

ECLI:NL:GHDHA:2017:241

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	14-02-2017
Datum publicatie	03-03-2017
Zaaknummer	200.183.559/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vordering van zeevarenden tot schadevergoeding wegens het niet nakomen van de pensioentoezeggingen door de werkgever is bevoorrecht op de schepen waarop zij hebben gewerkt met voorrang boven hypotheek. Art. 8:211 aanhef en onder b BW, art. 8:219 BW.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.183.559/01

arrest d.d. 14 februari 2017

inzake

de Coöperatieve Rabobank U.A.,

als rechtsopvolgster onder algemene titel van de **Coöperatieve Rabobank Rotterdam U.A.**,
gevestigd te Amsterdam,
appellante in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: Rabobank,
advocaat: mr. A.I.M. van Mierlo te Amsterdam,

tegen:

1. [geïntimeerde 1] ,

wonende te [woonplaats] ,

2. [geïntimeerde 2],

wonende te [woonplaats] ,

3. [geïntimeerde 3],

wonende te [woonplaats] ,

4. [geïntimeerde 4],

wonende te [woonplaats] ,

niet verschenen,

5. [geïntimeerde 5],

wonende te [woonplaats] ,

6. [geïntimeerde 6],

wonende te [woonplaats] ,

7. [geïntimeerde 7],

wonende te [woonplaats] ,

8. [geïntimeerde 8],

wonende te [woonplaats] ,

9. [geïntimeerde 9],

wonende te [woonplaats] ,

10. [geïntimeerde 10],

wonende te [woonplaats] ,

11. [geïntimeerde 11],

wonende te [woonplaats] ,

geïntimeerden in het principaal appel, geïntimeerden 1 tot en met 3 en 5 tot en met 11 tevens

appellanten in het incidenteel appel,

hierna gezamenlijk te noemen: de Zeevarenden,

advocaat voor geïntimeerden 1 tot en met 3 en 5 tot en met 11: mr. A.C. van der Bent te Rotterdam.

Het verloop van het geding

1.1 Bij exploit van 8 december 2015 is Rabobank in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen tussenvonnis van 30 september 2015 (hierna: het tussenvonnis), waarvan de rechtbank tussentijds hoger beroep heeft opengesteld, eerst bij brief van 19 november 2015 en daarna nogmaals bij vonnis van 9 december 2015.

1.2 Bij memorie van grieven, met producties, heeft Rabobank zeven grieven tegen het tussenvonnis aangevoerd die door de Zeevarenden bij memorie van antwoord zijn bestreden. Bij dezelfde memorie van antwoord hebben de Zeevarenden hun eis gewijzigd en bij incidenteel appel één grief aangevoerd tegen het vonnis waarvan beroep. Bij memorie van antwoord in incidenteel appel heeft Rabobank de eiswijziging en de grief bestreden.

1.3 Vervolgens hebben partijen op 22 november 2016 de zaak doen bepleiten door hun procesadvocaten en Rabobank tevens door mr. K.J. Krzeminski, advocaat te Amsterdam, aan de hand van overgelegde pleitnotities.

1.4 Ten slotte is arrest gevraagd op de voor het pleidooi ingediende kopiedossiers.

De beoordeling van het hoger beroep

De feiten

2.1 De rechtbank heeft in haar tussenvonnis onder 3.3.1 tot en met 3.3.10 een aantal feiten vastgesteld. In grief I in principaal appel maakt Rabobank bezwaar tegen de vaststelling onder 3.3.3 en tegen de in rov. 3.5 gewekte suggestie dat alle Zeevarenden op alle Schepen hebben gewerkt. Het hof zal de in 3.3.3 genoemde datum corrigeren en – evenals de rechtbank – een overzicht opnemen van de Zeevarenden en de schepen waarop zij hebben gewerkt. Verdere gevolgen kunnen aan de grief niet worden verbonden. Voor het overige zijn tegen de vaststelling onder 3.3 geen grieven of anderszins kenbare bezwaren gericht, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

2.2 Het gaat in deze zaak om de vraag of de Zeevarenden ter zake van niet opgebouwd pensioen vorderingen hebben die krachtens art. 8:211 BW (van Curaçao) voorrang hebben boven het hypotheekrecht van Rabobank op een of meer van de schepen waarop de Zeevarenden arbeid hebben verricht..

2.3 De volgende feiten staan vast:

i. Alle Zeevarenden 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), en wel als volgt:

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

ii. Het feit dat [geïntimeerde 1] ook op de South heeft gewerkt is vastgesteld tijdens pleidooi in hoger beroep. [geïntimeerde 8] heeft naast de hierboven genoemde Schepen nog gediend op een niet door de Avra-groep geëxploiteerd schip.

iii. 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.

iv. 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. Op de 'North', 'West' en 'South' is een recht van tweede hypotheek ten gunste van Nesec Financieringen B.V. gevestigd.

v. De arbeidsovereenkomsten van de Zeevarenden 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 aanmeld bij het "Pensioenfonds voor de Koopvaardij.""

Avra Towage heeft de Zeevarenden aangemeld bij het Bedrijfspensioenfonds van de Koopvaardij (hierna: het Pensioenfonds of Bpf Koopvaardij) voor de regelingen van prepensioen en pensioen. Avra Towage hield op het maandsalaris van de Zeevarenden bedragen in voor het Pensioenfonds, extra pensioenpremie en vroegpensioen.

vi. Begin juli 2013 heeft het Pensioenfonds aan de Zeevarenden 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 de Zeevarenden 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."

vii. 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 betalingsachterstaand 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."

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

“Medio 2013 heeft het BPFK (het Pensioenfonds, toevoeging hof) 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.”

ix. In het eerste openbaar verslag in het faillissement van Avra Towage, gedateerd 18 juli 2014, schrijft de curator 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.

x. [geïntimeerde 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.

xi. Op 17 februari 2014 hebben de Zeevarenden met uitzondering van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 4] een voorrecht op de Schepen op grond van art. 8:215 jo. art. 8:211 aanhef en onder b van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao doen inschrijven in het Scheepsregister van Curaçao.

xii. Vervolgens hebben de Zeevarenden, met uitzondering van [geïntimeerde 5] en [geïntimeerde 6], op 12 mei 2014 conservatoir beslag doen leggen op de ‘North’, ‘South’, ‘East’ en ‘West’.

xiii. 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.

xiv. Bij vonnis van 20 mei 2014 is Avra Towage door de rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard. Omstreeks 6 juni 2014 hebben de Zeevarenden schadevergoedingsvorderingen op Avra Towage ter verificatie ingediend. De curator heeft bij brief van 13 juni 2014 verklaard dat hij de vorderingen van de Zeevarenden op Avra Towage voorlopig kan erkennen.

xv. Op 14 juli 2014 is de ‘Compass’ onderhands verkocht voor een bedrag van

\$ 3.750.000,-.

xvi. Rabobank en de Zeevarenden zijn overeengekomen dat de Zeevarenden 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.

De vorderingen

- 3.1 De Zeevarenden vorderden in de eerste aanleg onder meer een verklaring voor recht 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.
- 3.2 De rechtbank heeft in het tussenvonnis geoordeeld dat de vorderingen van de Zeevarenden voorrang hebben boven de hypotheek en voor het geheel verhaald kunnen worden op elk van de Schepen, waarop of ten behoeve waarvan de desbetreffende Zeevarende heeft gewerkt.

Toepasselijk recht

- 4.1 Met de rechtbank wordt ervan uitgegaan dat op de Arbeidsovereenkomsten Nederlands recht van toepassing is en derhalve ook op de vraag (i) welke vorderingen de Zeevarenden op Avra Towage hebben, (ii) hoe deze vorderingen moeten worden gekwalificeerd en (iii) wat het beloop is van de vorderingen.
- 4.2 Aan de hand van het recht van Curaçao moet worden bepaald of de in 4.1 bedoelde vorderingen op de Schepen kunnen worden verhaald en welke voorrang zij hebben. In verband met de executoriale verkopen in Nederland dient ten slotte nog te worden vastgesteld of de vorderingen ook naar Nederlands recht voorrang hebben boven hypotheek. Het recht van Curaçao inzake voorrechten op zeeschepen was ten tijde van de executie gelijklopend aan het Nederlandse recht, met dien verstande dat er in art. 8:211 BW van Curaçao in plaats van zee-arbeidsovereenkomsten staat: "de arbeidsovereenkomsten van de kapitein of de andere leden der bemanning". De beantwoording van de genoemde vragen zal onder beide rechtsstelsels dezelfde uitkomst opleveren. Wanneer hierna in verband met de vragen over voorrecht en voorrang over het BW wordt gesproken, wordt daarmee dan ook zowel het BW van Curaçao als dat van Nederland bedoeld. Als specifiek een van beide wordt bedoeld zal de landsnaam aan het BW worden toegevoegd.

Het principaal appel

Toerekenbare tekortkoming van Avra Towage

- 5.1 Grief II is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Avra Towage toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de Arbeidsovereenkomsten.
- 5.2 Rabobank betoogt in dit verband allereerst dat de rechtbank buiten de rechtsstrijd is getreden. Uit het petitum blijkt dat de vordering van de Zeevarenden betrekking heeft op "de tekortkoming ... bestaande uit het opbouwen van pensioen en prepensioen". De rechtbank heeft daaraan een eigen invulling gegeven door te overwegen dat Avra Towage ervoor diende te zorgen dat de Zeevarenden in de (pre)pensioenregeling opgenomen bleven, waartoe Avra Towage daadwerkelijk premies diende af te dragen. Deze verplichtingen vloeien niet voort uit de Arbeidsovereenkomsten maar uit de Pensioenregeling. Reeds hierom is geen sprake van een verbintenis uit Arbeidsovereenkomst, aldus Rabobank.

Voor zover het wel om verplichtingen van Avra Towage gaat, is zij daarin niet tekortgeschoten volgens Rabobank omdat Avra Towage voor opname van de Zeevarenden in de Pensioenregeling heeft gezorgd, het werknemersdeel van de pensioenpremies heeft ingehouden en tevens, als dat al een verplichting was, de premies heeft afgedragen.

5.3 De Zeevarenden hebben, voor zover noodzakelijk, het verwijt dat Avra Towage niet ervoor heeft gezorgd dat de Zeevarenden opgenomen bleven in de (pre)pensioenregeling, doordat Avra Towage heeft verzuimd de (volledige) (pre)pensioenpremies af te dragen aan het Pensioenfonds in hoger beroep alsnog aan de gestelde wanprestatie ten grondslag gelegd. De vordering kan derhalve ook op deze grondslag worden beoordeeld.

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 2005–2006, 30 413, nr. 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 tussenkomende 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.
- 5.9 De conclusie is dat grief II faalt. Grief III slaagt deels, maar daaraan kan geen ander gevolg worden verbonden dan in rov. 5.7 is weergegeven.

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

- 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 bevoorrecht 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.

7. Uitgaande van een ruime uitleg dienen vervolgens drie vragen te worden beantwoord.

I. Betreft een vordering tot betaling van pensioenpremies een vordering uit zee-arbeidsovereenkomst (BW Nederland) of uit arbeidsovereenkomst met de bemanning (BW 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?

I. 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 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 opbouwen. 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.

II. 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.

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?

- 10.1 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-)arbeids-overeenkomsten 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 - ná 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.
- 10.8 In een kleine letter voert Rabobank nog aan dat de Zeevarenden zijn tekortgeschoten in hun schadebeperkingsplicht. Daartegen hebben de Zeevarenden aangevoerd dat het achteraf verzekeren van aanspraken een complexe aangelegenheid is, dat zij het Pensioenfonds hebben verzocht de Zeevarenden weer bij het fonds onder te brengen, maar dat daaraan voorwaarden zijn verbonden. Bij pleidooi is toegevoegd dat het bestuur van het Pensioenfonds inmiddels een principebesluit heeft genomen om mee te werken aan onderbrenging van de Zeevarenden, maar dat daarvoor nodig is dat Avra Towage, dat wil zeggen de curator, alsnog een overeenkomst met het fonds sluit. Gelet op het feit dat aanvankelijk de financiële middelen om pensioenrechten in te kopen ontbraken, konden van de Zeevarenden niet meer maatregelen worden verlangd dan zij nu hebben genomen.

De vervaltermijn van art. 8:219 BW

- 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 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 ná 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.
- 11.5 Grief VI is dus tevergeefs voorgesteld.

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

- 12.1 Grief VII betreft de vraag op welke Schepen en in welke omvang de schadevergoedingsvordering van de Zeevarenden kan worden verhaald. De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering ten volle verhaalbaar is op elk Schip waarop of ten behoeve waarvan de Zeevarende heeft gewerkt. Rabobank betoogt dat hiermee een hoofdelijke aansprakelijkheid van de Schepen wordt gecreëerd. Zij bepleit primair dat er geen enkel verband is met de Schepen, zodat de vorderingen niet bevoorrecht zijn en subsidiair dat de vorderingen moet worden uitgesplitst per schip al naar de vordering het desbetreffende schip aangaat, in die zin dat de vordering verband houdt met de op of ten behoeve van dat schip verrichte werkzaamheden.
- 12.2 De vordering van de Zeevarenden is bevoorrecht omdat zij is ontstaan uit de Arbeidsovereenkomsten. De wet stelt voor bevoorrechtting 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. De primaire stelling van Rabobank moet dan ook worden verworpen.
- 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. 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.

Bewijsaanbod

- 13.1 Aan het door Rabobank gedane bewijsaanbod wordt voorbijgegaan, omdat hiervoor in rov. 5.7 de door Rabobank genoemde reden voor beëindiging van de pensioenregeling is aanvaard en geen grief is gericht tegen de vaststelling door de rechtbank in rov. 3.17 dat uit de onder 3.13 van het tussenvonnis geciteerde brieven blijkt dat Avra Towage (gedeeltelijk) geen premies aan het Pensioenfonds heeft afgedragen. Het in eerste aanleg gedane bewijsaanbod, waarnaar in hoger beroep wordt verwezen, wordt gepasseerd omdat het onvoldoende concreet is.
- 13.2 Ook aan het door de Zeevarenden gedane bewijsaanbod wordt voorbijgegaan, omdat van de juistheid van het te bewijzen aangeboden in het voorgaande is uitgegaan.

Slotsom

14. De slotsom is dat de grieven deels slagen (de grieven I en III, alsmede VII deels) maar op de belangrijkste punten falen. Daarom wordt Rabobank aangemerkt als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partij en in de kosten van het principaal appel veroordeeld.

Het incidenteel appel

Bepaling van de omvang van de vorderingen

- 15.1 De grief in het incidenteel appel is gericht tegen de weergave van de vordering in rov. 2.1 onder III. De Zeevarenden betogen dat zij niet hebben gevorderd om de omvang van de schade te begroten, maar om de wijze van vaststelling van deze omvang te bepalen. Voorts hebben zij hun vordering onder III gewijzigd door het pensioenfonds toe te voegen en pensioenverzekeraar te vervangen door verzekeraar.
- 15.2 Rabobank voert daartegen op zichzelf terecht aan dat door het bepalen van de wijze waarop de omvang van de schade wordt vastgesteld het geschil niet wordt beëindigd, omdat de notaris het in depot gehouden bedrag pas mag uitkeren als bij gewijsde is beslist over de vorderingen.
- 15.3 De Zeevarenden vorderen na wijziging van eis nog steeds "te bepalen dat de omvang van de vorderingen van eisers gelijk zal zijn aan het bedrag van offertes ter dekking van de misgelopen (pre)

pensioenopbouw zoals uiteengezet in onderdeel 18 van de dagvaarding (...) welke offertes dienen te worden opgesteld door een door eisers gekozen pensioenfonds of verzekeraar". Hierin valt niet te lezen dat de wijze van vaststelling van de schade-omvang moet worden bepaald. Daarbij komt dat de Zeevarenden nog steeds verwijzen naar de dagvaarding onder 18, waar de schade is begroot op € 719.952,- . Rabobank heeft zich (onder meer) verzet tegen de wijze waarop de vordering over de verschillende Schepen was verdeeld. Met het oog op dit laatste heeft de rechtbank partijen in de gelegenheid gesteld om een akte te nemen. Gelet op hetgeen hiervoor onder 12 is overwogen, zal de toerekening aan de Schepen op een andere wijze worden ingevuld. Het komt het meest praktisch voor als de Zeevarenden in hun te nemen akte tevens opgeven voor welk bedrag het Pensioenfonds bereid is om hen weer toe te laten tot het pensioenfonds en vervolgens specificeren hoe de vorderingen van elk der Zeevarenden over de verschillende Schepen moet worden verdeeld.

16. Het hiervoor overwogene betekent dat de grief faalt. De wijziging van eis kan echter wel worden aanvaard. De Zeevarenden zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het incidenteel appel.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het door de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen tussenvonnissen van 30 september 2015 voor zover daarin in rov. 3.32 is beslist dat het geheel van de vordering tot herstel van het (per zeevarende) verschillende (pre-)pensioengat verhaalbaar is op elk schip waarop of waarvoor de zeevarende heeft gewerkt;

en opnieuw recht doende:

- 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;

- bekrachtigt dit tussenvonnissen voor het overige;

- wijst de zaak terug naar de rechtbank ter verdere behandeling en beslissing;

- veroordeelt Rabobank in de kosten van het principaal appel, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Zeevarenden begroot op 311,00 voor griffierecht en € 2.682,00 voor salaris van de advocaat;

- veroordeelt de Zeevarenden in de kosten van het incidenteel appel, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Rabobank begroot op € 447,00 voor salaris van de advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de uitspraak van dit arrest indien de kosten dan nog niet zijn voldaan;

- verklaart dit arrest wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M. Olthof, J.M. van der Klooster en prof. mr. K.F. Haak en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 februari 2017 in aanwezigheid van de griffier.