

NIEUWSBRIEF 2009/1

april 2009

1. Aflevering zonder cognossement;
2. Onderscheid detachering en uitzending;
3. executie en aanschrijvingen gemeente;
4. ontslag bij 65 jaar.

Hierbij gaat de eerste nieuwsbrief van het jaar, hetgeen samenvalt met het begin van de tweede honderd jaar van het bestaan van kantoor. Om die reden ziet u links boven het logo van Van Dam & Kruidenier advocaten voor 2009, het jubileum jaar.

1. Aflevering tegen cognossement

Een krantenbericht over een dappere actie van twee schippers, geen onbekenden in de binnenvaart, trok jl. december onze aandacht. Ze stelden aan de orde dat zij geregeld lading moesten afleveren zonder dat zij het originele cognossement, dat zij op de laadplaats getekend hadden, terugontvingen.

Vanwege de onzekerheid over de juridische gevolgen, weigerden ze te lossen. De commerciële druk op de schippers om af te leveren zonder cognossement werd zo hoog opgevoerd, dat ze uiteindelijk toch losten.

Ze stelden daarna via de Schuttevaer de vraag of zij in hun recht stonden bij de weigering te lossen.

Die handschoen nemen wij graag op. Hoe zit het ook alweer met aflevering en het cognossement?

Zowel in Boek 8 BW als het CMNI is het uitgangspunt eenvoudig. Indien een cognossement is uitgegeven, dan mag uitsluitend de recht- en regelmatig cognossementshouder vragen om aflevering van de lading. Deze regel heeft haar grondslag in een tweetal belangrijke functies van het cognossement; het legitimeert de houder als rechthebbende met

betrekking tot de aflevering; en het kan dienen als middel om over de onder het cognossement begrepen zaken te beschikken. Het speelt dan vaak een rol bij verkooptransacties, waarbij het cognossement pas aan de ontvanger wordt gegeven als hij bijv. via een L/C betaalt.

Tegen deze eenvoudige regel (aflevering alleen aan de cognossementshouder) wordt in de praktijk vaak gezondigd, zo blijkt ook uit het relaas van de twee schippers.

Het vervoer gaat snel, het cognossement is niet in de buurt van de losplaats, en toch geeft de beoogde ontvanger (die al dan niet ook losstation is) opdracht tot lossing. De bevrachter steunt dat, hij heeft zo zijn instructies.

Volkomen terecht maken de schippers bezwaar. Zij lopen het risico dat zij de waarde van de lading moeten vergoeden aan de houder van het cognossement.

De juridisch juiste houding zou zijn dat de schipper zich losgereed meldt, vraagt om het cognossement, en als hij dat niet krijgt, wacht met aflevering. Hij mag het liggeld gaan berekenen en wachten tot zich een recht- en regelmatig cognossementshouder meldt. Gebeurt dat niet, dan staan de schipper allerlei middelen ten dienste om betaling van zijn vracht en liggeld af te dwingen, en uiteindelijk op kosten van de lading te lossen. We zullen die hier niet verder behandelen.

Voorals de schipper argwaan zou moeten hebben, bijvoorbeeld bij een tijdens de reis gewijzigde losinstructie, terwijl de afzender (al dan niet via de aflader, het laadstation) uitdrukkelijk om een cognossement vroeg, zouden er redenen moeten zijn om niet zonder meer te lossen, voordat het cognossement boven tafel is.

Van belang is ook, dat volgens de wet de afzender zodra het cognossement is getekend en afgegeven door de schipper, niet meer gerechtigd is een ander als geadresseerde aan te wijzen.

Het is bekend dat een formele houding van de schipper niet direct op begrip zal kunnen rekenen. Maar juridisch is het wel het enige juiste. Dat de risico's niet theoretisch zijn, is bekend.

In Nederland geldt als standaardarrest het geval van de Padus, een uitspraak van de Hoge Raad uit 1989. De Padus had op instructie van zijn afzender (de bevrachter) in Duitsland gelost, maar zonder het origineel van het uitgegeven cognossement in handen te krijgen. Dat lag nog bij diezelfde afzender, die wachtte op betaling van de koopsom. Het geval wilde dat de koper van de afzender intussen financiële problemen had gekregen, en uiteindelijk failliet ging voordat hij de koopsom van de lading had betaald aan de afzender.

Hoewel de afzender had bepaald dat afgeleverd moest worden bij het losstation waar afgeleverd werd, was de schipper toch het haasje, omdat hij had afgeleverd zonder om het cognossement te vragen. De afzender kon met succes de schipper aanspreken. Dat leverde een forse schade op voor de schipper.

Hoe gaat men bij het zeerecht met dit probleem om? Het zonder cognossement uitleveren is in de zeevaart al langer bekend, nu het cognossementsvervoer vaker voorkomt. Een praktische oplossing is het geven van een vrijwaring, een letter of indemnity, waarbij de ontvanger die om aflevering vraagt zonder over het cognossement te beschikken, schriftelijk verklaart de vervoerder op eerste verzoek te vrijwaren tegen claims van derden. Nu is een dergelijke garantie niet meer dan een verplichting tot betaling door een bedrijf, maar het is beter dan niets.

2. Onderscheid detachering en uitzending

In het Nederlands Burgerlijk Wetboek is de term "detacheren" niet terug te vinden. Het is anglicisme, vooral bedoeld om die situatie aan te geven waarin personeelsleden tijdelijk worden uitgeleend om te gaan werken bij andere bedrijven.

De term "uitzendarbeid" komt wel voor in het Burgerlijk Wetboek. Daarin staat een zo ruime definitie, dat detacheren al snel onder uitzenden zal vallen.

In de praktijk maakt men vaak wel een al dan niet gevoelsmatig onderscheid met uitzendwerk, maar dat onderscheid is er juridisch lang niet altijd. Daar kwam een detacheringsbedrijf achter toen het werd geconfronteerd met de algemeen verbindend verklaarde CAO voor de uitzendbranche (de ABU-CAO).

Het detacheringsbedrijf hield zich niet aan de algemeen verbindend verklaarde CAO.

De CAO kent een werkingssfeer die wordt gedefinieerd aan de hand van zowel de aard van het verrichte werk, als ook de loonsom die met dat werk is gemoeid.

Wanneer meer dan 50% van de jaarloonsom wordt besteed aan werknemers die elders tewerk gesteld zijn, dan is daarop de CAO mede van toepassing.

De uitvoeringsinstantie van de ABU-CAO legde een forse boete op van € 31.000. Daarop volgde een procedure voor de Kantonrechter Amsterdam die op 23 november 2008 uitspraak deed. De discussie ging over de instructies die aan de ingeleende werknemers werden gegeven. De rechter achtte onaannemelijk dat de werknemers op de werkvloer geen leiding en toezicht krijgen van de opdrachtgever. Dat het detacheringsbedrijf noch instructie noch opleiding gaf, doet daaraan niet af. De opdrachtgever bepaalde uiteindelijk de inhoud en de wijze van uitvoering van het werk.

Alles viel het detacheringsbureau onverkort onder de CAO die algemeen verbindend was verklaard. Strikt genomen zou zelfs een schipper die even geen schip

heeft, en al zijn personeel uitleent aan/detacheert bij een andere schipper, om die reden onder de algemeen verbindend verklaarde CAO vallen. Wel zal de schipper waarschijnlijk niet “in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van die werkgever” ter beschikking worden gesteld, doch slechts als tussenoplossing om een periode te overbruggen.

Het is wel eens goed om kritisch te kijken naar alle constructies die detachering worden genoemd.

3. executie en aanschrijvingen gemeente

Nu het wat minder gaat in de scheepsbouw, lijkt de stap naar de wal misschien iets minder onaantrekkelijk dan in eerdere jaren. De uittredende scheepvaartondernemer zal bij de aankoop van een woonhuis op onverwachte valkuilen kunnen stuiten. Een daarvan willen wij u niet onthouden. Het is een valkuil die vooral speelt bij de aankoop van panden ‘waarmee iets mis’ is gegaan in de relatie met de gemeente, en die al dan niet executoriaal verkocht worden.

Stel dat de koper het oog heeft op een pand waar een “aanschrijving” van de gemeente op gezeten heeft. Met name kan zich dit voordoen bij appartementsgebouwen, waarvan de zogenaamde Vereniging van Eigenaren gebrekkig heeft gefunctioneerd, maar het komt ook veel voor bij andere woningen. Men ziet het vooral in de grootstedelijke gebieden voorkomen. Wanneer er zwaar achterstallig onderhoud is kan de gemeente de eigenaar aanschrijving en verplichten het pand op te knappen. Die doet dat niet. De gemeente knapt daarna het pand op eigen kosten op en vordert (vergeefs) de kosten van opknappen. De eigenaar biedt geen verhaal. Vervolgens wacht de gemeente af tot het pand wordt verkocht, en laat in het Kadaster melding maken van het feit dat zij dienaangaande een vordering op de eigenaar meent

te hebben.

Het pand zal meestal wel verkocht worden, bijvoorbeeld door de bank.

Wat is nu de situatie als het pand geveild wordt? Veiling heeft (zoals ook in de scheepvaart) veelal een zuiverend effect: oude vorderingen vervallen. Niet allemaal, en dat speelt ook hier een rol.

In het verleden had de gemeente een vordering die in rang boven hypotheek ging. Bij een veiling was zij veilig. Die bijzondere positie is afgeschaft. Ondanks dat de wetgever destijds uitdrukkelijk heeft overwogen dat de gemeentelijke vordering geen voorrang meer krijgt boven die van de hypotheekhouder, doet zich – zo blijkt uit een recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam –de situatie voor dat die gemeentelijke vordering in de praktijk toch bij voorrang betaald wordt.

De wet bepaalt namelijk ook, dat na inschrijving van de vordering de gemeente de eventuele rechtsopvolgers van de in gebreke blijvende eigenaar, kan aanspreken.

Is een koper op de veiling een rechtsopvolger? Dat was onduidelijk. Ja, zo besliste de rechtbank Amsterdam recent. Ook een koper ter veiling is een rechtsopvolger.

Dat is een nare verrassing voor de koper, als die met die soms aanzienlijke kosten geen rekening gehouden zou hebben.

Het eind van het liedje is dan ook dat de gemeente alsnog een vordering heeft die feitelijk beter is dan die van de hypotheekhouder. Een verstandige koper verlaagt immers de koopsom met het bedrag dat hij aan de gemeente zou moeten betalen. Vervolgens betaalt de koper aan de Gemeente.

En zo is de scheepvaartondernemer toch weer op bekend terrein: dit valt te vergelijken met de situatie waarin een scheepswerf zich op een retentierecht beroept en de hypotheeknemer (de bank) feitelijk

rekening moet houden met een lagere opbrengst omdat de retentor eerst moet worden afgekocht. Het is te vrezen dat die situatie in de komende tijd weer wat vaker zal voorkomen.

4. ontslag bij 65 jaar

Het wordt steeds actueler; moeten we doorwerken na ons 65^{ste} levensjaar? Parallel daaraan is de vraag of een werkgever de werknemer bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar mag opzeggen (na toestemming van het CWI, dat wel). Is dat geen verboden leeftijdsdiscriminatie?

Het Hof van Justitie van de EU heeft op 5 maart 2009 uitgemaakt, dat EU-lidstaten mogen bepalen dat alle werknemers op hun 65^{ste} jaar mogen worden

ontslagen. Het Europese Hof bepaalde dit naar aanleiding van een Britse zaak, waarin de vraag was of een dergelijke regeling onrechtmatig zou zijn wegens leeftijdsdiscriminatie. Het Hof stelt dat dit is toegestaan als het sociaal beleid dient, bijvoorbeeld om meer jongeren aan werk te helpen.

Deze uitspraak is (maar dat is toeval) geweest voordat het Kabinet haar crisis-bestrijdings plannen presenteerde, met daarin een plan om de AOW-leeftijd te verhogen tot 67 jaar.

Het is een beetje een doodoener, maar wij voorzien een lawyers paradise wanneer die plannen worden doorgevoerd.

© 2009 Frits Bienfait, Van Dam & Kruidenier advocaten,
Postbus 4043,
3006 AA Rotterdam
tel 010 288 88 14, fax 010 288 88 28
mobiel 0654691559
email: bienfait@damkru.nl,
www.damkru.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder schriftelijke voorafgaande toestemming van de auteur worden verveelvoudigd, openbaar gemaakt, geheel of gedeeltelijk, gekopieerd of opgeslagen, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën of op enige andere manier. De auteurs en de maatschap Van Dam & Kruidenier aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor de inhoud van deze uitgave. De tekst is louter als leidraad bedoeld en streeft geen volledigheid na. In voorkomend geval is het altijd raadzaam eerst een ter zake kundige jurist te raadplegen.
