december 1924²⁰ stond in het toenmalige artikel 318c Wetboek van Koophandel dat bevoorrechte in-

schulden op schepen waren 'de uit de dienstbetrekking voortvloeiende vorderingen van den kapitein en het scheepsvolk'.²¹ Ook vorderingen die direct voortvloeien uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals betalingen ter zake van niet-opgenomen vakantiedagen, de niet in acht genomen opzegtermijn²² en beëindigingsvergoedingen zijn vorderingen die zijn ontstaan uit de arbeidsovereenkomst.²³ Vorderingen van uitzendbureaus ter zake van door hen aan de bemanning als loon betaalde bedragen zijn niet op grond van artikel 8:211 sub b BW bevoorrecht. Het voorrecht van voornoemde bepaling berust immers bij degene die een zee-arbeidsovereenkomst heeft, en dat is niet het uitzendbureau. Het uitzendbureau heeft weliswaar loon betaald aan de werknemers, maar heeft vervolgens een vordering op de inlener van die werknemers. Een dergelijke vordering valt dus niet onder artikel 8:211 sub b BW.²⁴ Dit wordt anders ingeval het UWV na een faillissement het achterstallige loon aan de werknemers betaalt (op grond van artikel 64 Werkloosheidswet) en dat vervolgens vordert van de gefailleerde werkgever. In een dergelijk geval treedt het UWV in de rechten van de werknemers (artikel 66 Werkloosheidswet) en kan het dus niet alleen het nettoloon, maar ook de sociale premies en loonbelasting die daarover betaald moeten worden, vorderen van de werkgever en zich daarbij beroepen op het voorrecht van artikel 8:211 sub b BW. Het UWV roept in dat geval immers niet een eigen voorrecht in, maar een voorrecht van de werknemer, waarin het krachtens subrogatie is getreden.²⁵ Wat opvalt is dat in afdeling 12 van titel 10 van Boek 7 BW, dat over de zee-arbeidsovereenkomst gaat, niet is bepaald wie de werkgever is. De zeevarende moet weliswaar een arbeidsovereenkomst of uitzendovereenkomst hebben, maar er staat niet bij met wie. Het is dus niet vereist dat de zeevarende een arbeidsovereenkomst met de eigenaar of bevrachter van het schip heeft.²⁶ Verder staat in artikel 8:216 laatste zin BW dat de vorderingen genoemd in artikel 8:211 sub b BW een voorrecht op het schip doen ontstaan en alsdan daarop verhaalbaar zijn, ongeacht of de reder de werkgever is van de zeevarende.

In de onderhavige zaak was tussen partijen niet in geschil dat de arbeidsovereenkomsten tussen Avra en de werknemers een verplichting met zich meebrachten tot het doen opnemen (of aanmelden) van de werknemers in de pensioenregeling van de Bpf Koopvaardij. Er was dus sprake van een pensioenovereenkomst. En een pensioenovereenkomst wordt als arbeidsvoorwaarde beschouwd. Het gerechtshof verwijst hiervoor naar de memorie van toelichting op de Pensioenwet.²⁷ Aangezien deelname aan de pensioenregeling van Bpf Koopvaardij is toegezegd, geldt dus dat daarvoor de pensioenpremie moet worden afgedragen. De hoogte van de premie wordt door Bpf Koopvaardij vastgesteld. Die premie kan gedragen worden door de werkgever of door de werkgever en werknemer samen. De vraag is dan of de vordering ter

19. De uitzendovereenkomst staat gedefinieerd in artikel 7:690 BW.

20. *Sib.* 1924, 573.

21. De voorloper van artikel 318c WvK was artikel 313 WvK dat uit 1838 stamde. Daarin werd aangegeven dat bevoorrecht waren 'de gagen van den schipper en het scheepsvolk'.

22. Zie ook Rb. Amsterdam 28 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU9727.

23. Rb. Breda (pres.) 17 mei 1993, ECLI:NL:RBBRE:1993:AH4197.

24. Rb. Middelburg 27 november 1997, ECLI:NL:RBMID:1997:AJ3058.

25. HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2673. Zie ook Hof Den Haag 26 oktober 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AS4078.

26. Zie ook R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten* (Serie Recht en Praktijk, nr. 117), Deventer: Kluwer 2001, p. 91.

27. Zie Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:24, r.o. 5.4.

zake van pensioenpremies alleen de werknemersbijdragen betreft of ook de werkgeversbijdrage. Tetley vergelijkt enkele landen met een lange zeevaarttraditie om te kijken welke vorderingen daar onder de maritime lien vallen. Hij vergelijkt het VK, Frankrijk, Canada en de VS met elkaar. Alle vier de landen accepteren de maritime lien niet alleen voor de lonen maar ook voor de socialezekerheidsbijdragen. In de VS worden zelfs uitdrukkelijk pensioenbijdragen daartoe gerekend mits het de werknemersbijdrage betreft.²⁸

De International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages (hierna: Conventie van 1926), die op 10 april 1926 werd getekend te Brussel,²⁹ bevatte een artikel 2 lid 2 waarin al stond dat 'Claims arising out of the contract of engagement of the master, crew and other persons hired on board' een grondslag gaven voor een maritime lien. Volgens Tetley zouden hier ook de bijdragen aan socialezekerheidsinstanties onder vallen.³⁰ En in dat geval zouden zowel de bijdragen van de werkgevers als die van de werknemers eronder vallen.³¹ Ook in de International Convention for the Unification of Certain Rules regarding to Maritime Liens and Mortgages die op 27 mei 1967 getekend werd in Brussel (hierna: Conventie van 1967)³² stond in artikel 4 lid 1 sub (i) dat 'wages and other sums due to the master, officers and other members of the vessel's complement in respect of their employment on the vessels shall be secured by maritime liens on the vessel'.

Ook hiervan geeft Tetley aan dat ook de sociale zekerheidsbijdragen waarschijnlijk eronder vallen.³³ Ten slotte werd in Genève op 6 mei 1993 de International Convention on Maritime Liens and Mortgages 1993 getekend (hierna: Conventie van 1993).³⁴ In artikel 4 lid 1 sub a van de Conventie van 1993 staat dat 'Claims against the owner, demise charterer, manager or operator of the vessel' een grondslag vormen voor een maritime lien op de *vessel* als het gaat om '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'.

Het voorgaande geeft een grond om te bepleiten dat, als het gaat om pensioenbijdragen daarbij zowel de werkgeversbijdragen als de werknemersbijdragen onder de bevoorrechte vordering kunnen vallen.

7. Heeft de vordering betrekking op loon, salaris of beloningen in de zin van artikel 8:211 sub b BW?

Loonvorderingen op grond van artikel 8:211 sub b BW zijn slechts bevoorrecht tot het laatste jaar waarover het loon

verschuldigd is. De vraag was dan ook of pensioenaanspraken onder het begrip 'loon, salaris of beloningen' in de zin van voornoemd artikel vielen. Deze bepaling is ontleend aan artikel 11 sub b van Protocol nr. 1 bij het Verdrag van Geneve van 25 januari 1965 inzake de teboekstelling van binnenvaartschepen. Dit verdrag is door Nederland geratificeerd.³⁵ Onduidelijk is wat precies het verschil is tussen 'loon', 'salaris' en 'beloningen'. In het arbeidsrecht kent men alleen het begrip 'loon' als juridisch begrip. Vaststaat dat het civielrechtelijke begrip 'loon' ruim is omschreven, namelijk als 'datgene wat als bedongen tegenprestatie voor de arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is of zal zijn'.³⁶ Dat betekent dat de substantiële premies van doorgaans 20% van het salaris civielrechtelijk kwalificeren als loon, mede omdat er geen aanknopingspunten bestaan voor een andere conclusie. De arbeidsvoorwaarde pensioen wordt ook als tegenprestatie voor de geleverde arbeid gegeven. In de Pensioenwet zijn bijvoorbeeld 'slechts' beschermingsbepalingen opgenomen die zien op betaling van de premie en onderbrenging van die premie bij een zelfstandige pensioenuitvoerder in het belang van de werknemers op zekerheid van pensioen. De meningen in de arbeidsrechtelijke literatuur zijn verrassend genoeg toch verdeeld. Van Slooten maakt daarbij zelfs onderscheid tussen uitkering, premie en deelnamerecht. Hij concludeert echter dat geen van drieën onder het loonbegrip valt terwijl de rechten voortvloeien uit het verrichten van arbeid.³⁷ Ook Van der Grinten geeft aan dat pensioen niet onder het loonbegrip valt (helaas zonder toelichting).³⁸ Civielrechtelijke jurisprudentie ontbreekt tot nu toe. Fiscaal kwalificeert een pensioenregeling in beginsel als 'uitgesteld' loon dat wordt uitgekeerd op de pensioendatum. De pensioenregeling wordt feitelijk gefinancierd met behulp van een inhouding op het brutoloon. Het gerechtshof gaat niet in op de definitiebepalingen als zodanig maar kijkt naar de ratio van de beperking in tijd als het gaat om vorderingen ter zake van loon. De ratio daarvan is dat een werknemer al snel merkt of zijn loon al dan niet is betaald en hij dus ook snel actie kan ondernemen.³⁹ Voor pensioenaanspraken is dat anders. Het kan veel langer duren voordat een werknemer ontdekt dat er voor hem geen pensioen is afgedragen. In de onderhavige zaak duurde dat bijvoorbeeld 3 jaar. Daarom vond het hof dat de 12-maandstermijn voor pensioenaanspraken niet kon gelden. Ook de A-G en de Hoge Raad vinden dat de 12-maandstermijn voor vorderingen ter zake van pensioenpremies niet geldt omdat veelal pas laat wordt opgemerkt dat geen pensioenopbouw heeft plaatsgevonden. De A-G en de Hoge Raad geven wel nog aan dat, zelfs als de pensioenverplichting als loon moet worden aangemerkt, de kwalificatie in dit geval niet anders zou zijn uitgevallen. Immers:

28. W. Tetley, *Maritime liens and claims*, Montreal: Blais 1998, p. 274 (UK), p. 322 (Frankrijk), p. 285 (Canada) en p. 302-303 (VS).

29. Nederland tekende ook, maar ratificeerde niet (W. van de Velde, p. 90).

30. Tetley 1998, p. 268.

31. Tetley verwijst hiervoor naar een uitspraak van het Tribunal de Commerce de la Rochelle van 26 juli 1974, *Droit Maritime Français*, 1975, 224.

32. Nederland tekende deze conventie niet (W. van de Velde, p. 95).

33. Tetley 1998, p. 269.

34. Ook daarbij is Nederland geen partij (W. van de Velde, p. 96).

35. *Trib.* 1966, 288.

36. HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242.

37. J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (Monografieën Sociaal recht, nr. 17), Deventer: Kluwer 1999, p. 90-91.

38. Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 84.

39. Zie Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:24, r.o. 10.4.

‘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.’⁴⁰

Deze redenering is moeilijk te volgen. Het feit dat het woord ‘opeisbaar’ wordt gebruikt suggereert dat hier wordt gedoeld op artikel 8:219 BW, aangezien dat woord niet in artikel 8:211 sub b BW wordt gebruikt. Maar artikel 8:219 BW gaat over de termijn waarbinnen een vordering moet worden ingesteld, terwijl artikel 8:211 sub b BW gaat over de termijn waarover een vordering verschuldigd is. De A-G en de Hoge Raad hebben het over een verschuldigdheid ‘in haar gehele omvang’. Begrijpen wij het goed dat wordt gezegd dat, omdat de vordering binnen 12 maanden geldend werd gemaakt, zij in de hele omvang kon worden gevorderd? Dat is echter een vreemde redenering die niet uit artikel 8:219 BW gehaald kan worden, aangezien die bepaling niets zegt over de omvang van een vordering, noch uit artikel 8:211 sub b BW.

8. Moet het schepelingenvoorrecht voor alle vorderingen uit hoofde van de zee-arbeids-overeenkomst gelden?

In deze casus gingen de vorderingen ter zake van de pensioenschade voor op het hypotheekrecht van de Rabobank. De vraag is wat de ratio is van dit hoge voorrecht en of er niet een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen de verschillende soorten vorderingen die kunnen ontstaan uit de arbeidsovereenkomst.

De voorloper van artikel 8:211 sub b BW was, zoals reeds hierboven aangegeven, artikel 318c WvK. In de memorie van toelichting destijds bij dit artikel werd vermeld dat het voorrecht van de kapitein en het scheepsvolk ter zake van de vorderingen uit ‘dienstcontract’ is gehandhaafd ‘uit de overweging dat aan hen die hun diensten op het schip verrichten en daarmee de gevaren der zeevaart trotseren, wier diensten het schip bovendien eerst productief maken, zoveel mogelijk de verkrijging van het verdiende loon behoort te worden gewaarborgd’.⁴¹

Als we kijken naar de internationale regelingen op het gebied van de maritieme lien dan zien we dat in artikel 3 van de Conventie van 1926 staat dat ‘mortgages, hypothecations and other charges’ m.b.t. een schip achtergesteld werden bij ‘Claims arising out of the contract of engagement of the master, crew and other persons hired on board’. Ook in de Conventie van 1967 stond in artikel 4 lid 1 sub (i) en artikel 5 dat ‘wages and other sums due to the master, officers and other members of the vessel’s complement in respect of their employment on the vessels shall be secured by maritime liens on the vessel’ voorgaan op ‘registered mortgages and “hypothèques”’. Ten slotte staat in artikel 4 lid 1 sub a en artikel 5 lid 1 van de Conventie van 1993 dat ‘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 voorgaan op registered mortgages, “hypothèques” and charges’.

Kortom: de idee dat vorderingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst voorrechten zijn die, als het aankomt op verhaal, voorgaan op het verhaalsrecht van (o.a.) de hypotheekhouder is bepaald niet nieuw.⁴² De bijzondere verhaalspositie van de zeevarende wordt dus vooral verklaard op basis van sociale en humanitaire redenen. De A-G zegt dat het werk in de zee- en binnenvaart voor de werknemers grotere risico’s met zich meebrengt dan vrijwel alle arbeid die aan wal wordt verricht. Daarom is het gerechtvaardigd dat maritieme werknemers een streepje voor hebben als het gaat om het veiligstellen van hun rechten. Ook Flach zegt dat de veiligheid van scheepsbemanning vaak slechter is dan die van walwerknemers.⁴³ Ten eerste rijst de vraag of dat heden ten dage nog steeds zo is. Het ene schip is het andere niet en verder zijn schepen vandaag de dag natuurlijk een stuk veiliger dan pakweg 50 à 100 jaar geleden. Ten tweede lijkt het ons voor walwerknemers net zo erg als voor maritieme werknemers als er ten onrechte geen pensioen is afgedragen. Als het argument van onveilig werken op zee dan op het land al geldt, dan zou dat argument wellicht gebruikt kunnen worden voor zover het gaat om claims op grond van bijvoorbeeld artikel 7:658 BW, maar voor pensioenschade zien wij dat eerlijk gezegd niet zo.

Een ander argument dat Flach gebruikt is dat de rechtspositie van bemanningen vaak kwetsbaar is, o.a. vanwege het feit dat hun arbeidsovereenkomst niet zelden door vreemd recht wordt beheerst en door het gevaar te stranden bij uitwinning van een schip in den vreemde. Wij denken dat, als dit zo is, het van belang is om te weten of artikel 8:211 sub b wel van toepassing is als de arbeidsovereenkomst door vreemd recht wordt beheerst en/of het schip in den vreemde wordt uitgewonnen. Op zichzelf zou artikel 8:211 sub b BW heel goed van toepassing kunnen zijn als de arbeidsovereenkomst door vreemd recht wordt beheerst. De bepaling vereist immers alleen maar dat het moet gaan om vorderingen die zijn ontstaan uit de zee-arbeidsovereenkomst, niet dat het daarbij moet gaan om een zee-arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht. En weliswaar is afdeling 12 van titel 10 van Boek 7 BW alleen maar van toepassing als er gewerkt wordt op Nederlands gevlagde zeeschepen (artikel 7:695 lid 1 BW), maar het gaat hier om een bepaling van Boek 8. Dus de vraag is of Boek 8 BW geldt als het schip in den vreemde wordt uitgewonnen. Als hoofdregel gelden Nederlandse wetten alleen op Nederlands grondgebied. Nu zijn daar voor het arbeidsrecht wel wat uitzonderingen op. Vergelijk bijvoorbeeld artikel 4 lid 4 WML. Daarin staat dat als een schip zijn thuishaven in Nederland heeft, dat schip beschouwd wordt als deel van het Rijk. En in dat geval zal de WML gelden, ongeacht

40. Punt 10. 5 uit de conclusie van A-G W.L. Valk en r.o. 10.5 in het arrest van de Hoge Raad (HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1108).

41. Herziening van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel, 1914, p. 111.

42. Zie voor een vergelijking tussen de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Canada en Frankrijk het uitgebreide werk van Tetley 1998.

43. Flach 2001, p. 87.

waar dat schip vaart.⁴⁴ Een ander voorbeeld is artikel 2 sub c Arboret waarin staat dat de Arboret ook van toepassing is op arbeid die geheel of ten dele buiten Nederland wordt verricht door personen, werkzaam aan boord van zeeschepen die op grond van Nederlandse rechtsregels gerechtigd zijn de Nederlandse vlag te voeren. Eenzelfde bepaling staat in artikel 2:8 sub b Arbeidstijdenwet. Maar dan staat dus in de wet zelf of er eventueel sprake kan zijn van extraterritoriale werking. Maar wat geldt er nu voor de toepasselijkheid van Boek 8? Daarvoor moeten we kijken naar Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek, welk boek regels van ipr geeft, in het bijzonder (voor deze casus) artikel 10:160 lid 2 BW. Van belang is waar het schip ten tijde van het faillissement of de uitwinning te boek stond. Het recht van dat land is dan bepalend voor het antwoord op de vraag of een vordering bevoorrecht is en van welke omvang en rangorde dat voorrecht is en wat de gevolgen ervan zijn. Dus zelfs als de kwestie voor de Nederlandse rechter komt, dan nog kan het zijn dat die rechter artikel 8:211 BW niet kan toepassen omdat het schip niet in Nederland te boek stond. Wel geldt, conform de tweede zin van artikel 10:160 lid 2 BW dat geen voorrang boven hypotheek wordt toegekend aan vorderingen die naar Nederlands recht zodanige voorrang niet genieten. Deze regeling is gebaseerd op artikel 3 Wet bepalingen IPR met betrekking tot zeerecht en binnenvaartrecht,⁴⁵ welke wet per 1 januari 2012 is vervallen.⁴⁶ Ook in artikel 13 van het Protocol nr. 1 bij het Verdrag van Genève van 25 januari 1965 stond al een dergelijke bepaling. Dus ook al staat het schip in het buitenland te boek, dan nog kan een voorrangrecht alleen boven het hypotheekrecht gaan als zowel het van toepassing zijnde buitenlands recht als het Nederlandse recht dit toestaan. Verder zal Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek uiteraard alleen maar toegepast worden als de zaak voor de Nederlandse rechter komt. Komt de zaak voor een buitenlandse rechter, dan zal die zijn eigen ipr-regels toepassen. En dan kan het dus zijn dat, zelfs als het schip wel in Nederland te boek stond, toch geen beroep op artikel 8:211 BW gedaan kan worden omdat de buitenlandse rechter op grond van zijn eigen ipr dat artikel niet hoeft toe te passen. Kortom: het argument dat artikel 8:211 BW van belang is om de bescherming van zeevarenden te verzekeren als het schip in den vreemde wordt uitgewonnen lijkt ons zeer relatief. Voor wat betreft het argument dat de arbeidsovereenkomst vaak wordt beheerst door vreemd recht: dat doet er niet toe. Het gaat erom of artikel 8:211 BW kan worden ingeroepen en dat staat los van de vraag welk recht op de arbeidsovereenkomsten van toepassing is.

Verder betoogt Flach dat er van oudsher een bijzondere band is tussen vordering, prestatie en schip, maar dat dit heden ten dage gerelativeerd kan worden. Ook wordt vaak gesteld dat het werk van de bemanning het schip productief maakt. Zonder de garantie van loonbetaling wordt de 'safe and efficient operation of the ship' in gevaar gebracht.⁴⁷ Naar onze mening geldt dat ook in andere bedrijfstakken. De werknemers die in een fabriek werken, maken die fabriek productief. De werknemers die op een advocatenkantoor werken, maken

dat kantoor productief. Zonder de arbeid van die werknemers staat de fabriek/het kantoor stil. Dus ook dat argument verdient naar ons idee relativering.

9. Conclusie

De vraag of er sprake was van pensioenschade is niet aan de orde geweest in de onderhavige zaak. Wij denken dat er goede argumenten waren om te bepleiten dat dit niet zo was. Het is ook onduidelijk waarom Bpf Koopvaardij door de Rabobank niet in vrijwaring is opgeroepen, dan wel door de werknemers zou zijn gedagvaard. De vordering tot betaling van pensioenpremies is een vordering uit de (zee-)arbeidsovereenkomst, aangezien de pensioenovereenkomst als een arbeidsvoorwaarde wordt beschouwd. Op grond van de relevante internationale verdragen kan goed verdedigd worden dat het daarbij zowel om de werkgevers- als de werknemerspremies gaat. Er zijn echter wel redenen om te concluderen dat pensioenpremies als loon moeten worden beschouwd, zowel vanuit civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk perspectief. En dat zou betekenen dat de 12-maandstermijn van artikel 8:211 sub b BW van toepassing is. Ten slotte begrijpen wij waarom bepaalde vorderingen van schepelingen van oudsher een sterk voorrecht genieten, gezien de specifieke situatie waarin schepelingen verkeren ten opzichte van walwerknemers. Maar dan gaat het toch vooral om aspecten zoals veiligheid. Echter als het gaat om niet-betaalde pensioenpremies zien wij niet de ratio van een sterker voorrecht voor schepelingen dan voor walwerknemers.

44. Althans naar de tekst van artikel 4 lid 4 WML. Dat hier ook nog wel wat op valt af te dingen wordt besproken door E.J.A. Franssen, 'De mobiele werknemer en het minimumloon', *ArbeidsRecht* 2018, afl. 5.

45. *Sib.* 1993, 168.

46. *Sib.* 2011, 272.

47. Flach 2001, p. 88.