

Zekerheid op lading

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie bij Uitgeverij Paris
in de NTHR-reeks (deel 14), ISBN 978-94-90962-30-2

ZEKERHEID OP LADING

*Pandrecht en retentierecht op roerende zaken en cognossement in
het handelsverkeer*

SECURITY RIGHTS ON CARGO

*Rights of pledge and retention on movable goods and bills of
lading in commerce*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 7 oktober 2011 om 11.30 uur

door

Huibert Logmans

geboren te Dirksland



Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. K.F. Haak

Overige leden: Prof.mr. M.H. Claringbould
Prof.mr. R.D. Vriesendorp
Mr.drs. R. Zwitter

Zekerheid op lading

Pandrecht en retentierecht op roerende zaken en
cognossement in het handelsverkeer

H. Logmans

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen / 13

1	Inleiding / 17
1.1	Zekerheid voor banken en logistieke dienstverleners / 17
1.2	Pand- en retentierecht in een vlot en complex handelsverkeer / 19
1.3	Zekerheid in de goederenstroom / 22
1.3.1	Retentierecht / 22
1.3.2	Pandrecht / 25
1.4	Zekerheid in de documentenstroom / 27
1.4.1	Retentierecht / 27
1.4.2	Pandrecht / 28
1.5	Opzet van het onderzoek / 30
1.5.1	Onderzoeksvraag en methode van onderzoek / 30
1.5.2	Het begin van een antwoord / 32
1.5.3	Plan van behandeling / 34
2	Retentierecht op lading / 37
2.1	Inleiding / 37
2.2	Het retentierecht van fysieke distributeur, cargadoor, stuwadoor en opslagbedrijf / 41
2.2.1	Rechtsbronnen / 41
2.2.2	Het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW / 42
2.2.2.1	Inhoud van het opschortingsrecht en verhouding tot het retentierecht / 42
2.2.2.2	Opeisbare vordering / 44
2.2.2.3	Samenhang tussen vordering en verplichting tot afgifte. Ondeelbaarheid / 46
2.2.2.4	(On)gelijk oversteken. Zekerheidsstelling / 49
2.2.3	Contractueel retentierecht / 52
2.2.4	Engels recht / 54
2.2.5	Duits recht / 55
2.2.6	Bevindingen / 58
2.3	Het retentierecht van de expediteur / 58
2.3.1	Rechtsbronnen / 58
2.3.2	Artikel 8:69 lid 2 BW / 59
2.3.2.1	Retentierecht voor doen vervoeren van goederen en nevenwerkzaamheden / 59
2.3.2.2	Huidige vorderingen. Verhouding tot artikel 6:52 BW / 61
2.3.2.3	Opeisbare en toekomstige vorderingen. Zekerheidsstelling / 62
2.3.2.4	Het remboursbedrag / 63

2.3.3	Contractueel retentierecht. Nederlandse Expeditievoorwaarden / 63
2.3.4	Engels recht / 64
2.3.5	Duits recht / 65
2.3.6	Bevindingen / 66
2.4	Het retentierecht van de vervoerder / 67
2.4.1	Rechtsbronnen / 67
2.4.2	Verdragen / 68
2.4.2.1	Artikel 13 lid 2 CMR / 68
2.4.2.2	Artikel 49 Rotterdam Rules / 70
2.4.2.3	Artikel 9 Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods / 73
2.4.3	De vervoerrechtelijke retentierechten van Boek 8 BW / 74
2.4.3.1	Historische ontwikkeling van de vervoerrechtelijke retentierechten / 74
2.4.3.2	Verschillen tussen het vervoerrechtelijke retentierecht en het opschortingsrecht / 78
2.4.3.3	Onderlinge verschillen tussen de vervoerrechtelijke retentierechten / 79
2.4.4	Huidige vorderingen in de wet / 80
2.4.4.1	Welke vorderingen onder het vervoerrechtelijk retentierecht vallen / 80
2.4.4.2	Door de ontvanger verschuldigd / 83
2.4.4.3	Een retentierecht voor opeisbare en toekomstige vorderingen / 85
2.4.4.4	Ongelijk oversteken en freight prepaid. Cognossement in de binnenvaart / 87
2.4.5	Vorderingen die voortvloeien uit eerdere of andere vervoer-overeenkomsten / 90
2.4.5.1	Een retentierecht voor oude vorderingen en Almos/Warnas / 90
2.4.5.2	Verdediging van een retentierecht van de vervoerder voor oude vorderingen / 94
2.4.5.3	Vorderingen die voortvloeien uit een raam- of duurovereenkomst / 97
2.4.5.4	Vorderingen die betrekking hebben op andere zaken in hetzelfde schip / 98
2.4.6	Het contractuele retentierecht van de vervoerder / 99
2.4.6.1	Inhoud van het contractuele retentierecht / 99
2.4.6.2	Bijzondere bedingen. De cesser clause / 103
2.4.7	Voorrang / 105
2.4.8	Engels recht / 109
2.4.9	Duits recht / 110
2.4.10	Bevindingen / 114
2.5	Conclusie / 115
3	Zekerheid door macht over een zaak / 117
3.1	Inleiding / 117
3.2	Object van het zekerheidsrecht / 119
3.2.1	Roerende zaken en geld / 119
3.2.2	De lien op subvracht en subhuur is geen retentierecht / 120
3.2.3	Papieren en waardepapieren / 121

3.2.4	Weigering van afgifte van het cognossement door de vervoerder is geen retentierecht / 122
3.3	Uitoefening van macht over de zaken / 124
3.3.1	Retentierecht en macht over de zaken / 124
3.3.2	Retentierecht en verlies van macht over de zaken. Afstand van retentierecht / 126
3.3.3	Uitoefening en verlies van macht over de zaken bij een vuistpandrecht / 129
3.4	Vormen van middellijk houderschap / 130
3.4.1	Verbintenis tot afgifte van zaken door de middellijke houder / 130
3.4.2	De bailment naar Engels recht / 131
3.4.3	Hulp- en tussenpersonen in logistieke ketens en zaken onder een derde / 133
3.5	Zekerheid bij gebruik van hulppersonen / 135
3.5.1	Hulppersonen in het vervoer en retentierecht / 135
3.5.2	Gebruik van hulppersonen buiten het vervoer. Toestemming / 139
3.5.3	Gestapelde retentierechten / 140
3.5.4	Vuistpandrecht bij gebruik van een hulppersoon / 142
3.6	Zekerheid bij gebruik van tussenpersonen / 143
3.6.1	Geen behoud van retentierecht in logistieke ketens / 143
3.6.2	Contractuele mogelijkheden / 144
3.6.3	Stil pandrecht in logistieke ketens / 146
3.6.4	Het reclamerecht van de vervoerder na de aflevering / 147
3.7	Zekerheid op goederen onderweg / 148
3.7.1	Zaken onder een vervoerder. Retentierecht voor bank en expediteur / 148
3.7.2	Rechten uit de vervoerovereenkomst / 151
3.7.2.1	Recht op afgifte uit de vervoerovereenkomst / 151
3.7.2.2	Beschikkingsrecht in CMR en CMNI / 151
3.7.2.3	Right of control in de Rotterdam Rules. Het betoeg van Van der Ziel / 152
3.7.3	Retentierecht bij middellijke macht in het vervoer / 154
3.7.3.1	Rechten uit de vervoerovereenkomst en machtsverschaffing door de eigenaar / 154
3.7.3.2	Retentierecht en cognossement / 157
3.7.3.3	Retentierecht en vrachtbrief of documentloos vervoer / 160
3.7.3.4	Gestapelde retentierechten / 160
3.8	Conclusie / 161
4	Derdenwerking van retentierecht / 163
4.1	Inleiding / 163
4.2	Werking van het retentierecht tegen oudere derden / 165
4.2.1	De regeling in de wet / 165
4.2.1.1	Artikel 3:291 lid 2 BW en de parlementaire geschiedenis / 165
4.2.1.2	Vervoerrechtelijke retentierechten en de verhouding tot artikel 3:291 lid 2 BW / 168
4.2.2	Bevoegdheid en goede trouw / 170
4.2.3	Welke vorderingen? / 173

4.2.3.1	VGC/Ge SeaCo en debitum cum re iunctum / 173
4.2.3.2	Inhoud van de bevoegdheid van de schuldenaar / 177
4.2.3.3	Wettelijk en contractueel retentierecht. Bevoegdheid en vertrouwen / 181
4.2.3.4	Verlengd retentierecht in de lagere rechtspraak / 182
4.2.4	Verlengd retentierecht in een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding / 184
4.2.4.1	De conclusie van procureur-generaal Hartkamp. Het verkeersbelang / 184
4.2.4.2	Houderschap met een verbintenisrechtelijk element / 185
4.2.4.3	Lastgeving / 187
4.2.4.4	Bijzondere relatie met feitelijke contacten. Datema/Pereira q.q. / 189
4.2.4.5	Contractketens. Beroep op de eigen overeenkomst / 191
4.2.4.6	Contractketens. Beroep op andermans overeenkomst / 193
4.2.4.7	Contractketens. Retentierecht voor vorderingen uit de logistieke keten. Opvolgend vervoer / 194
4.2.5	Rechtsvergelijking / 194
4.2.5.1	Engels recht / 194
4.2.5.2	Belgisch recht / 199
4.2.5.3	Duits recht / 201
4.2.6	Bevindingen / 201
4.3	Werking van het retentierecht tegen jongere derden / 202
4.3.1	De regeling in de wet / 202
4.3.1.1	Artikel 3:291 lid 1 BW / 202
4.3.1.2	De vervoerrechtelijke retentierechten / 203
4.3.2	Jongere of oudere derde / 204
4.3.3	Welke vorderingen? / 206
4.3.3.1	Vergelijking tussen artikel 3:291 lid 1 BW en artikel 8:30 lid 2 BW / 206
4.3.3.2	Contracteren met een eigenaar en oude vorderingen / 209
4.3.3.3	Contracteren met een logistieke dienstverlener en huidige vorderingen / 211
4.3.4	Verlengd retentierecht in een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding. Verwijzing / 212
4.3.5	Rechtsvergelijking / 212
4.3.5.1	Duits recht als voorbeeld / 212
4.3.5.2	Enkele aanvullende rechtsvergelijkende opmerkingen / 213
4.3.6	Bevindingen / 214
4.4	Het recht om afgifte van zaken te weigeren / 214
4.4.1	Inhoud van het recht om afgifte te weigeren. Geen retentierecht / 214
4.4.2	Toepassingsbereik van het recht om afgifte van zaken te weigeren / 217
4.4.3	Het recht om afgifte van zaken te weigeren en de verhouding tussen derden / 219
4.5	Conclusie / 221
5	Pandrecht op lading / 225
5.1	Inleiding / 225
5.2	De beschikkingsbevoegde pandgever / 227
5.2.1	Eigenaar. Vereisten voor de totstandkoming van een pandrecht / 227

5.2.2	Koper onder eigendomsvoorbehoud / 229
5.2.2.1	Beschikkingsonbevoegd tot onvoorwaardelijke verpanding en goede trouw / 229
5.2.2.2	Beschikkingsonbevoegd tot voorwaardelijke verpanding / 234
5.2.3	Logistieke dienstverleners / 236
5.2.3.1	Logistieke dienstverleners zijn beschikkingsonbevoegd. Goede trouw / 236
5.2.3.2	Contractuele verlening van beschikkingsonbevoegdheid. Pandrecht in de logistieke keten / 238
5.2.4	Rechtsvergelijking. Duits recht / 242
5.3	Derdenwerking van het pandrecht / 244
5.3.1	In welke gevallen is er sprake van derdenwerking / 244
5.3.2	De derde-cognossementhouder en Bosman/Condorcamp / 245
5.3.2.1	Het feitencomplex in Bosman/Condorcamp / 245
5.3.2.2	Procedure en relevante overwegingen / 246
5.3.2.3	Reacties in de literatuur. De opvatting van Vriesendorp en Zwitser / 249
5.3.2.4	Betekenis van Bosman/Condorcamp / 250
5.3.3	Uitbreiding van Bosman/Condorcamp tot het gehele handelsverkeer ongewenst / 255
5.3.4	Rangorde van goederenrechtelijke rechten / 257
5.3.5	Rechtsvergelijkende opmerkingen. Duits recht / 258
5.4	Conclusie / 259
6	Pandrecht op cognossement / 261
6.1	Inleiding / 261
6.2	Het recht op aflevering van de zaken / 264
6.2.1	Artikel 8:441 lid 1 BW. Cessie of derdenbeding / 264
6.2.2	Heliopolis Star / 269
6.2.2.1	Feiten / 269
6.2.2.2	Procedure en rechtsoverwegingen / 270
6.2.2.3	Het pandrecht van de verzendexpediteur in Heliopolis Star / 273
6.2.3	Pandrecht op ordercognossement en recht- en regelmatig houder- schap / 275
6.2.3.1	De dubbele rol van het cognossement en het endossement / 275
6.2.3.2	Enkele a-typische gevallen / 276
6.2.3.3	Engels en Duits recht / 279
6.2.4	Gewenst recht. Het cognossement behandelen als een roerende zaak / 281
6.3	Het recht op de zaken / 283
6.3.1	Artikel 8:417 BW. Absolute theorie, representatietheorie en relatieve theorie / 283
6.3.2	Betekenis van artikel 8:417 BW. Het cognossement als legitimatiepa- pier / 287
6.3.3	Rechtsvergelijkende opmerkingen / 290
6.4	Pandrecht op cognossement door banken bij een documentair kre- diet / 295
6.4.1	De werking van een documentair krediet / 295
6.4.2	Documentair krediet naar Nederlands recht / 297

- 6.4.2.1 Directe verkrijging door koper bij cognossementen aan order / 297
- 6.4.2.2 Beschikkingsbevoegdheid opdrachtgever bij documentair krediet / 299
- 6.4.2.3 Het pandrecht van de confirmerende bank / 302
- 6.4.3 Rechtsvergelijkende opmerkingen / 303
- 6.4.4 De koper weigert het cognossement of de lading / 304
- 6.4.4.1 Weigering en documentenkoop / 304
- 6.4.4.2 Weigering van de documenten / 305
- 6.4.4.3 Weigering van de lading / 307
- 6.5 Aflevering ten nadele van de pandhouder op cognossement / 309
- 6.5.1 Pandrecht op cognossement in een vlot handelsverkeer / 309
- 6.5.2 Pandrecht op cognossement voor aflevering van de lading / 311
- 6.5.3 Pandrecht op cognossement na aflevering van de lading / 312
- 6.5.3.1 Het pandrecht op cognossement en daarmee op de zaken (artikel 8:417 BW) / 312
- 6.5.3.2 Het recht op vervangende schadevergoeding van de pandhouder (artikel 8:441 BW) / 314
- 6.5.4 Rechtsvergelijkende opmerkingen. *The Future Express* / 316
- 6.6 Concurrentie van cognossementexamplaren / 321
- 6.6.1 Het recht op aflevering en het recht op de zaak / 321
- 6.6.2 Rechtsvergelijkende opmerkingen / 324
- 6.7 Conclusie / 326

- 7 Het pandrecht op cognossement bij aflevering van de lading / 331**
- 7.1 Inleiding / 331
- 7.2 De bank en zijn pandrecht op cognossement / 333
- 7.2.1 Inning en executie van de zaken bij vuistpandrecht / 333
- 7.2.2 Einde van het vuistpandrecht. Het cognossement in de macht van de pandgever / 335
- 7.2.3 Stil pandrecht op cognossement / 337
- 7.3 De bank maakt gebruik van een lasthebber of subkoper / 342
- 7.3.1 De bank geeft het cognossement over aan een lasthebber / 342
- 7.3.2 Aflevering van de zaken aan de lasthebber van de bank / 344
- 7.3.3 Middellijk houderschap van de bank en betrokkenheid bij de aflevering in enkele Amerikaanse uitspraken / 345
- 7.3.4 De bank geeft het cognossement over aan een subkoper / 349
- 7.3.5 De bank geeft toestemming aan de vervoerder om af te leveren aan de subkoper / 350
- 7.3.5.1 De bank oefent zijn rechten uit het cognossement uit / 350
- 7.3.5.2 Het arrest EWL/Fortis / 351
- 7.3.5.3 Commentaar op EWL/Fortis / 354
- 7.4 Conclusie / 356

- 8 Slotbeschouwing / 359**
- 8.1 Inleiding / 359
- 8.2 Zekerheidsrechten in een vlot handelsverkeer / 360
- 8.2.1 Opzet van het onderzoek / 360
- 8.2.2 Ontstaan en eindigen van het zekerheidsrecht / 362
- 8.2.2.1 Onmiddellijke macht over zaak of cognossement / 362

- 8.2.2.2 Middellijke macht over zaak of cognossement / 363
- 8.2.2.3 Zekerheid zonder macht over de zaak / 364
- 8.2.2.4 De rol van het endossement bij ordercognossementen / 366
- 8.2.3 Vorderingen waarvoor het zekerheidsrecht wordt uitgeoefend / 367
- 8.2.3.1 Uitoefening van het retentierecht jegens de contractuele wederpartij / 367
- 8.2.3.2 Uitoefening van het retentierecht jegens derden / 369
- 8.2.3.3 Uitoefening van het pandrecht jegens pandgever en derden / 372
- 8.2.4 Verhaal op de zaak / 373
- 8.2.4.1 Voorrang / 373
- 8.2.4.2 Prioriteit en rangorde van zekerheidsrechten / 373
- 8.2.5 Resultaten van het onderzoek / 374
- 8.2.5.1 Drie hoofdregels / 374
- 8.2.5.2 Aanpassing van zekerheidsrechten binnen het wettelijk systeem / 375
- 8.2.5.3 Voorstellen tot aanpassing van het wettelijk systeem / 376
- 8.3 Ontwikkeling van zekerheidsrechten in Europa / 378
- 8.3.1 Een functionele benadering van zekerheidsrechten / 378
- 8.3.2 De Draft Common Frame of Reference / 379
- 8.3.3 Een uniform zekerheidsrecht in het handelsverkeer / 382

Samenvatting / 385

Summary / 393

Lijst van aangehaalde literatuur / 399

Rechtspraakregister / 441

Register op aangehaalde regelgeving / 451

Trefwoordenregister / 465

Curriculum vitae / 469

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ARB	A.R. Bloembergen (annotator)
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
BW	B. Wachter (annotator)
Bijv.	Bijvoorbeeld
CA	Court of Appeal
CAD	Cash against documents
Cass.	Hof van Cassatie (België)
ChD	Chancery Division
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Weens Koopverdrag)
c.q.	Casu quo (in welk geval)
Dalloz	Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
EMM	E.M. Meijers (annotator)
E.T.L.	European Transport Law (Europees Vervoerrecht)
e.v.	En verder
FIATA	Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés (International Federation of Freight Forwarders Associations)
FOB	Free on Board (beding uit de Incoterms)
Fw	Faillissementswet
G	W.C.L. van der Grinten (annotator)
GJS	G.J. Scholten (annotator)
HGB	Handelsgesetzbuch
HJS	H.J. Snijders (annotator)
HL	House of Lords
HR	Hoge Raad
JBMV	J.B.M. Vranken (annotator)
JCS	J.C. Schultsz (annotator)
JHB	J.H. Beekhuis (annotator)
JLPC	J.L.P. Cahen (annotator)
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
K	Wetboek van Koophandel
KBD	King's Bench Division

KFH	K.F. Haak (annotator)
KG	Kort geding
LEHR	L.E.H. Rutten (annotator)
LG	Landesgericht
LOI	Letter of indemnity
MMM	M.M. Mendel (annotator)
m.nt.	Met noot (gevolgd door naam annotator)
MS	M. Scheltema (annotator)
Nr.	Nummer
Ov.	Overweging
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
NVOCC	Non vessel common carrier
OLG	Oberlandesgericht
Oud-BW	Burgerlijk wetboek van Nederland vóór 1992
Oud-K	Wetboek van Koophandel van Nederland vóór 1992
p.	pagina
par.	paragraaf
Pas.	Pasicrisie
PC	Privy Council
PG	Parlementaire geschiedenis
PhANH	Ph.A.N. Houwing (annotator)
Pres.	President (van de rechtbank)
Prg.	Praktijkgids
PS	P. Scholten (annotator)
PvS	P. van Schilfgaarde (annotator)
QBD	Queen's Bench Division
R	H.R. Ribbius (annotator)
Rb.	Rechtbank
Resp.	Respectievelijk
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.o.	Rechtsoverweging
RR	Convention of Contracts for the International Carrying of Goods Wholly or Partly by Sea (Rotterdam Rules)
RW	Rechtskundig Weekblad
s.	section
SB	C.W. Star Busmann (annotator)
Stb.	Staatsblad
S&S	Schip & Schade
TBH	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TranspR	Transportrecht
TVR	Tijdschrift Vervoer & Recht
Vgl.	Vergelijk
W.	Weekblad van het recht

WHH	W.H. Heemskerk (annotator)
WMK	W.M. Kleijn (annotator)
WOW	Wet Overeenkomst Wegvervoer
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Zekerheid voor banken en logistieke dienstverleners

Een zekerheidsrecht functioneert in het recht ongeveer op dezelfde manier als de grijper van een kraan in de haven. Zoals de machinist van een kraan de grijper kan openen of sluiten, zo heeft de zekerheidshouder de bevoegdheid om de zaken onder zich te houden totdat de verschuldigde vordering is betaald, dan wel om de zaken af te geven aan de schuldenaar of een derde. Door de uitoefening van zijn zekerheidsrecht houdt de schuldeiser dus grip op de lading. Dit aspect van het zekerheidsrecht is van groot belang voor logistieke dienstverleners en banken. De door hen verrichte handelingen, zoals kredietverlening, fysieke distributie, expeditie, vervoer, bewaarneming, laden, lossen, opdracht en lastgeving, brengen kosten met zich mee die in beginsel verhaalbaar zijn op de contractuele wederpartij, de schuldenaar. In veel gevallen wordt het verschuldigde loon echter pas betaald na het verrichten van de handeling ten behoeve van de zaken. Daardoor loopt de schuldeiser steeds het risico dat de schuldenaar, om wat voor reden dan ook, verzuimt zijn verbintenis uit de overeenkomst, namelijk de verplichting tot het betalen van het loon, na te komen. Hier komt het belang van het zekerheidsrecht naar voren: door middel van een zekerheidsrecht kan de schuldeiser het risico van wanbetaling door de schuldenaar beperken.¹ De schuldeiser behoeft de zaken niet af te geven zolang het loon niet is betaald en hij kan zich zelfs onder bepaalde omstandigheden op de zaken verhalen.² Uiteraard zal niet in alle gevallen waar sprake is van een betalingsverzuim een zekerheidsrecht worden ingeroepen. Vaak volstaat een commerciële oplossing, zoals het bieden van uitstel van betaling. Het zekerheidsrecht komt pas in beeld wanneer een commerciële oplossing geen resultaat (meer) geeft. Dat is het geval wanneer de schuldenaar failliet is gegaan of op andere wijze ervan blijk geeft niet aan zijn betalingsverplichtingen te kunnen voldoen. In deze gevallen waarin een commerciële oplossing niet meer baat, vervullen zekerheidsrechten een onmisbare rol.³ Dit boek handelt over twee zeker-

1. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 482.

2. Verhaal op de zaak is mogelijk door middel van de executie van het zekerheidsrecht. De pandhouder heeft het recht van parate executie (3:248 BW). De retentor dient eerst een executorialie titel te verkrijgen. De retentor en de pandhouder hebben voorrang boven concurrente schuldeisers (resp. art. 3:292 BW en 3:278 BW). In het faillissement heeft de pandhouder de positie van separatist (57 Fw) en behoudt de retentor zijn voorrangpositie (60 Fw).

3. Zekerheidsrechten zijn van belang voor iedere onderneming. Vgl. Helmlé 1935, p. 13: 'Von der Geltendmachung eines gesetzlichen oder vertraglichen Pfandrechts kann die Existenz eines Betriebs abhängen.' Greebe 1944, p. 127. *The Miramar* [1983] 2 Lloyd's Rep. 319, 324 (Mr. Justice Mustill, QBD): 'It has been a feature of shipping practice for many years that the shipowner looks primarily to his lien in case of dispute...'. Een adequaat stelsel van zekerheidsrechten is ook van belang voor de economie. Vgl. Goode 1998b, p. 47: 'Without an adequate legal regime for personal property security rights, it is almost impossible for a national economy to develop'. Davies 2004, p. 296. Law Commission 2005, nr. 1.2. Simler & Delebecque 2009, nr. 3.

heidsrechten, het pandrecht en het retentierecht, en hun rol in het internationaal handelsverkeer.⁴

Handelsverkeer vloeit in de regel voort uit een afgesloten koopovereenkomst: de handelskoop. Kenmerkend is de handel in bulkgoederen: koffie uit Zuid-Amerika, graan uit Noord-Amerika, olie uit het Midden-Oosten, ertsen uit Afrika en kleding of elektronica uit Azië, het wordt allemaal gekocht en verkocht. De verkoper neemt in een handelskoop de verplichting op zich om de zaken met bijbehorende documenten aan de koper af te geven, terwijl de koper de verplichting heeft om de koopprijs te betalen.⁵ Een gevolg van de gesloten koopovereenkomst is dus het ontstaan van een goederen- en documentenstroom die zich in de richting van de koper beweegt, en een geld- of kapitaalstroom in tegengestelde richting.

De genoemde zekerheden, het pandrecht en het retentierecht, rusten steeds op de roerende zaken en documenten uit de goederenstroom en de documentenstroom. De roerende zaken en documenten vormen zo het object van het zekerheidsrecht. Om dit te verduidelijken werk ik de goederen- en documentenstroom nog iets meer uit.

De goederenstroom, het transport, beweegt zich van de verkoper naar de koper. Na het sluiten van de koopovereenkomst dienen de zaken immers naar de koper vervoerd te worden. In de koopovereenkomst zal daarom een bepaling opgenomen zijn wie het transport dient te regelen. De koper of verkoper voert dit transport vervolgens niet zelf uit, maar schakelt hiervoor derden in. Deze derden duid ik hierna steeds aan als logistieke dienstverleners. Hieronder vallen onder meer fysieke distributeurs, expediteurs, vervoerders, stuwadoors, opslagbedrijven en cargadoors. Deze logistieke dienstverleners verrichten steeds een bepaalde handeling aan de zaken, zoals vervoer per schip of opslag in een pakhuis. Tot zekerheid bedingen zij een pand- en retentierecht in de algemene voorwaarden. Het bedongen retentierecht wordt hierna aangeduid als een contractueel retentierecht. Daarnaast kan een retentierecht van rechtswege tot stand komen in de gevallen waarin is voldaan aan de wettelijke vereisten. Dit wordt hierna een wettelijk retentierecht genoemd.⁶ Parallel aan de goederenstroom beweegt ook de documentenstroom zich in de richting van de koper. Veelal is daarbij een veelvoud aan documenten betrokken, zoals een factuur, een vervoerdocument en een verzekeringspolis. Partijen kunnen in de koopovereenkomst met elkaar afspreken dat de betaling van de koopprijs zal geschieden tegen overgave van de documenten. *Cash against documents*. Ter uitvoering van dit beding kan de verkoper de documenten opsturen naar de koper, waarna de betaling van de koopprijs dient te volgen op de bankrekening van de verkoper. Meestal zal hij echter liever gebruikmaken van de tussenkomst van een bank. Afhankelijk van de inhoud van de koopovereenkomst heeft de verkoper of de koper de verplichting op zich gekregen om een bank in te schakelen. In dit boek behandel ik alleen de situatie waarin de koper een bank inschakelt om de betaling te regelen door middel van een documentair krediet. Bij dit betalingsinstrument neemt de

-
4. Andere goederenrechtelijke zekerheden, zoals eigendomsvoorbehoud en hypotheek, en persoonlijke zekerheden, zoals borgtocht en garantie, worden niet behandeld, hetzelfde geldt voor de voorrechten.
 5. De verplichtingen van de verkoper komen naar voren in art. 7:9 BW en 30 CISG. De verplichtingen van de koper staan vermeld in art. 7:26 BW en 53 CISG.
 6. Niet alle wettelijke retentierechten worden behandeld, de focus ligt op de volgende wettelijke retentierechten: art. 3:290 BW (algemene regeling), 8:30 BW (vervoer algemeen), 8:69 BW (expeditie), 8:489 BW (zeevervoer), 8:954 BW (binnenvaart) en 8:1131 BW (wegvervoer).

bank de verplichting op zich om uit te betalen aan de verkoper wanneer deze de vereiste documenten presenteert. De bank treedt dus op als financier van de zaken.⁷ Als zekerheid voor zijn prestatie bedingt de bank een pandrecht op het cognossement. Het cognossement is een vervoerdocument waarmee de aflevering van de lading van de vervoerder gevorderd kan worden en daarnaast de bijzondere eigenschap heeft dat de levering ervan geldt als een levering van de zaken.⁸ Een pandrecht op het cognossement geldt daarom als een verpanding van de zaken. De bank bedingt geen retentierecht in haar algemene voorwaarden, wel kan een wettelijk retentierecht op het cognossement uitgeoefend worden voor zover aan de wettelijke vereisten is voldaan.⁹

1.2 Pand- en retentierecht in een vlot en complex handelsverkeer

Het zekerheidsrecht biedt de schuldeiser zekerheid voor de voldoening van de vorderingen die hij op zijn schuldenaar heeft.¹⁰ De handeling aan de zaken door de logistieke dienstverlener of de financiering door de bank vindt in de meeste gevallen plaats ter uitvoering van een bijzondere overeenkomst, zoals opdracht, lastgeving, bewaarneming, expeditie of vervoer.¹¹ Kenmerkend bij deze overeenkomsten is het element van ongelijktijdig oversteken.¹² De handeling aan of financiering van de zaken wordt eerst verricht waarna de betaling volgt of omgekeerd. In die gevallen waarin de feitelijke handeling eerst plaatsvindt, loopt de dienstverlener of bank steeds het risico dat hij niet krijgt betaald. Het pandrecht en het retentierecht bieden in deze situatie zekerheid doordat de zekerheidshouder de zaken niet behoeft af te geven aan de schuldenaar, verder doordat het ook aan derden kan worden tegengeworpen en tenslotte de bevoegdheid biedt om zich tot voldoening van de schuldvordering met voorrang op de zaken te verhalen. Het retentierecht is in de eerste plaats een verweermiddel. De schuldeiser kan zich verweren tegen de vordering tot afgifte van de zaken; hij mag de zaken terughouden totdat de schuldenaar zijn vordering heeft betaald. Deze bevoegdheid van de schuldeiser vloeit voort uit de rechtsgrond van het retentierecht, de redelijkheid en billijkheid. De schuldenaar handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid door wel afgifte van de zaak te vorderen zonder eerst zelf te presteren.¹³ Door het

7. Dat is anders bij het documentair incasso, waar de bank geen betalingsverplichting heeft. Het documentair incasso blijft daarom verder onbesproken. De bank bedingt bij dit betalingsinstrument overigens niet steeds een zekerheidsrecht, zoals blijkt uit *East West Corporation v. DKBS 1912* [2002] 2 Lloyd's Rep. 182 (QBD) en *East West Corporation v. DKBS 1912* [2003] 1 Lloyd's Rep. 239 (CA). De bank kan uiteraard wel een pandrecht bedingen, bijvoorbeeld op hetgeen de koper heeft uitbetaald aan de bank. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, nr. 3/48-3/54.

8. Zie hierna hoofdstuk 6. Recht op aflevering van de zaken door de vervoerder: art. 8:51 BW (gecombineerd vervoer), 8:441 BW (zeevervoer) en 8:940 BW (binnenvaart). Levering van het zakenrechtelijk waardepapier geldt als levering van de zaken: art. 8:50 BW (gecombineerd vervoer), 8:417 BW (zeevervoer), 8:924 BW (binnenvaart) en 7:607 BW (ceel bewaarnemer).

9. Boon 1997, p. 323 e.v.

10. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 2.

11. Een uitzondering is de hulpverlening die ook buiten overeenkomst kan plaatsvinden. De hulpverlener kan zich beroepen op een retentierecht (8:571 BW). Vgl. voor het Duitse recht: § 751 HGB (Berger).

12. Over het ongelijktijdig oversteken: Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 722. Fesevur 1988, p. 25-26. Asser/Scholten 1945, p. 556. Helmle 1935, p. 13.

13. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 722. Over de rechtsgrond van het retentierecht: Heyning-Plate 1969, p. 148. Fesevur 1988, p. 3, 28. Aarts 1990, p. 48 e.v. Kruissen 2008, p. 23-24. HR 8 maart 2002, NJ 2002, 199 (*Hendrixx/Peters*) voor het opschortingsrecht (r.o. 3.5).

terughouden van de zaken kan de schuldeiser pressie uitoefenen op de schuldenaar om over te gaan tot betaling. Het retentierecht is zo in de tweede plaats tevens een pressiemiddel.¹⁴ De eigenschappen van verweermiddel en pressiemiddel heeft het contractuele retentierecht met het wettelijke retentierecht gemeen. De hierna te noemen eigenschappen komen echter uitsluitend toe aan het wettelijke retentierecht. Het retentierecht kan niet alleen aan de wederpartij, maar ook aan een derde worden tegengeworpen (3:291 BW). Verder kan de retentor zijn vordering met voorrang op de zaak verhalen (3:292 BW). Deze voorrang blijft ook behouden in het faillissement (60 Fw). Het wettelijke retentierecht wordt daarmee algemeen omschreven als een persoonlijk recht met goederenrechtelijke kenmerken.¹⁵

Het recht van pand is een beperkt goederenrechtelijk recht, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen (3:227 BW). De pandhouder behoeft de zaken niet af te geven totdat de schuldvorderingen zijn voldaan. Het kan verder aan derden worden tegengeworpen.¹⁶

Het pandrecht en het retentierecht oefenen invloed uit op het handelsverkeer en omgekeerd. Twee kenmerken van het handelsverkeer moeten hier worden genoemd.¹⁷

In de eerste plaats wordt de handel gekenmerkt door een *vlot handelsverkeer*. De roerende zaken met de bijbehorende documenten gaan snel van hand tot hand. Spoed is een belangrijk kenmerk van het handelsverkeer. Vlot handelsverkeer wordt in dit boek omschreven als het verkeer van goederen¹⁸ waarbij een belanghebbende op het goed¹⁹ de afgifte van het goed aan een wederpartij of derde niet belemmert of verhindert met een beroep op een daartoe strekkende juridische bevoegdheid. In het kader van dit boek wordt onder een beroep op een daartoe strekkende juridische bevoegdheid uitsluitend verstaan een beroep op een pandrecht of retentierecht. Een geslaagd beroep op deze zekerheidsrechten heeft immers tot gevolg dat afgifte van de zaak mag worden geweigerd totdat de vordering waarvoor het zekerheidsrecht wordt uitgeoefend, is voldaan. Het vlot handelsverkeer wordt niet belemmerd indien de houder van het goed geen pand- of retentierecht toekomt, dan wel wanneer hij weliswaar de bevoegdheid heeft om zich op een pand- of retentierecht te beroepen, maar daarvan geen gebruik maakt.

In de tweede plaats is er het verschijnsel van complexe meerpartijenverhoudingen. In het handelsverkeer gaat het niet slechts om twee partijen, maar zijn in veel ge-

14. Het retentierecht is dus verweermiddel en pressiemiddel. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 724. Fesevur 1988, p. 2, 139. Fesevur 1992a, p. 59. Aarts 1990, p. 67-68. Dirix & De Corte 2006, nr. 542. Huyghe 2011, p. 65-66. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.58.

15. PG Boek 6 BW, p. 200. Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 726. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497.

16. Het pandrecht heeft als goederenrechtelijk recht een absoluut karakter en kan daarom aan iedere derde worden tegengeworpen (*erga omnes*).

17. Ze worden ook genoemd bij Haak & Zwitser 2010, p. 7-8. In Bindend Advies 8 november 1959, S&S 1959, 11 (*Batavier I*) geeft Schadee aan dat spoed een essentieel kenmerk is van de vervoerovereenkomst.

18. Onder goederen worden in dit boek verstaan: roerende zaken, documenten, waardepapieren en chartaal geld.

19. De omschrijving is bewust ruim gehouden. Onder belanghebbenden op het goed vallen niet alleen de houders van het goed (die gewoonlijk een feitelijke handeling aan het goed verrichten, zoals opslag of vervoer), maar ook degenen die niet de macht over het goed uitoefenen, zoals een stil pandhouder of een beslaglegger.

vallen ook derden betrokken. Dit kenmerk duid ik hierna aan als *complex handelsverkeer*.²⁰ Een vlot en complex handelsverkeer enerzijds en de zekerheidsrechten anderzijds beïnvloeden elkaar op ten minste drie punten.

In de eerste plaats ten aanzien van de totstandkoming van het zekerheidsrecht. In de praktijk komt het zekerheidsrecht niet altijd tot stand. Een voorbeeld: een stuwadoor contracteert met een vervoerder. In dat geval komt het door de stuwadoor bedongen pandrecht niet tot stand, omdat de vervoerder niet beschikkingsbevoegd is de zaken te verpanden.²¹ In een complex handelsverkeer, waarin zelden met een eigenaar wordt gecontracteerd, kan het pandrecht dus slechts een beperkte rol spelen.

In de tweede plaats is er sprake van invloed op het punt van het einde van het zekerheidsrecht. In een vlot handelsverkeer dienen de zaken en het cognossement snel te worden doorgegeven aan een volgende schakel. Daarmee gaat de macht over de goederen verloren en eindigt het zekerheidsrecht.²² Gedurende de tijd echter dat de schuldeiser de zaak of het cognossement onder zich houdt en een zekerheidsrecht uitoefent, stopt het handelsverkeer. Iedere uitoefening van het zekerheidsrecht vormt een inbreuk op het vlot handelsverkeer.

In de derde plaats speelt de vraag voor welke vorderingen het zekerheidsrecht kan worden tegengeworpen aan schuldenaar of derde. Omdat de zaken snel dienen te worden doorgegeven aan een volgende schakel, zal niet in alle gevallen door de schuldenaar betaald zijn op het moment dat de zaken worden doorgegeven.

Wanneer de schuldeiser dan op een gegeven moment opnieuw zaken of documenten onder zich krijgt, zal hij wellicht niet alleen voor vorderingen die betrekking hebben op die zaken of documenten een zekerheidsrecht uit willen oefenen, maar ook voor de vorderingen op goederen die hij in het verleden onder zich heeft gehad. Deze vorderingen zal ik in het vervolg onderscheiden door te spreken van huidige en oude vorderingen.²³ Huidige vorderingen zijn vorderingen op zaken die de logistieke dienstverlener onder zich heeft. Oude vorderingen zijn vorderingen op zaken die de logistieke dienstverlener in het verleden onder zich heeft gehad. De

-
20. Niet alleen het handelsverkeer, ook de maatschappij in het algemeen kenmerkt zich door een steeds hogere complexiteit van rechtsverhoudingen. Vgl. Van Schilfgaarde 1991, p. 246.
21. Vgl. Rb. Rotterdam 7 mei 1993, *S&S* 1994, 42 (*Odin 1*) en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, *S&S* 1994, 97 (*Odin 2*).
22. De wet vermeldt dat wanneer de pandhouder de zaken afgeeft aan de pandgever (3:258 BW) of de retentor de zaken afgeeft aan de schuldenaar of rechthebbende (3:294 BW) het pand- of retentierecht eindigt. Vgl. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 143, 518. Wanneer de pandhouder of retentor de zaken vrijwillig overgeeft aan een derde, dan moet hierin in beginsel afstand van pand- of retentierecht worden gezien. Zie verder hoofdstuk 3.
23. Het onderscheid tussen huidige en oude vorderingen speelt vooral bij het retentierecht. PG Boek 8 BW, p. 80 (art. 8:30 BW) duidt oude vorderingen aan als 'vorderingen uit het verleden'. Haak 1997b, p. 84-85 en Claringbould 2010a, p. 23 maken daarom onderscheid tussen vorderingen uit het heden en vorderingen uit het verleden. Naar Duits recht wordt dit onderscheid gemaakt door het begrippenpaar samenhangende (*konnexe*) vorderingen en niet-samenhangende (*inkonnexe*) vorderingen. Het Engelse recht maakt eenzelfde soort onderscheid met de *particular lien* en de *general lien*. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.59. Het gemaakte onderscheid valt samen met het onderscheid tussen materiële en juridische connexiteit. Materiële connexiteit vereist een samenhang tussen vordering en zaak (*debitum cum re iunctum*). Juridische connexiteit vereist dat beide vorderingen uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien. Ook oude vorderingen kunnen voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding. Over het onderscheid tussen materiële en juridische connexiteit: Suijling 1934, p. 435. Heyning-Plate 1969, p. 176 e.v. Van Buggenhout & Cornelis 1978, p. 1411 e.v. Aarts 1990, p. 80 e.v. Cauffman 2005, p. 686-687. Simler & Delebecque 2009, nr. 592-595. Zie verder hoofdstuk 2.

vraag is of hij voor oude vorderingen een zekerheidsrecht kan inroepen jegens de schuldenaar of een derde.

In de volgende twee paragrafen wordt de inwerking van een vlot en complex handelsverkeer op de zekerheidsrechten verder uitgewerkt. Paragraaf 1.3 heeft betrekking op zekerheid in de goederenstroom en paragraaf 1.4 op zekerheid in de documentenstroom. In paragraaf 1.5 is de onderzoeksvraag weergegeven met een plan van behandeling.

1.3 Zekerheid in de goederenstroom

1.3.1 Retentierecht

Logistieke dienstverleners kunnen een beroep doen op het wettelijke retentierecht. Met het wettelijke retentierecht wordt bedoeld op die wettelijke bepalingen die de schuldeiser de bevoegdheid geven een retentierecht in te roepen (3:290 BW). Het retentierecht is geregeld in de artikelen 3:290-295 BW en vormt een species van de algemene regeling van de opschortingsrechten. Daardoor zijn ook de artikelen 6:52-57 BW toepasselijk voor zover het retentierecht niet afwijkt in een bijzondere regeling (6:57 BW). Naast de algemene regeling van het retentierecht in Boek 3 BW, zijn bijzondere bepalingen te vinden in Boek 8 BW die onder meer het retentierecht van de expediteur en de vervoerder regelen.²⁴

Dienstverleners bedingen verder in hun algemene voorwaarden standaard een pand- en retentierecht.²⁵ Een voorbeeld bieden de algemene voorwaarden van de expediteur.

Artikel 19 lid 1 (gedeelte) Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004)
De expediteur heeft jegens een ieder, die daarvan afgifte verlangt, een pandrecht en een retentierecht op alle zaken, documenten en gelden die de expediteur uit welke hoofde en met welke bestemming ook onder zich heeft of zal krijgen, voor alle vorderingen die hij ten laste van de opdrachtgever en of eigenaar heeft of mocht krijgen.

De logistieke dienstverlener kan dus een contractueel retentierecht en een wettelijk retentierecht inroepen. Het retentierecht komt tot stand op het moment dat de schuldeiser de macht over de zaken uitoefent, er een vordering op de schuldenaar bestaat en er sprake is van een verband tussen vordering en zaak.²⁶ Het zal in het

24. In boek 8 BW zijn de volgende retentierechten op roerende zaken te vinden. Art. 8:30 BW (vervoer algemeen), 8:69 BW (expeditie), 8:489 BW (zeevervoer), 8:571 BW (hulpverlening), 8:954 BW (binnenvaart), 8:1131 BW (wegvervoer). Voor het luchtvervoer (8:1378 BW) en het spoorvervoer is geen retentierecht opgenomen. Zij vallen daarmee terug op art. 8:30 BW. Het retentierecht van de verhuizer wordt door de wet uitgesloten (8:1196 BW).

25. Naar Nederlands en Duits recht bedingen de logistieke dienstverleners een pand- en retentierecht. In de AVC 1983 bedong de wegvervoerder nog alleen een retentierecht, met de AVC 2002 een pand- en retentierecht. Naar Engels recht bedingt de logistieke dienstverlener alleen een *lien* en geen *pledge*.

26. Dirix & De Corte 2006, nr. 542. De uitoefening van de macht moet rechtmatig zijn. HR 20 september 2002, NJ 2004, 171 m.nt. HJS; S&S 2003, 25 (*Van der Wal/Duinstra*). Hierover: hoofdstuk 3. Art. 6:52 BW stelt de eis dat er sprake moet zijn van een *opeisbare* vordering, de vervoerrechtelijke retentierechten stellen deze eis niet. Hierover: hoofdstuk 2.

vervolg duidelijk worden dat de voor het retentierecht vereiste samenhang tussen vordering en zaak soms tot problemen leidt.

In een vlot handelsverkeer zal de logistieke dienstverlener niet alleen zijn retentierecht willen invoeren voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken (*debitum cum re iunctum*), maar ook voor oude vorderingen. Hij heeft immers in veel gevallen de zaken al doorgegeven aan een volgende schakel en wil daarom een retentierecht uitoefenen op een nieuwe partij goederen voor vorderingen die betrekking hebben op een al doorgegeven partij. Dit belang wordt geïllustreerd door het Belgische Hof van Beroep:²⁷

‘Goederenbehandeling in een haven en in het kader van regelmatige handelsbetrekkingen – zoals in casu – is een continue bedoening. Goederen worden in de regel vlug verhandeld, verscheept, gelost etc. zonder dat de kosten voor behandeling met betrekking tot deze of gene specifieke goederen reeds geregeld werden. De behandelaar geeft goederen uit handen dit terwijl inmiddels nieuwe goederen van dezelfde debiteur behandeld en opgeslagen worden.

Aldus zullen de voor behandeling in ontvangst genomen goederen op die manier de schuldeiser tot zekerheid dienen niet alleen voor de schuldvordering voortvloeiend uit de bewerking/behandeling met betrekking tot deze specifieke goederen, maar ook voor vroeger uitgevoerde behandelingen met betrekking tot goederen die reeds werden teruggegeven.’

In beginsel lijkt een retentierecht voor huidige én oude vorderingen dus gerechtvaardigd. Het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW geeft deze bevoegdheid.²⁸ Onder meer de fysieke distributeur, de bewaarnemer, de cargadoor en de stuwadoor kunnen zich op dit artikel beroepen. Voor de expediteur en de vervoerder zijn in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek echter bijzondere vervoerrechtelijke retentierechten opgenomen. Deze kennen voor de vervoerder en expediteur een afwijkende regeling. In het bijzonder valt op dat hier het retentierecht is beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op het vervoer van de zaken die de vervoerder onder zich heeft, dan wel voor hetgeen de expediteur ter zake van de expeditieovereenkomst door zijn opdrachtgever verschuldigd is. De vervoerrechtelijke retentierechten kennen dus een beperking tot huidige vorderingen. Daarmee is het wettelijke retentierecht van de vervoerder en expediteur sterk ingeperkt. In de verhouding tot de afzender dan wel de opdrachtgever lijkt de vervoerder of expediteur op deze manier te weinig zekerheid te krijgen.

De expediteur of vervoerder kan dit proberen op te lossen door het bedingen van een contractueel retentierecht dat zich uitstrekt tot oude vorderingen. De wetgever laat deze mogelijkheid toe.²⁹ Deze oplossing via het contractuele retentierecht is echter niet in alle opzichten gelijkwaardig aan het wettelijke retentierecht. De schuldeiser met een contractueel retentierecht komt anders dan de schuldeiser met een wettelijk retentierecht geen beroep toe op de voorrangregeling uit de ar-

27. Hof van Beroep te Antwerpen 15 maart 2004, R.W. 2004-2005, p. 1354-1355; E.T.L. 2005, p. 368-373; NjW 2005-114, p. 703-705 (Riga Natie/Jean d’Huart). Voor het oordeel in cassatie, zie: Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-2008, p. 1541-1547, m.nt. M.E. Storme (Arcelor Profil/Riga Natie).

28. Zie over dit artikel, hoofdstuk 2.

29. PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW). Zo ook PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW).

tikelen 3:292 BW en 60 Fw. Dat betekent dat hij geen voorrang heeft boven andere schuldeisers en een positie van concurrent schuldeiser inneemt in faillissement. *De facto* betekent dat er meestal niets overblijft voor de schuldeiser met een contractueel retentierecht. Het retentierecht van de vervoerder of expediteur is zo ingrijpend zwakker dan het retentierecht van bijvoorbeeld de bewaarnemer of stuwadoor die wel een beroep op artikel 6:52 BW kunnen doen en daarmee ook op de voorrang van de artikelen 3:292 BW en 60 Fw.

De reden voor de inperking van het vervoerrechtelijk retentierecht berust op de bescherming van de ladingontvanger. De ladingontvanger moet geen retentierecht tegengeworpen krijgen voor vorderingen uit eerdere overeenkomsten met de afzender.³⁰ De vervoerder kan echter toch proberen hiervoor een contractueel retentierecht uit te oefenen, door in zijn algemene voorwaarden een retentierecht te bedingen voor oude vorderingen. De heersende leer stelt dat de ladingontvanger toetreedt tot de vervoerovereenkomst op het moment dat hij aflevering verzoekt of het cognossement presenteert ter fine van aflevering.³¹ De ladingontvanger raakt dan gebonden aan de inhoud van de vervoerovereenkomst en daarmee, voor zover dat is bedongen, ook aan het retentierecht zoals neergelegd in de vervoerovereenkomst. Strekt het contractuele retentierecht zich uit tot oude vorderingen, dan kan men zich afvragen of de retentor niet teveel zekerheid verkrijgt. De wetgever achtte in ieder geval een retentierecht voor oude vorderingen jegens de ladingontvanger onrechtvaardig.

Het retentierecht kan ook aan derden worden tegengeworpen (3:291 BW). Opnieuw speelt hier de vraag voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen. Voor het inroepen van een retentierecht tegen derden moet een onderscheid worden gemaakt tussen oudere en jongere derden. De oudere derde is degene die de schuldenaar bevoegdheid verleent om de overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan (3:291 lid 2 BW). De retentor kan aan de oudere derde alleen een retentierecht tegenwerpen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken (*debitum cum re iunctum*).³² In de meeste gevallen lijkt dit billijk, maar in sommige gevallen is de oudere derde zo nauw bij het handelen van de schuldeiser betrokken dat een retentierecht voor oude vorderingen in de rede ligt. De tussenpersoon is bijvoorbeeld een stroman, die alleen wordt gebruikt om het retentierecht voor oude vorderingen te ontlopen. Hier lijkt de logistieke dienstverlener onder omstandigheden te weinig zekerheid toe te komen.

Een retentierecht kan verder worden tegengeworpen aan een jongere derde (3:291 lid 1 BW), in de meeste gevallen een koper. De uitoefening van de macht over de zaken brengt met zich mee dat jongere derden het retentierecht in beginsel kunnen kennen. De vlotte verhandelbaarheid van de zaken kan echter onder druk komen te staan wanneer de koper van de zaken voor oude vorderingen, die de retentor

30. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW): 'Het komt de ondergetekende ten ene male onrechtvaardig voor, dat een ontvanger die aan al zijn verplichtingen heeft voldaan, de hem toegezonden goederen niet kan ontvangen, omdat uit overeenkomsten, waaraan hij volkomen vreemd is, nog verplichtingen voortvloeien van zijn afzender, die jegens hem aan zijn verplichtingen voldeed.'

31. De dogmatische constructie waarop de toetreding wordt verklaard is meestal het derdenbeding (art. 6:254 BW). PG Boek 8 BW, p. 474 (art. 8:441 BW). HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*). HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga 15*). Hierover nader: hoofdstuk 2.

32. PG Boek 3 BW, p. 884 (art. 3:291 BW). HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61 (*VGC/GE SeaCo*).

op de verkoper heeft, een retentierecht krijgt tegengeworpen. Deze gedachte werd hierboven door de wetgever gebruikt ter bescherming van de ladingontvanger. De vraag is daarom of deze bescherming van de ladingontvanger niet moet worden uitgebreid tot alle jongere derden. Het lijkt er immers op alsof de logistieke dienstverlener hier teveel zekerheid verkrijgt.

De vraag voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen, is daarmee een belangrijk probleem dat in dit boek zal worden beantwoord. Een andere vraag die van belang is, is op welk moment het retentierecht eindigt. Met het ogenblik dat de logistieke dienstverlener de zaken doorgeeft aan een volgende schakel raakt hij de macht over de zaken kwijt en eindigt zijn retentierecht.³³ De logistieke dienstverlener kan een poging doen om zijn retentierecht te behouden. Hij moet dan wel de macht over de zaken kunnen uitoefenen, nadat de zaken aan de volgende schakel zijn doorgegeven. De volgende schakel moet dus de zaken voor de eerdere schakel gaan houden. Er is dan sprake van middellijk houderschap en dat is voldoende om een retentierecht uit te oefenen.³⁴ Daarmee kunnen gestapelde zekerheden ontstaan. Zowel de onmiddellijke houder als de middellijke houder kan immers een retentierecht op de zaken uitoefenen. De koper kan zo worden geconfronteerd met een veelheid van retentierechten op de zaken. Het gevaar bestaat dat de zaken zo zwaar belast worden door de stapeling van retentierechten dat de koper de zaken niet meer wil afnemen. Het al te lichtvaardig toestaan van gestapelde zekerheden lijkt daarmee teveel zekerheid aan de dienstverlener te bieden.

1.3.2 Pandrecht

Naast het retentierecht bedingt de logistieke dienstverlener een pandrecht in de algemene voorwaarden. Om een pandrecht tot stand te doen komen, dient aan drie eisen te zijn voldaan. Er moet sprake zijn van een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de pandgever en een vestigingshandeling (art. 3:98 jo. 3:84 BW). Het bedingen van een pandrecht in de algemene voorwaarden vormt een geldige titel tot verpanding. Voor de vestigingshandeling stelt artikel 3:236 BW voorop dat de vestiging van een (vuist)pandrecht geschiedt door de zaken in de macht van de pandhouder te brengen. Deze vereisten leiden niet tot grote problemen in de goederenstroom. Dat is anders met de eis van beschikkingsbevoegdheid van de pandgever. In veel gevallen contracteert de logistieke dienstverlener namelijk niet met een eigenaar, maar met een koper onder eigendomsvoorbehoud of een andere logistieke dienstverlener. Een stuwadoor contracteert met een vervoerder, een vervoerder met een expediteur, enzovoort. Omdat logistieke dienstverleners in beginsel niet beschikkingsbevoegd zijn tot het verpanden van de zaak, komt het pandrecht niet tot stand. In veel gevallen blijft dan ook alleen het retentierecht voor de dienstverlener over.

33. Art. 3:294 BW stelt voorop dat het retentierecht eindigt wanneer het in de macht van de schuldenaar of rechthebbende komt. Geeft de retentor de zaken vrijwillig af aan een andere derde, dan moet hierin in beginsel afstand van retentierecht worden gezien.

34. Voor de totstandkoming van het retentierecht is middellijke macht over de zaken voldoende. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 723. Een geval van middellijk houderschap van de vervoerder komt naar voren in art. 8:490 lid 2 BW (zeevervoer), 8:955 lid 2 BW (binnenvaart), 8:1132 lid 2 BW (wegvervoer), 8:1197 lid 2 BW (verhuizer) en 8:1379 lid 2 BW (luchtvervoer).

Uit de praktijk blijkt dat dienstverleners pogingen doen om dit probleem van de beschikkingsbevoegdheid te overkomen. Dat gebeurt op verschillende manieren. Enerzijds wordt in de algemene voorwaarden de vrije hand bedongen om met derden te contracteren, waarbij uitdrukkelijk wordt gesteld dat de opdrachtgever de voorwaarden (van de derde) tegen zich moet laten gelden.³⁵ Anderzijds wordt soms in de algemene voorwaarden gesteld dat de dienstverlener ervan uitgaat dat zijn wederpartij beschikkingsbevoegd is.³⁶ In dit boek wordt onderzocht in hoeverre deze pogingen kunnen slagen.³⁷ Een geslaagde poging heeft tot gevolg dat het pandrecht voor alle vorderingen aan de wederpartij en de derde kan worden tegen-
geworpen. Het lijkt erop dat de dienstverlener dan teveel zekerheid verkrijgt. Een pandrecht komt wel tot stand in die gevallen waar de logistieke dienstverlener contracteert met een eigenaar. De eigenaar is immers beschikkingsbevoegd om de zaak te verpanden. De dienstverlener bedingt in zijn algemene voorwaarden meestal een pandrecht voor alle vorderingen die hij heeft op zijn wederpartij. Dit pandrecht kan hij ook aan een jongere derde, bijvoorbeeld een koper, tegenwerpen. We kunnen ons afvragen of de ratio van de wetgever om de vervoerrechtelijke retentierechten te beperken tot huidige vorderingen ter bescherming van de lading-ontvanger, zich ook moet uitstrekken tot het geval waarin een pandrecht wordt tegengeworpen aan een jongere derde. Dit lijkt inderdaad het geval te zijn wanneer een derde-houder van het cognossement de zaken van de vervoerder opeist. De Hoge Raad heeft immers in het arrest *Bosman/Condorcamp* de uitoefening van het pandrecht van een expediteur tegen een derde-cognossementhouder niet toege-
staan.³⁸ Het belang van de cognossementhouder ging boven het belang van de pandhouder. In dit boek zal worden onderzocht of deze ratio ook dient te worden doorgetrokken tot gevallen waarin andere jongere derden de zaken opeisen.³⁹ Op het ogenblik dat de dienstverlener de zaken doorgeeft aan een volgende schakel, eindigt zijn pandrecht.⁴⁰ De logistieke dienstverlener kan pogingen doen om zijn pandrecht te behouden. In de eerste plaats kan de dienstverlener, naast het vuistpandrecht op de zaken, bij voorbaat een stil pandrecht bedingen voor het ogenblik dat hij de zaken doorgeeft aan een volgende schakel en daarmee de macht over de zaken verliest.⁴¹ Een stil pandrecht blijft ook bestaan als de zaken uit de macht

35. Bijvoorbeeld in de Algemene voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Terminal Operators (VRTO 2009). Art. 2.3 VRTO 2009 luidt: 'De Opdrachtgever laat aan de Terminal Operator de vrije hand om in het kader van de Werkzaamheden dan wel andere activiteiten derden in te schakelen en de (algemene) voorwaarden van die derden te aanvaarden. De Opdrachtgever stemt ermee in die voorwaarden tegen zich te laten gelden.'
36. Bijvoorbeeld in art. 28 lid 3 Nederlandse Opslagvoorwaarden (Fenex 1995): 'Het opslagbedrijf zal een ieder die ten behoeve van de opdrachtgever zaken aan het opslagbedrijf toevertrouwt voor het verrichten van werkzaamheden beschouwen als door de opdrachtgever gevolmachtigd tot het vestigen van een retentie- en pandrecht op deze zaken.'
37. Hierover: hoofdstuk 5.
38. HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*).
39. Zie hoofdstuk 4 voor het retentierecht en hoofdstuk 5 voor het pandrecht.
40. Art. 3:258 BW bepaalt dat het pandrecht eindigt op het moment dat de zaak in de macht van de pandgever terechtkomt. Wanneer de pandhouder de zaken vrijwillig doorgeeft aan een derde, dan kan hierin een afstand van pandrecht worden gezien.
41. Veerbeek 2007, p. 66-67. Een stil pandrecht wordt gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Een onderhandse akte kan naar mijn mening de algemene voorwaarden van de logistieke dienstverlener zijn in combinatie met een handtekening onder de overeenkomst waarin verwezen wordt naar de algemene voorwaarden. Registratie kan door de pandhouder worden verricht, zonder dat medewerking van de pandgever noodzakelijk is. Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 533.

van de pandhouder zijn geraakt. In de tweede plaats kan met de volgende schakel worden overeengekomen dat deze gaat houden voor de eerdere schakel. Wanneer een dergelijke poging slaagt, betekent dit dat het (vuist)pandrecht op de zaken behouden blijft. Een vuistpandrecht blijft immers behouden bij middellijke macht over de zaken. De hier genoemde mogelijkheden leiden steeds tot de situatie dat de onmiddellijke houder een retentierecht op de zaken kan uitoefenen, terwijl de eerdere schakel zijn pandrecht op de zaken behoudt. Er is dus sprake van een stapeling van zekerheden. Een dergelijke stapeling lijkt de positie van de jongere derde-koper te zeer te benadelen. Deze wordt immers geconfronteerd met zekerheden van meerdere dienstverleners voor vorderingen waaraan hij volkomen vreemd is.

1.4 Zekerheid in de documentenstroom

1.4.1 Retentierecht

Een zekerheidsrecht kan niet alleen op roerende zaken rusten, maar ook op het cognossement. Het cognossement is een vervoerdocument dat door de vervoerder op verlangen van zijn contractuele wederpartij, de afzender, wordt afgegeven.⁴²

Door middel van het cognossement kan de cognossementhouder aflevering van de zaken vorderen van de vervoerder (8:441 BW). Het cognossement is daarnaast een zakenrechtelijk waardepapier: levering van het cognossement geldt als levering van de zaken (8:417 BW). Naar analogie kan worden gesteld dat het verpanden van het cognossement heeft te gelden als het verpanden van de zaken, en het terughouden van het cognossement als het terughouden van de zaken.⁴³

Het cognossement wordt in veel gevallen door de vervoerder afgegeven aan een expediteur. Die bedingt in zijn algemene voorwaarden een pand- en retentierecht. Daarnaast krijgen banken uit hoofde van een documentair krediet het cognossement onder zich. Banken bedingen alleen een pandrecht in de Algemene Bankvoorwaarden.

Artikel 24 (gedeelte) Algemene Bankvoorwaarden 2009: Pandrecht

1. Door het van toepassing worden van deze algemene bankvoorwaarden heeft de cliënt:

- a) zich verbonden de volgende goederen met inbegrip van de daarbij behorende nevenrechten aan de bank te verpanden tot zekerheid van al hetgeen de bank op enig moment, uit welken hoofde ook, van hem te vorderen heeft of verkrijgt; (...)
- ii. alle zaken, waardepapieren, effecten en andere financiële instrumenten die de bank of een derde voor haar, uit welken hoofde ook, van of voor de cliënt onder zich heeft of verkrijgt; (...)

Een retentierecht wordt niet bedongen. Wel kan uiteraard een retentierecht van rechtswege tot stand komen (3:290 BW).

42. Art. 8:44 BW (gecombineerd vervoer), 8:399 BW (zeevervoer) en 8:916 BW (binnenvaart).

43. Zie hoofdstuk 3 voor het retentierecht op cognossement en hoofdstuk 6 voor het pandrecht op cognossement.

Een retentierecht op documenten, en daarmee op een cognossement, is mogelijk,⁴⁴ maar speelt slechts een marginale rol in het handelsverkeer. De reden is dat het retentierecht slechts van belang is in die gevallen waarin geen pandrecht tot stand komt. Omdat de bank in de meeste gevallen met een eigenaar contracteert, en een eigenaar beschikkingsbevoegd is, komt het pandrecht tot stand. Het feit dat de bank daarnaast een retentierecht op het cognossement kan uitoefenen, biedt voor de bank geen meerwaarde.⁴⁵

In die gevallen waarin niet met een eigenaar is gecontracteerd of er een fout in de vestiging van het pandrecht is opgetreden kan het retentierecht een rol spelen. Deze rol is echter beperkt. In gevallen waarin een pandrecht niet tot stand komt, zal de achterliggende reden meestal zijn dat de rechten uit het cognossement niet berusten bij de pandhouder. In dat geval kan echter de uitoefening van een retentierecht niet met zich meebrengen dat de rechten uit het cognossement worden teruggehouden.⁴⁶ Het retentierecht heeft slechts tot gevolg dat het papier, zonder de rechten uit het papier, wordt teruggehouden.

1.4.2 Pandrecht

In het handelsverkeer speelt het pandrecht op een cognossement een grotere rol dan het retentierecht op een cognossement. Zowel de expediteur als de bank bedingt een pandrecht in de algemene voorwaarden. In de praktijk levert de totstandkoming van het pandrecht op een cognossement problemen op. In de eerste plaats kan de eis van beschikkingsbevoegdheid met zich meebrengen dat het pandrecht niet tot stand komt. Een voorbeeld is de bank bij documentair krediet. Bij een documentair krediet wordt de bank ingeschakeld door de koper. De vraag is wat er gebeurt op het moment dat de koper failliet gaat. De koper is daarna beschikkingsonbevoegd om het cognossement te verpanden (23 Fw).⁴⁷ In het kredietadvies aan de verkoper heeft de bank echter aangegeven over te gaan tot betaling op het moment dat de verkoper de juiste documenten presenteert. Deze verbintenis van de bank is abstract ten opzichte van de overeenkomst van lastgeving tussen koper en bank. Dat betekent dat ook op het moment dat de lastgeving eindigt als gevolg van het faillissement van de lastgever (7:422 BW), de bank nog steeds dient uit te betalen aan de verkoper. Het is dan de vraag of de bank nog een pandrecht op het cognossement kan verkrijgen, ondanks het eindigen van de overeenkomst van lastgeving. Is dat niet het geval, dan kan de bank wellicht alleen een beroep doen op een retentierecht op het cognossement. De vraag is daarom of de bank in dit geval nog voldoende zekerheid behoudt.

44. Een retentierecht op papieren is mogelijk. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640 m.nt WMK (*Middendorff/Kouwenberg*). Ook op een cognossement is een retentierecht mogelijk. HR 27 januari 1995, *NJ* 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; *S&S* 1995, 40 (*Heliopolis Star*) en Hof 's-Gravenhage 27 januari 2009, *S&S* 2009, 60 (*Afivos of Schilinsky/Wirtz*). Zie hierna hoofdstuk 3.

45. Het retentierecht heeft voorrang boven een pandrecht (art. 3:292 BW). Omdat echter niet snel meerdere zekerheidsrechten op het cognossement zullen rusten is dit verschil hier niet relevant.

46. Zie de conclusie van advocaat-generaal Asser, ov. 2.30, onder HR 27 januari 1995, *NJ* 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; *S&S* 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Zie hoofdstuk 3.

47. In de literatuur wordt aangenomen dat de koper optreedt als pandgever. Boon 1997, p. 352-353. In de Engelse literatuur wordt echter toegevoegd dat de verkoper moet meewerken aan de totstandkoming van het pandrecht. Hierover: hoofdstuk 6.

Een ander probleem speelt daar waar twee banken betrokken zijn bij een documentair krediet. De bank van de koper, de openende bank (*issuing bank*), schakelt soms een tweede bank in. Deze tweede bank kan de verplichting op zich nemen om uit te betalen bij de presentatie van de juiste documenten. De tweede bank wordt dan aangeduid als een confirmerende bank (*confirming bank*). Deze bank bedingt tot zekerheid een pandrecht op het cognossement. De vraag is echter of het pandrecht wel tot stand komt. In dat geval moet immers een niet-eigenaar, namelijk de *issuing bank*, optreden als pandgever. Men kan daarom betwijfelen of de bank wel zekerheid verkrijgt.

Naast het vereiste van beschikkingsbevoegdheid, kan ook het vestigingsvereiste de totstandkoming van een pandrecht verhinderen. Dit probleem speelt vooral bij orderpapieren. Een pandrecht op een orderpapier wordt gevestigd door het papier in de macht van de pandhouder te brengen met endossement.⁴⁸ Een endossement is een handtekening op het cognossement met de vermelding dat de cognossementhouder het papier overdraagt, verpand of in last geeft.⁴⁹ Het ontbreken van een endossement of het endosseren aan de verkeerde persoon brengt met zich mee dat aan een van de vestigingsvereisten van het pandrecht niet is voldaan. Het pandrecht komt dan niet tot stand. Dit probleem kwam naar voren in het arrest *Heliopolis Star*.⁵⁰ Het betrof een verzendexpediteur die het cognossement van de vervoerder ontving. Op het cognossement was als afzender de verkoper vermeld en als geadresseerde de bank van de kopers. Ondanks dat de expediteur de macht over het cognossement uitoefende, kwam het pandrecht niet tot stand. Er was immers niet aan alle vestigingseisen voldaan, omdat de expediteur niet genoemd stond op het cognossement.⁵¹

In het geval het pandrecht van de bank op het cognossement tot stand komt, komt een andere vraag aan de orde, namelijk op welk ogenblik zijn pandrecht eindigt. Hierbij moet worden bedacht dat de koper alleen door middel van presentatie van het cognossement aflevering van de lading kan verkrijgen. Daartoe zal de bank het cognossement dus hebben over te geven aan de koper, tevens pandgever. Op het moment dat het cognossement echter in de macht van de pandgever terechtkomt, eindigt het pandrecht (3:258 BW). De bank kan dit probleem proberen op te lossen door het bedingen van een stil pandrecht. Een stil pandrecht op een orderpapier lijkt echter niet door de wetgever te zijn erkend (3:237 BW).⁵² De bank kan uiteraard overgaan tot het zelf presenteren van het cognossement aan de vervoerder. In dat geval treedt de bank echter toe tot de vervoerovereenkomst en wordt hij gebonden aan de bedingen uit de vervoerovereenkomst. Dat betekent dat de bank kan worden aangesproken voor vracht en eventuele andere vorderingen. Een bank zal dat onder alle omstandigheden willen voorkomen. De bank die de koper ter wille wil zijn, zal daarom twee klippen hebben te vermijden. Enerzijds mag het cognossement niet in de macht van de pandgever terechtkomen, daar zijn pandrecht dan eindigt

48. Het endossement is noodzakelijk voor de levering van een recht aan order en de vestiging van een pandrecht op orderpapier (3:93 BW, 3:236 BW).

49. Het is mogelijk dat wordt volstaan met een handtekening van de vervreemder of pandgever zonder dat wordt aangegeven of het papier wordt overgedragen, verpand of in last gegeven. In dat geval is er sprake van een endossement in blanco.

50. HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*).

51. Over dit arrest: hoofdstuk 6.

52. Zwitser 2006a, p. 83-84. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 533. Hierover: hoofdstuk 7.

(3:258 BW). Anderzijds loopt de bank het risico dat hij als hij zich teveel met de aflevering gaat bemoeien door de vervoerder aangesproken wordt voor de kosten van het vervoer.⁵³ In dit boek wordt onderzocht of de constructie van het middellijk houderschap van het cognossement een oplossing kan bieden. De bank geeft het cognossement dan niet over aan de koper, maar aan de ontvangstexpediteur of een subkoper.

1.5 Opzet van het onderzoek

1.5.1 Onderzoeksvraag en methode van onderzoek

Dit boek handelt over de invloed van het pand- en retentierecht in het handelsverkeer. In het voorgaande is vragenderwijs een aantal momenten genoemd waarbij de logistieke dienstverlener of de bank mogelijk te veel of te weinig zekerheid toekomt. Het gaat dan steeds om een te veel of te weinig aan zekerheid ten opzichte van degene aan wie het zekerheidsrecht wordt tegengeworpen, een schuldenaar of een derde. Daarbij moet steeds worden bedacht, dat de uitoefening van deze zekerheidsrechten geschiedt in een vlot handelsverkeer. Vlot handelsverkeer is hiervoor⁵⁴ omschreven als het verkeer van goederen (roerende zaken, documenten of geld), waarbij geen van de betrokkenen weigert het goed af te geven aan de wederpartij of een derde. Een vlot handelsverkeer is in beginsel in het belang van alle deelnemers aan het handelsverkeer. De koper verkrijgt in zo kort mogelijke tijd de zaken, terwijl de verkoper spoedig wordt betaald. De logistieke dienstverleners krijgen voortdurend nieuwe lading onder zich, waarmee ze inkomsten kunnen genereren. De banken worden steeds opnieuw ingeschakeld bij het betalingsverkeer. Dit algemene belang van een vlot handelsverkeer kan in strijd komen met het belang van een individuele schuldeiser in de uitoefening van zijn zekerheidsrecht. Is een vlot handelsverkeer in beginsel in het belang van alle deelnemers, de uitoefening van een zekerheidsrecht is slechts van belang voor de individuele schuldeiser. Iedere uitoefening van een zekerheidsrecht hindert het handelsverkeer: de goederenstroom of de documentenstroom stopt en komt tot stilstand. Het inroepen van een zekerheidsrecht in het handelsverkeer behoeft daarom steeds een rechtvaardiging. Daarmee wordt de onderzoeksvraag duidelijk.

De onderzoeksvraag luidt: 'Wat is naar huidig recht de betekenis van het pandrecht en het retentierecht in het handelsverkeer en moet hierin verandering worden gebracht?' De genoemde onderzoeksvraag omvat de volgende elementen. Aan de orde komt een beschrijving van een aantal situaties waarin een pandrecht of retentierecht een vlot handelsverkeer (potentieel) kan belemmeren. Vervolgens wordt aangegeven in hoeverre hiervoor een rechtvaardiging is te vinden. In gevallen waarin geen voldoende rechtvaardiging van de verstoring van het handelsverkeer is te vinden, wordt nagegaan hoe het huidige recht een oplossing kan bieden of wijziging behoeft. Met de omschrijving 'het pandrecht en het retentierecht' in de onderzoeksvraag, wordt bedoeld het contractuele retentierecht, het wettelijke retentierecht en het pandrecht.

53. In HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (EWL/Fortis) werd de bank door de vervoerder aangesproken. Hierover: hoofdstuk 7.

54. Zie hoofdstuk 1, § 1.2.

De onderzoeksvraag valt uiteen in drie deelvragen. De eerste vraag luidt: ‘Op welke wijze komt het pandrecht of retentierecht tot stand?’ Het moment waarop het zekerheidsrecht tot stand is gekomen, is immers ook het moment waarop het handelsverkeer kan worden verstoord, doordat het zekerheidsrecht wordt ingeroepen. De tweede vraag luidt: ‘Op welke wijze komt het pandrecht of retentierecht tot een einde?’ De schuldeiser kan immers zijn zekerheidsrecht niet meer inroepen vanaf het moment dat het zekerheidsrecht is geëindigd. Het handelsverkeer kan daarmee niet meer worden verstoord door de uitoefening van een pandrecht of retentierecht. De derde vraag luidt: ‘Voor welke vorderingen biedt het pandrecht of retentierecht zekerheid en jegens wie kan het worden ingeroepen?’

De opzet van het onderzoek heeft tot gevolg dat een aantal onderwerpen, dat traditioneel bij het zekerheidsrecht wordt behandeld, niet of slechts zijdelings aan de orde komt. In de eerste plaats komen niet alle zekerheidsrechten aan bod. Eigendomsvoorbehoud, hypotheek en voorrechten vallen buiten het bestek van dit boek. In de tweede plaats gaat het alleen om een zekerheidsrecht op roerende zaken of cognosement. Een zekerheidsrecht op registergoederen, zoals schepen of vliegtuigen, of onroerende zaken, zoals gebouwen, of andere zakenrechtelijke waardepapieren, zoals celen, blijft onbesproken. In de derde plaats komen ook vragen van internationaal privaatrecht niet aan bod. In de vierde plaats komen de onderwerpen insolventie en executie van het zekerheidsrecht slechts zijdelings aan bod, namelijk voor zover zij relevant zijn voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. In de vijfde plaats blijft de uitoefening van een zekerheidsrecht voor toekomstige vorderingen onbesproken, omdat logistieke dienstverleners in de praktijk alleen zekerheid bedingen voor vorderingen die het gevolg zijn van een prestatie die is verricht aan de zaak die de logistieke dienstverlener onder zich heeft.⁵⁵

Het onderzoek strekt tot doel bovenstaande onderzoeksvraag te beantwoorden naar Nederlands recht. De uitvoering van het onderzoek geschiedt door middel van een studie van wetgeving, rechtspraak en literatuur. Om bepaalde problemen nader te verhelderen, is rechtsvergelijkend onderzoek verricht. De focus ligt daarbij op het Engelse en Duitse recht. Het Engelse recht is gekozen wegens zijn dominante rol in de internationale handel.⁵⁶ Het Duitse recht is gekozen omdat het in de wet ongeveer dezelfde gelaagde structuur kent als het Nederlandse recht. Naar Nederlands recht is het retentierecht te vinden in Boek 3 en Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij Boek 3 de algemene regeling geeft en Boek 8 enkele bijzondere bepalingen voor de vervoerder en expediteur. Het Duitse recht regelt het pandrecht en retentierecht in het *Bürgerliches Gesetzbuch*, maar bevat daarnaast voor enkele logistieke dienstverleners, zoals de vervoerder, expediteur en bewaarnemer, een bijzondere regeling in het *Handelsgesetzbuch*. Dat maakt dat de Duitse regeling inspiratie kan bieden bij de vraag of de Nederlandse regeling adequaat is. De lezer zal verder soms verwijzingen kunnen vinden naar het Belgische, Franse en Amerikaanse recht en toepasselijke internationale regelgeving. Het onderzoek is afgesloten in april 2011.

Over het karakter van de uitgevoerde rechtsvergelijking nog een opmerking. In deze inleiding is een aantal probleemsituaties de revue gepasseerd die in dit boek

55. Het pandrecht voor toekomstige vorderingen (art. 3:231 BW) wordt daarom in dit boek niet behandeld. Wel wordt behandeld een retentierecht voor een nog niet opeisbare vordering op zaken die de schuldeiser onder zich heeft. Zie hoofdstuk 2 voor de avari-j-grosse en de vracht.

56. Vgl. Haak & Zwitser 2010, p. 19-20.

nader zullen worden uitgewerkt. Er is voor gekozen om in de navolgende hoofdstukken steeds een probleemsituatie aan de orde te stellen en nader te onderzoeken. De rechtsvergelijking vindt daarom niet plaats door middel van een landenoverzicht, maar door steeds bij ieder probleem de rechtsvergelijking erbij te betrekken. Daarbij moet worden opgemerkt dat zekerheidsrechten per land verschillen. Er is op dit punt niet volledige uniformiteit.⁵⁷ De inhoudelijke verschillen tussen de rechtstelsels maken dat het niet altijd vruchtbaar is om een zekerheidsrecht te vergelijken met hetzelfde zekerheidsrecht uit een naburig rechtstelsel. Het is bijvoorbeeld niet vruchtbaar om het Nederlandse retentierecht te vergelijken met het Duitse retentierecht. Het Nederlandse retentierecht kent bijvoorbeeld wel derdenwerking tegen een oudere derde, het Duitse niet. De conclusie dat het Duitse retentierecht dus onbillijk uitpakt voor een logistieke dienstverlener is echter voorbarig. Met deze gevolgtrekking wordt namelijk over het hoofd gezien dat het Duitse recht door middel van een wettelijk pandrecht dezelfde rechtsgevolgen kan bereiken als het Nederlandse retentierecht. Een geslaagde rechtsvergelijking dient daarom steeds het zekerheidsrecht uit het Nederlandse recht te vergelijken met het pand- én retentierecht uit een omliggend rechtstelsel. Alleen dan kan worden bepaald of de rechtsgevolgen in een ander land anders zijn dan naar Nederlands recht het geval is. Een dergelijke benadering brengt echter noodzakelijk met zich mee dat bijvoorbeeld in een hoofdstuk dat handelt over het retentierecht er soms uitstapjes worden gemaakt naar het Duitse wettelijke pandrecht. Alleen door deze werkwijze meende ik dat de rechtsvergelijking zinvolle resultaten kon opleveren. Ik heb er daarom voor gekozen om in ieder hoofdstuk één zekerheidsrecht naar Nederlands recht door te lichten en deze op rechtsgevolgen te vergelijken met het Duitse en Engelse recht en waar het nuttig leek ook met andere relevant geachte rechtstelsels, in het bijzonder het Belgische, Franse of Amerikaanse recht.

1.5.2 Het begin van een antwoord

De onderzoeksvraag heeft als inhoud of het Nederlandse pandrecht en retentierecht in overeenstemming is met het algemene belang van een vlot handelsverkeer of niet. Bij de uitvoering van het onderzoek stond bij mij niet de gedachte voorop dat zekerheidsrechten *a priori* onwenselijk zijn. Steeds moet het belang van de schuldeiser in de uitoefening van zijn zekerheidsrecht worden afgewogen tegen het belang van een andere deelnemer op een vlot handelsverkeer. Om deze belangenafweging nader in te vullen, doe ik een beroep op enkele algemene beginselen van handels(verkeers)recht, zoals die zijn geformuleerd door Goode. Goode noemt enkele principes die ten grondslag liggen aan het handelsrecht.⁵⁸ Dat zijn, onder meer, het belang van partijautonomie, rechtszekerheid, de bescherming van eenmaal verkregen (goederenrechtelijke) rechten en de bescherming van de onschuldige derde, in het bijzonder de koper te goeder trouw.

Wanneer we deze uitgangspunten vertalen naar het onderhavige onderwerp, de zekerheidsrechten, dan komen we tot de opsomming van de volgende beginselen

57. Drobnič 1977, p. 210. Goode 1998b, p. 48. Kieninger 2004a, p. 6 e.v.

58. Goode 1988, p. 148 e.v. Vgl. ook Goode/McKendrick 2010, p. 1347-1349. Goode noemt acht uitgangspunten (principles): (a) party autonomy, (b) predictability, (c) flexibility, (d) good faith, (e) the encouragement of self-help, (f) the facilitation of security interests, (g) the protection of vested rights, (h) the protection of innocent third parties.

die de zekerheidsrechten beheersen: de partijautonomie en contractsvrijheid, de *nemo plus*-regel, het prioriteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, aangevuld met het verkeersbelang. Deze beginselen moeten naar mijn mening niet alleen worden toegepast op het pandrecht, maar ook op het retentierecht. Daarmee worden beide zekerheidsrechten wat strakker op elkaar betrokken dan wellicht in de huidige literatuur gebruikelijk is. Met name moet worden opgemerkt dat goederenrechtelijke beginselen ook van betekenis zijn voor het retentierecht. Ik kom daarop terug. Welke beginselen *in casu* van belang zijn, hangt af van de vraag of het gaat om de uitoefening van een zekerheidsrecht jegens de wederpartij of een derde. Voor het bepalen van de inhoud van de overeenkomst tussen de logistieke dienstverlener of bank en de contractuele wederpartij, zijn de leidende beginselen van verbintenissenrechtelijke origine: de partijautonomie en de contractsvrijheid. Partijen zijn vrij om overeenkomsten aan te gaan en de inhoud ervan te bepalen.⁵⁹ De redelijkheid en billijkheid hebben hier vooral een aanvullende rol en slechts bij uitzondering een beperkende rol (art. 6:2 BW en 6:248 BW). Ik zal daaruit concluderen dat een pand- of retentierecht voor alle vorderingen die de schuldeiser op zijn wederpartij heeft, in beginsel geoorloofd is. Hoewel de uitoefening van het zekerheidsrecht een vlot handelsverkeer hindert, is zij geoorloofd wanneer beide partijen dit hebben gewild. Het recht moet hier dus niet te spoedig belemmeringen willen opwerpen.⁶⁰ De derdenwerking van het zekerheidsrecht laat zich terugbrengen tot goederenrechtelijke beginselen. Dit geldt zowel voor de derdenwerking van een pandrecht als van een retentierecht. In de literatuur wordt wel betoogd dat het retentierecht een persoonlijk recht is, zodat de derdenwerking zich niet laat verklaren uit goederenrechtelijke beginselen.⁶¹ Mijns inziens ten onrechte, zoals ik in hoofdstuk 4 nader hoop aan te tonen. Op deze plaats wil ik dit standpunt niet uitvoerig uiteenzetten, maar wijs ik alleen op het Franse recht waar de *Cour de Cassation* heeft uitgesproken dat het retentierecht een zakelijk recht is en dus derdenwerking heeft.⁶² Aangenomen dat de derdenwerking van het zekerheidsrecht gebaseerd is op goederenrechtelijke beginselen, kunnen voor de jongere en de oudere derde de volgende leidende beginselen worden onderscheiden. In de relatie tussen de schuldeiser en de jongere derde spelen het publiciteitsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het

59. Asser 6-III/Hartkamp/Sieburgh 2010, nr. 45. Art. 1.2 Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Rome 2004). Vgl. ook art. II. – 1:102 Draft Common Frame of Reference, DCFR 2010, p. 129-132. Goode 1992, p. 550-551. Ramberg 1993a, p. 191. Ramberg 1993b, p. 185. De contractsvrijheid krijgt ook in het goederenrecht een steeds grotere rol. Vgl. Dalhuisen 2003, p. 70 e.v. Goode 1998a, p. 462-463. EBRD Model Law on Secured Transactions 2004: 'The parties to the charge are given a maximum flexibility to arrange their relationship as best suits their particular needs. Mandatory requirements and restrictions on what the parties can agree have been kept to a minimum.'

60. Zie hoofdstuk 2 voor het retentierecht op zaken, hoofdstuk 5 voor het pandrecht op zaken en hoofdstuk 6 voor het pandrecht op cognossement.

61. Zo: Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 511.

62. Vgl. voor de goederenrechtelijke beginselen achter de derdenwerking van een retentierecht. Eggens 1934. Zwitser 1984, p. 124 e.v. Haak & Zwitser 2003, p. 317. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 726. HR 13 mei 1988, NJ 1989, 201 m.nt. WMK; S&S 1988, 101 (*Staat/Krimpa of Tobias*). Voor het Franse recht, zie *Cour de Cassation*, arrêt n° 884 du 24 septembre 2009 (nr. 08-10152). Première chambre civile: 'Attendu que le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous (...)'. *Cour de Cassation*. Première chambre civile du 7 janvier 1992 (nr. 90-14545). Boon 1997, p. 370. Ook in de *Draft Common Frame of Reference* wordt het retentierecht gezien als een goederenrechtelijk recht. DCFR 2010, p. 5447 (art. IX. – 2:114).

verkeersbelang de hoofdrol.⁶³ De uitoefening van macht over de zaken betekent dat derden in beginsel kunnen weten dat een zekerheidsrecht bestaat (publiciteit). Een retentierecht of pandrecht kan in dat geval in beginsel voor alle vorderingen worden uitgeoefend die de zekerheidshouder op zijn wederpartij heeft. Is de jongere derde echter een cognossementhouder, dan moet ook worden meegewogen dat het cognossement is uitgegeven om een vlotte verhandelbaarheid te waarborgen (verkeersbelang). De cognossementhouder mag daarom al snel vertrouwen op de inhoud van het cognossement en behoeft niet nader te onderzoeken of bepaalde zekerheidsrechten op de zaken rusten (vertrouwensbeginsel).⁶⁴ Een zekerheidsrecht kan dan nog slechts worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken (*debitum cum re iunctum*) of voor zover uit het cognossement blijkt. In de relatie tussen de schuldeiser en de oudere derde zijn de leidende beginselen de *nemo plus*-regel, het vertrouwensbeginsel en het verkeersbelang.⁶⁵ De oudere derde kan niet meer rechten aan de tussenpersoon verlenen dan hij heeft (*nemo plus*). De schuldeiser mag er in beginsel slechts op vertrouwen dat zijn wederpartij bevoegd is de overeenkomst met betrekking tot de zaken aan te gaan en niet bevoegd zal zijn om de zaken voor iedere vordering in zekerheid te geven (vertrouwensbeginsel). Dit zal ertoe leiden dat in beginsel slechts voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken een zekerheidsrecht kan worden uitgeoefend (*debitum cum re iunctum*). Een dergelijke regel komt ook overeen met het verkeersbelang, de inbreuk op het handelsverkeer wordt beperkt.⁶⁶ Daarmee is de uitoefening van het zekerheidsrecht jegens een oudere derde zoveel mogelijk in overeenstemming met het belang van een vlot handelsverkeer gebracht: de belemmering van het handelsverkeer is immers zo klein mogelijk gemaakt. In de volgende hoofdstukken zal blijken dat aan de hand van de genoemde beginselen de problemen tot een bevredigende oplossing kunnen worden gebracht.

1.5.3 Plan van behandeling

In dit boek worden de onderzoeksvraag en de drie deelvragen, zoals die hierboven zijn gegeven, beantwoord. Het eerste deel van het boek richt zich op de zekerheid op een roerende zaak (hoofdstukken 2, 3, 4 en 5). Het tweede deel heeft betrekking op de zekerheid op een cognossement (hoofdstukken 6 en 7).

-
63. Vertrouwensbeginsel: Goode 1992, p. 554-555. Haak & Zwitsers 2010, p. 7. Publiciteitsbeginsel: Struycken 2007, p. 792-793. Vgl. ook de combinatie van kenbaarheid en vertrouwen in het arrest HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron (*Alog/Vleesmeesters*).
64. Vgl. HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosmani/Condorcamp*). Ook in HR 4 april 2003, NJ 2003, 592 m.nt. K.F. Haak; S&S 2003, 122 (*Damco/Meister*) was het vertrouwen op een cognossement aan de orde.
65. De *nemo plus*-regel houdt in dat de zekerheidsgever niet meer rechten kan overdragen dan hij heeft (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habeat*). Jansen 2009-2010. Hieruit volgt de prioriteitsregel: oudere goederenrechtelijke rechten gaan boven jongere goederenrechtelijke rechten. Prioriteit wordt doorbroken door gerechtvaardigd vertrouwen, zoals blijkt uit de art. 3:291 lid 2 BW en 3:238 lid 2 BW.
66. De eis van het verkeersbelang is te vinden in de parlementaire geschiedenis bij het retentierecht uitgeoefend tegen een oudere derde. PG Boek 3 BW, p. 887 (art. 3:291 BW). Dat zien we ook naar Duits recht uit de parlementaire geschiedenis bij § 441 HGB (wettelijk pandrecht vervoerder). Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts (Transportrechtsreformgesetz – TRG), Bundesrat Drucksache 368/97, p. 79. Vgl. ook *dezelfde*, Deutsche Bundestag 13. Wahlperiode, Drucksache 13/8445, p. 80.

Hoofdstuk 2 heeft als onderwerp het tegenwerpen van een retentierecht door een logistieke dienstverlener aan zijn contractuele wederpartij. Kern van het hoofdstuk is de vraag voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen. Hier wordt onder meer het verschil tussen de algemene regeling van de opschortingsrechten (6:52 BW) en de bijzondere vervoerrechtelijke retentierechten uit Boek 8 BW besproken.

Hoofdstuk 3 handelt over de vraag op welk ogenblik het retentierecht of pandrecht eindigt. In beginsel gaat het retentierecht teniet wanneer de zaken worden teruggegeven aan de schuldenaar of rechthebbende (3:294 BW) of doorgegeven aan een derde (afstand van retentierecht). Hetzelfde geldt voor het pandrecht (3:258 BW). Een zekerheidsrecht kan echter behouden blijven in geval er sprake is van middellijk houderschap. Er wordt daarom onderzocht in welke gevallen er sprake is van middellijk houderschap en in welke niet.

In hoofdstuk 4 gaat het over de derdenwerking van het retentierecht. Dit hoofdstuk heeft betrekking op de vraag of en voor welke vorderingen het retentierecht aan een derde kan worden tegengeworpen.

In hoofdstuk 5 is het pandrecht op zaken aan de orde. De onderwerpen zijn de vereisten die aan de totstandkoming van het pandrecht worden gesteld en de derdenwerking ervan. De aandacht gaat ook uit naar de derdenwerking van het pandrecht op een zaak jegens een cognossementhouder en jongere derden. Dit naar aanleiding van het arrest *Bosman/Condorcamp*.

Hoofdstuk 6 heeft betrekking op het pandrecht op cognossement. De betekenis van het pandrecht op cognossement wordt uiteengezet. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag op welk ogenblik een pandrecht op het cognossement niet (meer) kan gelden als een pandrecht op de zaken. De vestiging van een pandrecht op orderpapieren is aan de orde, waarbij ook de betekenis van het endossement wordt belicht. Verder komt aan bod de vraag of een *issuing bank* bij een documentair krediet beschikkingsbevoegd is het cognossement te verpanden.

In hoofdstuk 7 ga ik in op de vraag op welk ogenblik het pandrecht op cognossement eindigt. Dat is het geval wanneer het in de macht van de pandgever terechtkomt (3:258 BW). Naar aanleiding van het arrest *EWL/Fortis* wordt bezien of de bank zijn zekerheid kan behouden zonder de aflevering van de lading door de vervoerder te hinderen. Het stil pandrecht en het vuistpandrecht met middellijke macht over de zaken komen daartoe aan bod.

Hoofdstuk 8 geeft een aantal concluderende beschouwingen. Het pand- en retentierecht van de logistieke dienstverlener en bank zijn op hoofdlijnen in overeenstemming met het belang van een vlot handelsverkeer. Er worden aanbevelingen gedaan tot verheldering van het huidige recht. Opnieuw wordt duidelijk gemaakt dat er sprake is van convergentie tussen het pand- en retentierecht. Beide zekerheidsrechten groeien naar elkaar toe. Deze lijn wordt nog eens geïllustreerd met een korte beschrijving van de *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Hierin zijn modelregels te vinden voor een mogelijk toekomstig Europees privaatrecht. Geconcludeerd wordt dat de lijn die in de DCFR wordt voorgestaan de juiste richting biedt om de zekerheidsrechten verder te ontwikkelen.

Hoofdstuk 2

Retentierecht op lading

2.1 Inleiding

Logistieke dienstverleners, zoals een expediteur of bewaarnemer, worden ingeschakeld om een bepaalde handeling aan de zaak te verrichten. Het gevolg daarvan is dat zijn contractuele wederpartij loon verschuldigd is. Tot zekerheid van betaling van het loon bedingt hij een pand- en retentierecht in zijn algemene voorwaarden. Op het pandrecht wordt in dit hoofdstuk niet ingegaan, wel op het retentierecht uit de algemene voorwaarden, hierna een contractueel retentierecht genoemd.¹ Daarnaast verleent de wet onder bepaalde omstandigheden aan de schuldeiser een retentierecht (3:290 BW), dat in het vervolg wordt aangeduid als een wettelijk retentierecht. Het gaat in dit hoofdstuk uitsluitend om de uitoefening van een contractueel of wettelijk retentierecht door de schuldeiser tegen zijn wederpartij, de schuldenaar.² Dit hoofdstuk is bovendien beperkt tot de bespreking van zes verschillende logistieke dienstverleners. Dat zijn achtereenvolgens de fysieke distributeur, expediteur, vervoerder, cargadoor, stuwadoor en het opslagbedrijf.³ Wat betreft de vervoerder worden alleen de vervoerder over zee, in de binnenvaart en over de weg behandeld.

Het retentierecht van de schuldeiser vervult een dubbele rol. Het retentierecht is in de eerste plaats een verweermiddel. De schuldeiser kan zich verweren tegen het opeisen van de zaken door de schuldenaar zonder dat het loon is voldaan. In de tweede plaats vormt het een pressiemiddel. Het retentierecht is een middel om de schuldenaar aan te sporen tot betaling van het verschuldigde loon.⁴ Hieruit volgt ook dat het retentierecht slechts kan worden ingeroepen in het geval de schuldenaar loon verschuldigd is.

Voor de vraag wat de schuldenaar verschuldigd is, moet een onderscheid worden gemaakt tussen huidige en oude vorderingen.⁵ Huidige vorderingen zijn vorderingen die zijn voortgevloeid uit het verrichten van een handeling aan de zaak die de logistieke dienstverlener op het moment van inroepen van het retentierecht onder zich heeft. Oude vorderingen zijn vorderingen op zaken die de logistieke dienstverlener in het verleden onder zich heeft gehad, maar inmiddels heeft vrijgegeven aan de schuldenaar of een derde.

-
1. Zie hoofdstuk 5 voor het pandrecht op roerende zaken.
 2. In hoofdstuk 4 wordt de derdenwerking van het retentierecht behandeld.
 3. Dit hoofdstuk is verder beperkt tot de situatie dat de werkzaamheden van een logistieke dienstverlener worden verricht in het kader van een overeenkomst. Iemand die soms binnen, maar ook soms buiten overeenkomst zijn werk doet, is de hulpverlener. Aan hem is een retentierecht toegekend (8:571 BW). Deze figuur laat ik verder buiten beschouwing.
 4. Zie hoofdstuk 1, § 1.2.
 5. Zie hoofdstuk 1, § 1.2.

Het onderscheid tussen huidige en oude vorderingen wordt in de literatuur ook wel omschreven met behulp van het begrippenpaar materiële en juridische connexiteit.⁶ Onder materiële connexiteit wordt verstaan dat er een verband moet zijn tussen vordering en zaak: de vordering moet betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*). Het valt samen met mijn begrip ‘huidige vorderingen’. Bij juridische connexiteit gaat het om een verband tussen de twee tegenover elkaar gestelde verbintenissen uit overeenkomst. De vordering enerzijds en de verplichting tot afgifte van de zaken anderzijds moeten in samenhang met elkaar staan. Dat is het geval bij een wederkerige overeenkomst, de aangegane verbintenissen hebben hier een wederkerig karakter.⁷ Het retentierecht is in dit geval niet beperkt tot vorderingen aan de zaken, het kan ook gaan om vorderingen die voortvloeien uit zaken die partijen eerder met elkaar hebben gedaan (vgl. 6:52 lid 2 BW). Het valt samen met mijn begrip ‘oude vorderingen’.

Voor het contractuele retentierecht geldt dat partijen kunnen overeenkomen dat het retentierecht voor huidige en oude vorderingen kan worden ingeroepen. De rechtsgrond is in dit geval de wil van partijen. Partijen zijn vrij en autonoom om overeenkomsten aan te gaan en de inhoud daarvan vorm te geven op de wijze die zij wensen.⁸ De wetgever laat toe dat de schuldeiser een contractueel retentierecht bedingt, ook als hem een beroep op een wettelijk retentierecht openstaat.⁹ De regeling van de wettelijke retentierechten is meer complex. Dit is een retentierecht dat van rechtswege tot stand komt, en niet is gegrond op de wil van partijen, maar op de redelijkheid en billijkheid.¹⁰ Slechts voor zover het retentierecht is geregeld in de wet kan er sprake zijn van een dergelijk retentierecht dat van rechtswege tot stand komt (3:290 BW). Het retentierecht is een bijzondere regeling ten opzichte van de algemene regeling van de opschortingsrechten in artikel 6:52 BW. De fysieke distributeur, de cargadoor, de stuwadoor en het opslagbedrijf kunnen

6. Heyning-Plate 1969, p. 176-179. Fesevur 1988, p. 62 e.v. Aarts 1990, p. 82-83. Asser/Scholten 1945, p. 554-557 propageert de materiële connexiteit (*debitum cum re iunctum*). Suijling 1934, p. 435 is een van de eersten die de juridische connexiteit noemt. Belgisch recht: Cauffman 2005, p. 686-687. Duits recht kent de juridische connexiteit in § 273 BGB. Vgl. Fikentscher & Heinemann 2006, nr. 525-527. BGH 27.09.1984, BGHZ 92, 194, 196. Het Engelse recht onderscheidt tussen *particular* en *general liens*.
7. Is de rechtsgrond van het retentierecht de redelijkheid en billijkheid, invulling van dit begrip wordt gegeven door middel van begrippen als samenhang of connexiteit en de wederkerigheid, het *do ut des*, tussen de prestaties. Deze wederkerigheid wordt meestal aangeduid als behorend tot de grondslag van het retentierecht. Thors 1934, p. 14-15. Heyning-Plate 1969, p. 148-149. Fesevur 1988, p. 27. Aarts 1990, p. 51. Kruissen 2008, p. 23-26. Deze wederkerigheid kan zich uiten binnen overeenkomst of een reeks van overeenkomsten (6:52 lid 2 BW). De wederkerigheid kan zich ook voordoen buiten overeenkomst, zoals zichtbaar wordt in de zakenrechtelijke retentierechten, zoals het retentierecht van de bezitter en de houder (3:120 lid 3 jo. 3:124 BW).
8. Zie hoofdstuk 1, § 1.4.2.
9. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW). PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW).
10. De redelijkheid en billijkheid is de rechtsgrond van het retentierecht. Haak 1997b, p. 86-87. Fesevur 1992a, p. 37. Fesevur 1988, p. 25-37. Aarts 1990, p. 47-55. Heyning-Plate 1969, p. 148-149. Naar Duits recht is § 273 BGB een uiting van de goede trouw (*Treu und Glauben*). De redelijkheid en billijkheid is niet alleen grond, maar ook grens van het retentierecht. In bepaalde gevallen kan de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat geen retentierecht mag worden ingeroepen. Haak & Zwitser 2003, p. 377-378. PG Boek 6 BW, p. 207 (art. 6:52 BW). Duits recht: Fikentscher & Heinemann 2006, nr. 526.

een beroep doen op het genoemde opschortingsrecht. Voor de expediteur en de vervoerder zijn in Boek 8 BW afwijkende regels te vinden voor het retentierecht. Het retentierecht van de expediteur is geregeld in artikel 8:69 lid 2 BW. Het retentierecht van de vervoerder is per modaliteit uitgesplitst. Het retentierecht van de zeevervoerder is te vinden in artikel 8:489 lid 2 BW, dat van de vervoerder in de binnenvaart in artikel 8:954 BW en de wegvervoerder in artikel 8:1131 BW. Voor de gecombineerd vervoerder, de spoorvervoerder en de luchtvervoerder zijn geen bijzondere retentierechten in de wet opgenomen, zij vallen terug op de algemene bepalingen betreffende vervoer dat in artikel 8:30 BW een retentierecht regelt. Ik zal de retentierechten uit Boek 8 BW hierna ook wel aanduiden als vervoerrechtelijke retentierechten.

De inhoud van het algemene opschortingsrecht en de bijzondere retentierechten uit Boek 8 BW verschillen van elkaar. Artikel 6:52 BW laat toe dat het opschortingsrecht voor vorderingen kan worden ingeroepen die voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan (6:52 lid 2 BW). Het opschortingsrecht kan dus zowel voor huidige als voor oude vorderingen worden ingeroepen.¹¹ Het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW, gegrond op de redelijkheid en billijkheid, en het contractuele retentierecht, dat gebaseerd is op partijautonomie en contractsvrijheid, leiden op dit punt in de meeste gevallen dus tot gelijke rechtsgevolgen.¹²

Dat behoeft niet te verbazen. Hebben partijen geen retentierecht bedongen, dan vullen de redelijkheid en billijkheid de wil van partijen aan. Het gaat hier dus om de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 1 BW). In die gevallen waarin de partijen wel het retentierecht regelen, blijkt dat dit contractuele retentierecht overeenstemt met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³

De vervoerrechtelijke retentierechten in Boek 8 BW zijn echter alleen in te roepen voor vorderingen die voortvloeien uit het vervoer of de expeditie van de zaken. Het retentierecht is daarmee beperkt tot huidige vorderingen en is niet voor oude vorderingen in te roepen. De vervoerrechtelijke retentierechten wijken daarmee belangrijk af van het algemene opschortingsrecht. Ook is er sprake van een verschil tussen het wettelijke en contractuele retentierecht, omdat in de algemene voor-

11. Art. 6:52 BW maakt een opschortingsrecht voor oude vorderingen mogelijk, maar dwingt daartoe niet. PG Boek 6 BW, p. 209 (art. 6:52 BW). Streefkerk 2006, p. 42 e.v. Een voorbeeld is Rb. Zutphen 17 januari 2007, S&S 2008, 131 (*Cruise Travel/Nugteren*) waar een opschortingsrecht voor oude vorderingen niet werd toegestaan.

12. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW). Het is mogelijk dat het contractueel retentierecht ruimer van opzet is. Het opschortingsrecht uit art. 6:52 BW is beperkt tot opeisbare vorderingen, terwijl het contractueel retentierecht zich ook kan uitstrekken tot nog niet opeisbare vorderingen. Fesevur 1992a, p. 87. Ook op het vlak van samenhang tussen vordering en de verplichting tot afgifte van een zaak kan het opschortingsrecht uit art. 6:52 BW enger zijn dan het contractuele retentierecht. Is er geen samenhang dan kan geen wettelijk retentierecht worden ingeroepen. Vgl. Pitlo/Brahn 1987, p. 587-588. Een retentierecht op basis van de billijkheid komt dan niet tot stand. Vgl. Rb. Zwolle 14 november 1946, NJ 1947, 273 (*Wildervank/Bloem*) voor het niet toestaan van een buitenwettelijk retentierecht op grond van de billijkheid onder het oude recht. Contractueel kan men echter bedingen dat voor vorderingen die geen verband houden met de zaak toch een retentierecht wordt ingeroepen.

13. In Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.60 wordt erop gewezen dat de *common law* *lien* niet inconsistent moet zijn met de wil van partijen.

waarden meestal wel een retentierecht wordt bedongen voor huidige en oude vorderingen.

De beperking van het wettelijke retentierecht in Boek 8 BW lijkt op het eerste gezicht niet ernstig. De expediteur en de vervoerder kunnen immers steeds een contractueel retentierecht bedingen dat zich uitstrekt tot oude vorderingen. Bedacht moet echter worden dat er belangrijke verschillen bestaan tussen het wettelijke en contractuele retentierecht. De schuldeiser die zich beroepen kan op een wettelijk retentierecht komt voorrang buiten (3:292 BW) en binnen faillissement (60 Fw) toe. De schuldeiser met een wettelijk retentierecht is dus een preferent schuldeiser. De genoemde voorrangsregels (3:292 BW en 60 Fw) komen echter niet toe aan de schuldeiser met een contractueel retentierecht. Hij is slechts concurrent schuldeiser in een faillissement.¹⁴ Ook heeft het contractuele retentierecht geen derdenwerking zoals wel mogelijk is voor het wettelijke retentierecht (3:291 BW).¹⁵

De beperkte opzet van het retentierecht in Boek 8 BW is door de wetgever gewild. De gedachte achter de beperking van het vervoerrechtelijke retentierecht is gelegen in de bescherming van de ladingontvanger. De ladingontvanger is een derde die toetreedt tot de vervoerovereenkomst en uit dien hoofde aflevering van de lading vordert.¹⁶ De wetgever heeft de ladingontvanger willen beschermen tegen een retentierecht voor oude vorderingen en gemeend dat slechts een retentierecht voor huidige vorderingen billijk is.¹⁷ De wetgever heeft deze lijn doorgetrokken naar de contractuele wederpartij van de vervoerder en de expediteur, de afzender en de opdrachtgever, door in alle gevallen slechts een retentierecht toe te staan voor huidige vorderingen. De afzender of opdrachtgever kan echter wel betrokken zijn geweest bij de oude vorderingen, zo deze mochten bestaan. Aansluiting bij het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW ligt daarom in de rede, zoals ik hierna zal verdedigen.

In dit hoofdstuk worden het wettelijke retentierecht en het contractuele retentierecht van zes logistieke dienstverleners besproken: de fysieke distributeur, cargadoor, stuwadoor, opslagbedrijf, expediteur en vervoerder. De meeste aandacht gaat daarbij uit naar de expediteur en de vervoerder, wegens de al vermelde afwijkende regeling van de vervoerrechtelijke retentierechten. Het gaat in dit hoofdstuk steeds om de vraag of en voor welke vorderingen zij een retentierecht kunnen tegenwerpen aan de contractuele wederpartij. Daarbij moet ik nog even wijzen op de onderzoeksvraag uit hoofdstuk 1.¹⁸ Het betreft de vraag in hoeverre de uitoefening van een zekerheidsrecht inbreuk mag maken op een vlot handelsverkeer. Ik heb toen gesteld dat een inbreuk op het vlot handelsverkeer gerechtvaardigd is, voor zover deze inbreuk gewild is door de partijen. Dit uitgangspunt maakt dat een retentierecht voor huidige en oude vorderingen tussen partijen in beginsel geoorloofd is. Het is aan dit uitgangspunt dat ik het wettelijke en contractuele retentierecht wil toetsen. Het is nu ook duidelijk waarom het wettelijke retentierecht van de vervoerder en expediteur de meeste aandacht zal krijgen, omdat zij lijken af te wijken van het genoemde uitgangspunt.

14. PG Boek 8 BW, p. 882 (art. 3:290 BW).

15. Zie hoofdstuk 4 met betrekking tot de derdenwerking van het retentierecht.

16. Over de toetreding tot de vervoerovereenkomst, zie hierna § 2.4.6.1.

17. PG Boek 8 BW, p. 80 (art. 8:30 BW) en p. 1104 (art. 8:1131 BW).

18. Hoofdstuk 1, § 1.5.

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. De paragrafen zijn zoveel mogelijk opgebouwd volgens hetzelfde stramien. In iedere paragraaf wordt eerst de vindplaats van het retentierecht aangewezen. Steeds kom ik daarbij tot de conclusie dat een retentierecht niet te vinden is in de internationale verdragen en daarom is overgelaten aan nationaal recht. Vervolgens wordt het Nederlandse recht uiteengezet. In paragraaf 2.2 komt het opschortingsrecht aan de orde (6:52 BW). Op dit artikel kunnen de fysieke distributeur, de cargadoor, stuwadoor en het opslagbedrijf een beroep doen. In paragraaf 2.3 vindt vervolgens de behandeling van het retentierecht van de expediteur plaats (8:69 lid 2 BW). Paragraaf 2.4 handelt over het retentierecht van de vervoerder (o.m. 8:30 lid 2 BW). In iedere paragraaf wordt de bespreking aangevuld met een analyse van het Engelse en Duitse recht. Paragraaf 2.5 besluit met een conclusie.

2.2 **Het retentierecht van fysieke distributeur, cargadoor, stuwadoor en opslagbedrijf**

2.2.1 **Rechtsbronnen**

In deze paragraaf staat de fysieke distributeur, de cargadoor of scheepsagent, de stuwadoor en het opslagbedrijf centraal. Geen van de nu geldende internationale verdragen bevatten een pand- en retentierecht voor de genoemde logistieke dienstverleners. Wel bestaat voor de bewaarnemer een ontwerpverdrag, dat een retentierecht bevat, maar dat nooit in werking is getreden.

Het gaat om een in 1991 tot stand gekomen verdrag dat de aansprakelijkheid van terminals nader regelt, de United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade.¹⁹ Het verdrag is niet in werking getreden, maar bevat wel een regeling van het retentierecht.

Artikel 10 lid 1 United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade

The operator has a right of retention over the goods for costs and claims which are due in connection with the transport-related services performed by him in respect of the goods both during the period of his responsibility for them and thereafter. However, nothing in this Convention affects the validity under the applicable law of any contractual arrangements extending the operator's security in the goods.

Uit dit artikel blijkt dat de *operator* een retentierecht kan uitoefenen voor huidige vorderingen. Contractuele regelingen die deze zekerheid uitbreiden zijn overgelaten aan het nationale recht. Het verdrag bedoelt dus een minimumregeling te geven. In lid 2 wordt toegevoegd dat na zekerheidsstelling geen retentierecht kan worden ingeroepen.²⁰

19. United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade (Vienna, 19 april 1991). Te vinden *Uniform Law Review* 1991-II, p. 114-142. Met een toelichting van Sekolec, in *Uniform Law Review* 1991-II, p. 52-62.

20. Art. 10 lid 2: 'The operator is not entitled to retain the goods if a sufficient guarantee for the sum claimed is provided or if an equivalent sum is deposited with a mutually accepted third party or with an official institution in the State where the operator has his place of business.'

Omdat het retentierecht van de genoemde logistieke dienstverleners niet in een internationaal verdrag is geregeld, kunnen zij uitsluitend een beroep doen op nationaal recht. Voor Nederland geldt dan het volgende. De fysieke distributeur, de cargadoor en de stuwadoor zijn rechtsfiguren die niet zijn geregeld in de wet. De bewaarnemer heeft een regeling gevonden in titel 7.9 van het Burgerlijk Wetboek (art. 7:600 e.v. BW), maar in deze titel is geen zekerheidsrecht opgenomen.²¹ De dienstverleners komen daarom allen een beroep toe op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW. De schakelbepaling uit artikel 6:57 BW voegt toe dat de regeling van het retentierecht in Boek 3 BW (art. 3:290-295 BW) mede van toepassing is.²² De logistieke dienstverleners kunnen zich verder beroepen op een pand- en retentierecht uit de algemene voorwaarden.²³ In het navolgende wordt eerst het opschortingsrecht en retentierecht besproken (§ 2.2.2); vervolgens het contractuele retentierecht (§ 2.2.3) daarna maak ik enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (§ 2.2.4-2.2.5), om met een korte conclusie te eindigen (§ 2.2.6).

2.2.2 Het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW

2.2.2.1 Inhoud van het opschortingsrecht en verhouding tot het retentierecht

Het opschortingsrecht is geregeld in de artikelen 6:52-57 BW (afdeling 6.1.7). Artikel 6:52 BW luidt als volgt:

Artikel 6:52 BW

1. Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.
2. Een zodanige samenhang kan onder meer worden aangenomen ingeval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan.

21. Vgl. voor de bewaarnemer, Rutgers 1998, p. 20-21.

22. In het oude recht, vóór 1992, bestond een dergelijke algemene regeling van de opschortingsrechten en het retentierecht niet. Het retentierecht was uitsluitend geregeld in verspreide bepalingen in het oud-BW. Fesevur 1988, p. 17-19 en p. 107 e.v. geeft een overzicht. In het kader van dit boek wijs ik alleen op het retentierecht van de bewaarnemer (1766 oud-BW) en de lasthebber (1849 oud-BW). In Benelux-verband heeft in 1974 een studiegroep voor eenmaking van het recht een regeling neergelegd met betrekking tot het opschortingsrecht en het retentierecht, welke regeling sterk lijkt op de huidige Nederlandse regeling in het BW. Hierover: Fesevur 1988, p. 21-22. Het Benelux-ontwerp is onder meer te vinden in Overeem 1987, p. 38-40. Lamine 1993, p. 220-222.

23. *Opslagbedrijf*: Algemene Opslagvoorwaarden (Stichting Vervoeradres 2002) en de Nederlandse Opslagvoorwaarden (Fenex 1995). *Stuwadoor*: Iedere haven kent zijn eigen stuwadoorsvoorwaarden. In de Rotterdamse haven wordt gebruikgemaakt van de Algemene voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Terminal Operators (VRTO 2009). Deze voorwaarden volgen de oude Rotterdamse Stuwadoorscondities (1976) op. In Amsterdam wordt wel gebruikgemaakt van de Voorwaarden Massagoed – Stuwadoors Amsterdam 2006 en de Algemene Voorwaarden Stukgoed – Stuwadoors Amsterdam 2007. *Cargadoor*: Algemene Nederlandse Cargadoorsvoorwaarden 2009. *Fysieke distributeur*: Physical Distribution Voorwaarden (Physical Distribution Group 2000). Physical Distribution Voorwaarden (Stichting Vervoeradres 2003). Voorwaarden voor logistieke activiteiten (Fenex 1995). Algemene Betalingsvoorwaarden (Transport en Logistiek Nederland 2002). Met betrekking tot de cargadoor wijs ik nog op een modelregeling, namelijk de United Nations (UNCTAD) Minimum Standards For Shipping Agents (1988), die alleen binden wanneer partijen ernaar verwijzen en overigens geen zekerheidsrecht bevatten.

Het artikel stelt een drietal vereisten voor het opschortingsrecht.²⁴ In de eerste plaats moet er een opeisbare vordering bestaan. Dit vereiste komt hieronder aan de orde (§ 2.2.2.2). In de tweede plaats moet de nakoming van een verbintenis zijn opgeschort. In artikel 3:290 BW wordt dit voor het retentierecht gepreciseerd als een verplichting tot afgifte van een zaak. De schuldeiser weigert dus afgifte van de zaak. Noodzakelijk is daarvoor dat de schuldeiser de macht over de zaak uitoefent.²⁵ In de derde plaats is het noodzakelijk dat er een samenhang bestaat tussen de vordering en de verbintenis om de opschorting te rechtvaardigen. Dat vereiste komt hierna aan bod (§ 2.2.2.3).

De artikelen 6:52 – 57 BW bevatten een regeling van het opschortingsrecht. In de wet zijn daarnaast bijzondere regels voor bepaalde categorieën van het opschortingsrecht opgenomen. In de eerste plaats kan gewezen worden op de *exceptio non adimpleti contractus* (enac) en de onzekerheidsexceptie in de artikelen 6:262-264 BW (afdeling 6.5.5).

De enac is alleen van toepassing op wederkerige overeenkomsten. Het artikel vereist een nauwere samenhang tussen de verbintenissen dan artikel 6:52 BW. Het gaat slechts om tegenover elkaar staande verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst. Het doel is om de wederpartij van degene die wanprestatie pleegt de mogelijkheid te geven om de nakoming van zijn verbintenis op te schorten, waarna bijvoorbeeld een vordering tot ontbinding van de overeenkomst kan worden ingesteld. De enac staat daarmee in veel gevallen ten dienste aan de mogelijkheid van ontbinding van overeenkomst.²⁶ Het dient in beginsel niet als een middel om betaling door de wederpartij zeker te stellen. Ik zal de enac verder niet meer behandelen.

In de tweede plaats geeft het retentierecht een bijzondere regeling van het opschortingsrecht. Het is geregeld in de artikelen 3:290-295 (afdeling 3.10.4). Het retentierecht kan worden gezien als een *species* van het *genus* opschortingsrechten.²⁷ Indien er een bevoegdheid tot opschorting bestaat die tevens gekarakteriseerd kan worden als een retentierecht in de zin van artikel 3:290 BW, dan gaat de regeling uit afdeling 3.10.4 BW vóór op afdeling 6.1.7 BW waar sprake is van een afwijkende regeling (6:57 BW). Artikel 3:290 BW geeft vervolgens aan wanneer de bevoegdheid tot opschorting valt onder de definitie van een retentierecht. Het gaat dan steeds, kort gezegd, om een bevoegdheid tot opschorting van afgifte van de zaak. Op enkele punten wijkt artikel 3:290 BW af van artikel 6:52 BW. Ik geef daarom eerst het artikel weer.

24. Streefkerk 2006, p. 15. *Belgisch recht*: Dirix & De Corte 2006, nr. 542.

25. Zie voor een uitwerking van het begrip 'macht', hoofdstuk 3.

26. PG Boek 6 BW, p. 993 (art. 6:262 BW). Streefkerk 2006, p. 26-30. Haak & Zwitser 2003, p. 376.

27. PG Boek 3 BW, p. 881. PG Boek 6 BW, p. 204 (art. 6:52 BW). Kruissen 2008, p. 33. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Fesevur 1988, p. 19. Aarts 1990, p. 8. Haak & Zwitser 2003, p. 374. Streefkerk 2006, p. 3. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, p. 711. Het hoofdstuk 'Retentierecht en pand' in Haak & Zwitser 2003 is ook opgenomen in Haak 2003.

Artikel 3:290 BW

Retentierecht is de bevoegdheid die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten totdat de vordering wordt voldaan.

In afwijking van artikel 6:52 BW wordt in artikel 3:290 BW niet het begrip ‘verbintenis’ gebruikt, maar het begrip ‘verplichting’. Ook in gevallen waarin niet sprake is van een verbintenis, kan wel een verplichting tot afgifte van de zaken aanwezig zijn en daarmee van een retentierecht.²⁸ Een voorbeeld is het retentierecht van de bezitter en de houder te goeder trouw (3:120 lid 3 jo. 3:124 BW).

Een terminologisch verschil is dat artikel 6:52 BW telkens spreekt van een schuldenaar die het opschortingsrecht uitoefent, terwijl de retentor in artikel 3:290 BW steeds wordt aangeduid als schuldeiser. Hoewel onderscheiden begrippen worden gebruikt, wordt hiermee dezelfde persoon aangeduid.²⁹

2.2.2.2 Opeisbare vordering

Het opschortingsrecht kan alleen voor opeisbare vorderingen worden ingeroepen, zo volgt uit artikel 6:52 BW. Een vordering zal meestal een som geld zijn, maar noodzakelijk is dit niet, het kan bijvoorbeeld ook gaan om een vordering tot afgifte van een zaak.³⁰ Uiteraard zal het opschortingsrecht niet kunnen worden ingeroepen wanneer er geen vordering bestaat, bijvoorbeeld omdat bewaarneming om niet is overeengekomen. Het is verder niet vereist dat de vordering vaststaat. In de rechtspraak komt het veel voor dat de hoogte van de vordering betwist wordt. Onzekerheid over de hoogte van een vordering belet echter niet het uitoefenen van een retentierecht.³¹ Van een opeisbare vordering is sprake wanneer de wederpartij van de schuldenaar de vordering is verschuldigd en tot betaling is gehouden voor of uiterlijk tegelijkertijd met de gehoudenheid tot nakoming van de verbintenis door de schuldenaar.³²

Het moment waarop een vordering opeisbaar wordt is te vinden in artikel 6:38 BW. In dit artikel wordt gesteld dat indien geen tijd voor de nakoming is bepaald, de verbintenis terstond kan worden nagekomen en terstond nakoming kan worden gevorderd. De vordering is dus in de regel opeisbaar op het moment dat de overeenkomst is aangegaan.³³ Artikel 6:39 BW voegt toe dat in het geval er wel een tijd

28. PG Boek 3 BW, p. 881. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 721. Fesevur 1992a, p. 33. Asser 6-I/Hartkamp/Sieburgh 2008, nr. 271. In laatstgenoemde bron wordt opgemerkt dat in het geval er sprake is van een verplichting de regeling van de opschortingsrechten niet van toepassing is, omdat niet voldaan is aan het begrip ‘verbintenis’, zoals dat gebezigd wordt in art. 6:52 BW. Wel kan de regeling van het opschortingsrecht in een dergelijk geval van overeenkomstige toepassing zijn. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 m.nt. PvS (Hendriks/Slot). PG Boek 3 BW, p. 881. PG Boek 6 BW, p. 204, 209 (6:52 BW).

29. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497.

30. Fesevur 1988, p. 92-93. Fesevur 1992a, p. 38. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497.

31. Fesevur 1988, p. 93. Lamine 1982, nr. 106. Lamine 1993, p. 70-72. Dirix & De Corte 2006, nr. 544.

32. Fesevur 1988, p. 93-94. Fesevur 1992a, p. 38-39. Asser 6-I/Hartkamp/Sieburgh 2008, nr. 272. Op dit uitgangspunt bestaan enkele uitzonderingen, geregeld in de art. 6:80 BW en 6:263 BW.

33. Streefkerk 2006, p. 15. PG Boek 3 BW, p. 883 (art. 3:291 BW) voegt toe dat ook als de vordering tot schadevergoeding mocht strekken die in beginsel ontstaat op het moment van het sluiten van de overeenkomst. HR 8 februari 1918, NJ 1918, p. 336-338 (Machiefabriek/Van der Velden) en HR 13 april 1962, NJ 1964, 395 (Van der Sijts q.q./Spijkerman).

voor de nakoming is bepaald, wordt vermoed dat dit belet dat eerdere nakoming wordt gevorderd.³⁴ In het geval de schuldenaar dus eerst moet presteren (*Vorleistung*), bijvoorbeeld omdat er sprake is van een beding 'betaling na aflevering', kan hij geen opschortingsrecht uitoefenen. Bij een dergelijke *Vorleistung* heeft alleen de partij die als laatste moet presteren een opschortingsrecht.³⁵ Ik kom daarop terug (§ 2.2.2.4).

Het is heersende leer dat een vordering opeisbaar moet zijn, wil een opschortingsrecht ingeroepen kunnen worden. Een belangrijke uitzondering hierop wordt echter in de wet gemaakt voor de expediteur en de vervoerder (vgl. artikelen 8:30 lid 2 BW en 8:69 lid 2 BW). De in Boek 8 BW geregelde vervoerrechtelijke retentierechten strekken zich uit voor hetgeen verschuldigd is *of zal worden* ter zake van het vervoer van die zaken. De achtergrond hiervan is dat bepaalde vorderingen, zoals de vracht, pas na de aflevering opeisbaar zijn. Een retentierecht kan echter al bij de aflevering worden ingeroepen. De vraag kan opkomen of deze ratio achter de vervoerrechtelijke retentierechten dient te worden doorgetrokken tot de gehele logistieke dienstverlening. Mijns inziens is dat niet het geval, maar ik moet daarvoor eerst de aandacht vestigen op een andere vordering, de douaneschuld.

In de rechtspraak heeft zich de vraag naar de opeisbaarheid van de vorderingen onder meer voorgedaan bij de douane-expediteur die wordt geconfronteerd met een dreigende navordering door de douane. De douane-expediteur valt niet onder het retentierecht van de expediteur (8:69 BW), maar onder de algemene regeling van de opschortingsrechten en kan daarnaast een beroep doen op zijn overeengekomen retentierecht. Bij de invoer in een bepaald land kan het zich voordoen dat de douane aangeeft dat er een navordering geheven zal worden op de ingevoerde zaken. De vordering is dan echter nog niet opeisbaar ten opzichte van de contractuele wederpartij en het is daarom de vraag of de douane-expediteur ten opzichte van zijn wederpartij (degene die de lading opeist) een opschortingsrecht kan inroepen voor deze vordering. De rechter staat in dit type geval het retentierecht soms toe.³⁶ Het gaat daarbij steeds om de uitoefening van een contractueel retentierecht. Opnieuw is het de vraag of deze gedachte moet worden doorgetrokken naar het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.

Een opschortingsrecht voor (nog) niet opeisbare vorderingen is niet in de wet geregeld. Artikel 6:52 BW beperkt zich immers naar de letter tot een opeisbare vordering. Artikel 3:290 BW gebruikt weliswaar slechts de uitdrukking 'vordering', maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat hiermee een afwijking van het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW is beoogd. In beginsel moet dan ook worden aangenomen dat een niet-opeisbare vordering niet in het wettelijke systeem valt onder te brengen.

34. In art. 6:40 sub a BW is hierop weer een aantal uitzonderingen te vinden. Een belangrijke is de volgende. Het faillissement van de wederpartij doet een vordering onder tijdsbepaling opeisbaar worden (6:40 sub a BW). Ook als voldaan is aan art. 6:80 BW (een dreigende tekortkoming in de nakoming) kan worden opgeschort. Fesevur 1992a, p. 39, Streefkerk 2006, p. 17.

35. Streefkerk 2006, p. 16.

36. Rb. Rotterdam 14 november 1986 en Hof 's-Gravenhage 19 juni 1987, NJ 1988, 653; S&S 1988, 131 (*Algrado/Transovex*). Fesevur 1992a, p. 39-40. Rb. Breda 20 oktober 1998, S&S 1999, 97 (*Acorn/Loendersloot*). Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 1999, S&S 1999, 131 (*Acorn/Loendersloot*). In de zaken HR 29 november 1996, S&S 2000, 2 (*Ziegler/Spectra*) en Rb. Rotterdam 28 januari 1999, S&S 2000, 3 (*Spectra/Ziegler*) was ook sprake van een dreigende naheffing door de douane. Helder 1999, p. 151 e.v.

Daarvoor is op dit moment ook geen noodzaak. Voor de vracht en de avarij-grosse kent de wet een bijzondere regeling in de vervoerrechtelijke retentierechten. Ook voor de douaneschuld kent de wetgever een bijzondere regeling. Aan de douane-expediteur is een voorrecht toegekend.³⁷ De douane-expediteur zal immers de zaak niet onder zich hebben, een retentierecht kan hij daarom niet uitoefenen. In plaats daarvan is hem een voorrecht toegewezen. Daarmee heeft de douane-expediteur voldoende bescherming in geval van faillissement van zijn wederpartij. Er is dan ook geen noodzaak om het retentierecht in dit geval op te rekken tot een nog niet opeisbare vordering. Nu de voor de praktijk belangrijke vorderingen een eigen regeling hebben, bestaat er geen behoefte aan uitbreiding van het wettelijke systeem op dit punt.

Het kan zijn dat in de toekomst deze behoefte wel ontstaat, indien steeds meer vorderingen nog niet opeisbaar zijn waarvoor niettemin een opschortingsrecht billijk lijkt. In dat geval zou de goede trouw, de rechtsgrond van het opschortingsrecht, met zich mee kunnen brengen dat een beroep op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW wordt toegestaan, ondanks dat niet is voldaan aan de letterlijke tekst van het artikel. Op dit moment is voor een dergelijke uitbreiding geen noodzaak.³⁸

2.2.2.3 Samenhang tussen vordering en verplichting tot afgifte. Ondeelbaarheid

Artikel 6:52 BW vereist dat tussen de opeisbare vordering en de verbintenis voldoende samenhang bestaat om de opschorting te rechtvaardigen. Artikel 6:52 lid 2 BW geeft twee illustraties waarin aan het vereiste van voldoende samenhang is voldaan. Deze voorbeelden zijn geen limitatieve opsomming, ook moeten ze niet dwingend worden toegepast.³⁹

Het eerste voorbeeld dat wordt gegeven, is het geval dat de verbintenissen *over en weer* voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding. Een dergelijke wederkerigheid komt het meest duidelijk tot uitdrukking bij een wederkerige overeenkomst, maar ook in een geval van zaakwaarneming kan aan artikel 6:52 lid 2 BW zijn voldaan.⁴⁰

37. Art. 1:12 Algemene Douanewet (wet van 3 april 2008). Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 469. Zie over het voorrecht van de douane-expediteur, ook de noot van Van Mierlo, nr. 8, onder HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (*Ontvanger/De Jong*). HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 m.nt. WMK (*Van Gené & Loos*).

38. Wil uitbreiding van een opschortingsrecht tot een niet-opeisbare vordering gerechtvaardigd zijn, dan moet naar mijn mening aan de volgende voorwaarden zijn voldaan. Het moet in de eerste plaats gaan om een bepaalbare vordering, in aansluiting op het pandrecht (3:231 lid 2 BW). In de tweede plaats moet het gaan om een vordering die samenhangt met de zaak (*debitum cum re iunctum*). In de derde plaats moet de toekomstigheid van de vordering zich los van de wil van contractspartijen voltrekken. De regeling is dus niet toepasselijk in het geval een van beide contractspartijen overeenkomt pas later te presteren.

39. Fesevur 1992a, p. 40. PG Boek 6 BW, p. 209. Van Opstall 1963, p. 99.

40. PG Boek 6 BW, p. 209. Streefkerk 2006, p. 10. Vgl. ook: Fesevur 1988, p. 70. In de praktijk zal snel aan een dergelijke wederkerigheid zijn voldaan. Een uitzondering is de eenzijdige overeenkomst, zoals de bewaarneming om niet. De bewaarnemer verkrijgt in dat geval geen vergoeding voor het houden van de zaken. Het opschortingsrecht kan dan niet worden uitgeoefend.

Een voorbeeld biedt de zaak *Bottelbedrijf/Boelen*.⁴¹ Het Bottelbedrijf verbond zich om alcoholhoudende dranken, waaronder wijn, te bottelen en vervolgens de gebottelde wijn af te geven aan Boelen. Op een gegeven moment heeft het Bottelbedrijf een aantal gebottelde flessen drank afgegeven aan Boelen, en heeft zij ook nog gebottelde en ongebottele drank onder zich liggen. Boelen vordert afgifte van de drank die onder Bottelbedrijf ligt. Bottelbedrijf verweert zich met de stelling dat Boelen de inmiddels afgegeven drank nog niet heeft betaald. Het Bottelbedrijf wil dus niet een retentierecht op die zaken uitoefenen waarvoor hij kosten heeft gemaakt (*debitum cum re iunctum*), maar hij wil een retentierecht uitoefenen op zaken die onder hem liggen voor kosten gemaakt aan zaken die inmiddels zijn afgegeven. In deze zaak wees de Hoge Raad een retentierecht voor deze vorderingen af. Het hof had slechts een retentierecht toegelaten voor vorderingen die het gevolg zijn van een aan de zaak verrichte prestatie. Omdat aan de ongebottele drank nog geen prestatie was verricht, kon hiervoor geen retentierecht worden ingeroepen. De Hoge Raad laat deze beslissing in stand. Naar huidig recht zal op grond van artikel 6:52 lid 2 BW in andere zin worden beslist, omdat zowel vordering als de verplichting tot afgifte uit dezelfde overeenkomst voortvloeien.⁴²

Het tweede voorbeeld uit artikel 6:52 lid 2 BW geeft aan dat van voldoende samenhang ook sprake is als het zaken betreft die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan. De wederzijdse verplichtingen hebben in dat geval een verschillende juridische grondslag. De vordering vloeit voort uit een eerdere overeenkomst, terwijl de verplichting tot afgifte van de zaken voortvloeit uit de onderliggende overeenkomst. Ondanks deze verschillende juridische grondslag, kunnen ze in het maatschappelijk verkeer als onderling samenhangend worden beschouwd. De wetgever eist daarom niet dat de beide verplichtingen uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien, maar dat zij een bepaalde samenhang vertonen. 'Deze samenhang moet van dien aard zijn, dat de ene partij in strijd met redelijkheid en billijkheid zou handelen indien zij de ander tot nakoming zou willen dwingen zonder nakoming van haar eigen verbintenis aan te bieden.'⁴³

Een voorbeeld is het bekende arrest *kersen en aardbeien*.⁴⁴ Het ging hier om twee overeenkomsten tussen verkoper Heijendaal en koper Vahrmeijer. In de eerste overeenkomst ging het om een levering van kersen, in de tweede overeenkomst om een partij aardbeien. Verkoper Heijendaal

41. HR 11 april 1975, NJ 1975, 345 (*Bottelbedrijf/Boelen*). Een vergelijkbare zaak is Rb. Amsterdam 7 januari 1981, NJ 1981, 478 (*Edelrufting*). Aarts 1990, p. 93-94. Fesevur 1988, p. 47.

42. Zo ook: Fesevur 1988, p. 48.

43. PG Boek 6 BW, p. 205. Caufmann 2005, p. 687 spreekt hier van synallagmatische overeenkomsten die in een synallagmatisch verband met elkaar staan. Vgl. ook Fesevur 1992a, p. 41. De wetgever heeft hier vooral naar het Duitse recht gekeken. Naar Duits recht wordt § 273 BGB (*Zurückbehaltungsrecht*) in de rechtspraak ruim uitgelegd. MünchKomm BGB (Krüger) 2007, § 273 BGB, nr. 13. BGHZ 47, 157, 167. BGH 17.03.1975, BGHZ 64, 122, 125. BGH 27.09.1984, BGHZ 92, 194, 196. Zie ook § 369 HGB voor het *Zurückbehaltungsrecht* van de kooplieden.

44. HR 26 april 1934, NJ 1934, p. 1612-1616 m.nt. EMM (*kersen en aardbeien*). Een soortgelijke zaak is HR 8 maart 1946, NJ 1946, 186 (*Westland/Van der Plas*).

weigert de partij aardbeien te leveren, omdat koper Vahrmeijer weigerde de eerder geleverde wagon kersen te betalen.

Het werd niet uitgesloten geacht dat op grond van de goede trouw die bij de uitvoering van de overeenkomst vereist is (1374 lid 3 oud-BW) iemand gerechtigd kan zijn de uitvoering van een wederkerige overeenkomst te weigeren, indien op grond van de houding door de wederpartij buiten overeenkomst aangenomen er gevaar bestaat, dat de prestatie niet door een contraprestatie gevolgd zal worden.⁴⁵

Dit geval is dus een voorbeeld waarin de verplichting tot betalen en de verplichting tot leveren voortvloeien uit een verschillende juridische grondslag (twee overeenkomsten), maar niettemin in het maatschappelijk verkeer als samenhangend mogen worden beschouwd.

Er moet steeds sprake zijn van *voldoende samenhang* om de opschorting te rechtvaardigen. Niet altijd is er sprake van samenhang tussen vordering en zaak. In dat geval kan een opschortingsrecht niet worden ingeroepen.⁴⁶

In de logistieke dienstverlening kan branchevervaging ertoe leiden dat de logistieke dienstverlener twee geheel verschillende taken uitvoert.⁴⁷ In dat geval kan naar mijn mening worden aangenomen dat er onvoldoende samenhang bestaat tussen beide taken en kan dus niet een opschortingsrecht worden ingeroepen voor de kosten die voortvloeien uit beide taken.

Een extreem voorbeeld is hetzelfde bedrijf dat zowel schepen bouwt als schepen in de vaart heeft. Stel nu dat dit bedrijf een schip repareert en op een later ogenblik hulpverlening aan hetzelfde schip biedt. De hulpverlening geschiedt door een van de schepen die in dienst van het bedrijf zijn. Kan het bedrijf dan niet alleen een retentierecht voor de kosten uit hulpverlening uitoefenen alsook voor de eerder gemaakte reparatiekosten aan het schip? Ik zou menen dat hier geen samenhang bestaat. Een retentierecht kan dan alleen worden ingeroepen voor de kosten van hulpverlening en niet voor de reparatiekosten aan het schip.⁴⁸

Gaat het om verschillende taken die zijn onder te brengen bij een opdracht, dan dient mijns inziens wel snel te worden aangenomen dat er sprake is van voldoende samenhang. Een voorbeeld is de stuwadoor die de lading lost, vervolgens de lading landinwaarts brengt naar een aldaar gelegen terminal, waarna hij de lading opslaat. Hoewel hier sprake is van

45. Ik citeer vrijwel letterlijk de noot van Meijers onder dit arrest. Zie ook: Aarts 1990, p. 95.

46. HR 30 juni 1978, NJ 1978, 693 m.nt. WHH (*Theunissen/Verstappen*) m.b.t. het opschorten van huurpenningen wegens achterstallig onderhoud door de verhuurder. Geen samenhang werd aangenomen. Hierover Streefkerk 2006, p. 31-32. Vgl. ook PG Boek 6 BW, p. 209. Geen samenhang werd verder aangenomen in Rb. Zutphen 17 januari 2007, S&S 2008, 131 (*Cruise Travel/Nugteren*), Hof 's-Gravenhage 7 augustus 1996, S&S 1997, 8; NJ 1997, 678 (*Soliman Reys*) en Rb. Zwolle 27 juni 2001, KG 2001, 237 (*Apple Group/Eyck*). In een met de laatste zaak vergelijkbaar geval Rb. Amsterdam 10 december 1997, NJ 1998, 487 (*ABN Amro/Koster*) werd echter wel geoordeeld dat er sprake was van voldoende samenhang.

47. Over de branchevervaging: Haak & Zwitser 2003, p. 15.

48. Pitlo/Brahn 1987, p. 588 noemen het geval waarin een debiteur D ten opzichte van A een leenschuld heeft. Wanneer D dan een feest bijwoont bij A, kan A niet de auto van D terughouden voor de leenschuld, omdat er tussen de verplichting tot afgifte van de auto en de vordering uit hoofde van de leenschuld geen verband bestaat.

verschillende taken, zal hij hiervoor de opdracht hebben gekregen. Er bestaat dan ook verband tussen de opdracht en de vordering die daarvan het gevolg is. Een opschortingsrecht kan dan worden ingeroepen.

Wanneer aan het vereiste van voldoende samenhang is voldaan, kan het opschortingsrecht in beginsel worden ingeroepen. Ook dan kan echter worden aangenomen dat onder omstandigheden het inroepen van het opschortingsrecht niet gerechtvaardigd is. Streefkerk voert aan dat dit volgt uit de volgende zinsnede uit artikel 6:52 BW: 'voldoende samenhang om *deze* opschorting te *rechtvaardigen*'.⁴⁹ Dit wordt wel de proportionaliteitseis genoemd. Hiermee wordt bedoeld dat de redelijkheid en billijkheid met zich kunnen meebrengen dat de schuldenaar zijn bevoegdheid tot opschorting voor een deel of het geheel verliest.⁵⁰ Dit houdt in dat de rechter bepaalt dat het opschortingsrecht niet voor het geheel van de opeisbare vordering kan worden ingeroepen, maar dat de rechter matigend optreedt.

In de handelsrechtelijke rechtspraak heeft zich dat enkele malen voorgedaan voor het retentierecht van de vervoerder ten opzichte van de ladingontvanger. Deze rechtspraak wordt verderop besproken. In die gevallen is echter sprake van een toetredende partij. In gevallen waarin het opschortingsrecht wordt uitgeoefend ten opzichte van de oorspronkelijke contractspartij, zal niet snel mogen worden aangenomen dat de hoogte ervan gematigd wordt. Deelnemers aan het handelsverkeer dienen zoveel mogelijk zelfstandig hun rechtspositie te kunnen bepalen. Aan de redelijkheid en billijkheid komt dan slechts een beperkte werking toe.⁵¹

Hierbij speelt het begrip ondeelbaarheid een rol. Het retentierecht is ondeelbaar.⁵² Dat betekent dat het retentierecht pas tenietgaat op het moment dat de gehele vordering is voldaan. Geeft de retentor een deel van de zaken vrij, dan kan hij op de resterende zaken een retentierecht uitoefenen voor het geheel van de vordering. In de hierboven genoemde uitspraak *Bottelbedrijf/Boelen* kan men stellen dat daarvan sprake was geweest. Een deel van de gebottelde flessen was vrijgegeven, terwijl een ander deel nog onder de bottelaar lag. Redelijkheid en billijkheid kunnen echter met zich meebrengen dat gedeeltelijke betaling ook moet leiden tot gedeeltelijke vrijgave van de zaken.⁵³

2.2.2.4 (On)gelijk oversteken. Zekerheidsstelling

De volgorde waarin de prestaties dienen plaats te vinden, is van belang voor de vraag of een opschortingsrecht kan worden ingeroepen. Dat bleek al hiervoor (§ 2.2.2.2) waar het ging over de opeisbare vordering. Van een opeisbare vordering is slechts sprake wanneer de vordering voor of uiterlijk tegelijkertijd met de verbinding

49. Streefkerk 2006, p. 32. Clerx 1983, p. 428.

50. PG Boek 6 BW, p. 207. Gedoeld wordt op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, uit de art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW. Heyning-Plate 1969, p. 94-99, 189.

51. Vgl. over de rol van de redelijkheid en billijkheid in het handelsverkeer in het algemeen, Haak 1997c.

52. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 724. Voor het pand- en hypotheekrecht, zie art. 3:230 BW.

53. PG Boek 6 BW, p. 207 (6:52 BW). Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 724.

tenis van de schuldenaar moet worden nagekomen. In het geval de vordering opeisbaar wordt op een later moment dan het ogenblik waarop de zaken dienen te worden afgegeven, kan geen opschortingsrecht worden ingeroepen.

In artikel 6:52 BW wordt niet vermeld welke partij als eerste moet presteren, het is aan de wil van partijen overgelaten. Het kan zijn dat partijen afspreken welke partij het eerst dient te presteren. Er is dus sprake van ongelijk oversteken of *Vorleistung*. De regels zijn dan duidelijk. Slechts degene die het laatst moet presteren kan een opschortingsrecht inroepen.⁵⁴

Spreekt partijen niets af dan dienen partijen gelijk over te steken. Gelijkijdig presteren zal in de logistieke dienstverlening meestal onmogelijk zijn. De afgifte van zaken kost immers meestal veel meer tijd dan het betalen van de vordering. De wetgever heeft dit type situaties onderkend en stelt dat bij veel overeenkomsten, 'in het bijzonder die waarbij de prestatie van de ene partij, die in een doen bestaat, veel meer tijd in beslag neemt dan die van de ander, is een gelijk oversteken niet alleen niet gebruikelijk, maar zelfs geheel onmogelijk. Voor zover dit punt dus niet in een bepaling bij de bijzondere contracten of in de overeenkomst tussen partijen is geregeld, zal het ongeschreven recht bepalen of partijen gelijk moeten oversteken en zo neen, welke partij het eerst moet presteren.'⁵⁵ Het hier gegeven citaat is instructief, want het wijst erop dat bij een doen, waaronder men ook het teruggeven van de zaken kan verstaan, het onmogelijk is dat partijen gelijk oversteken.

Ook logisch gezien draagt de eis van gelijk oversteken een probleem met zich mee. Het betekent immers dat de vordering nog niet opeisbaar is voor de teruggave van de zaken, maar tegelijkertijd met de afgifte van de zaken. De vraag is dan wanneer de schuldenaar een opschortingsrecht kan inroepen. Strikt genomen kan dat, bij gelijk oversteken, pas op het ogenblik dat hij de zaken teruggeeft. Immers dan pas wordt de vordering opeisbaar. Dit kan leiden tot een impasse. De schuldenaar wil de zaken niet teruggeven omdat hij zijn vordering niet betaald krijgt, maar de vordering is pas opeisbaar op het moment dat hij de zaken teruggeeft. Een betere oplossing lijkt daarom de aanname dat de vordering een ondeelbaar ogenblik voor het tijdstip van de aflevering opeisbaar wordt.⁵⁶ Omdat de vordering op deze wijze eerder dan de aflevering opeisbaar is geworden, kunnen de zaken ook teruggehouden worden in het geval niet wordt betaald. Een impasse wordt daarmee voorkomen.⁵⁷

54. PG Boek 6 BW, p. 994 (art. 6:262 BW). Op deze regel bestaan enkele uitzonderingen. De schuldenaar kan een opschortingsrecht inroepen wanneer duidelijk is dat nakoming door de wederpartij blijvend onmogelijk is (6:54 sub b BW). Zie hierover ook art. 6:80 BW (*anticipatory breach*) dat regelt onder welke omstandigheden er sprake is van (al dan niet dreigende) wanprestatie ondanks het feit dat de vordering nog niet opeisbaar is. Hetzelfde geldt bij toepasselijkheid van art. 6:263 BW (onzekerheidsexceptie).

55. PG Boek 6 BW, p. 994 (art. 6:262 BW).

56. Schmidt 2010, p. 28. Koller 2010, § 420 HGB, nr. 3. Beiden spreken over een logische seconde in de context van het vervoer, maar de ratio laat zich uitbreiden tot alle gevallen waarin het retentierecht wordt ingeroepen bij de afgifte van de zaken en de vordering dan opeisbaar wordt. Een ander standpunt zou immers betekenen dat de vordering nog niet opeisbaar is als wordt overgegaan tot aflevering. Een retentierecht kan dan niet worden ingeroepen op grond van art. 6:52 BW, dat immers is beperkt tot opeisbare vorderingen. Vgl. Asser/Scholten 1945, p. 556: eerst dient de mindere verplichting te zijn voldaan en daarna pas de hoofdverplichting. Thors 1934, p. 14-15.

57. Dit standpunt vindt steun in de parlementaire geschiedenis, waar wordt opgemerkt dat ook in gevallen van 'gelijk oversteken' niet voor een impasse behoeft te worden gevreesd, omdat de partij die niet wenst na te komen dit door woord en handeling zal duidelijk maken. 'Wie geen geld bij zich heeft, krijgt het gerepareerde horloge niet mee.' PG Boek 6 BW, p. 210 (art. 6:52 BW).

In de situatie dat partijen gelijktijdig moeten presteren, komt hen tegelijkertijd een beroep op een opschortingsrecht toe. Onder bijzondere omstandigheden zullen de beide partijen inderdaad gelijktijdig een beroep doen op een opschortingsrecht. Een voorbeeld is het geval waarin de ene partij de zaken niet wil afgeven omdat hij niet wordt betaald en daarom een beroep doet op een opschortingsrecht.

Daarnaast doet ook de andere partij een beroep op een opschortingsrecht, omdat vrees bestaat dat de wederpartij niet meer aan de afgifte van de zaken zal kunnen voldoen, bijvoorbeeld omdat een derde beslag op de zaken heeft gelegd.

In de parlementaire geschiedenis is dit punt aan de orde geweest.⁵⁸ De regeringscommissaris geeft aan geen probleem te zien en gebruikt in deze context het begrip 'hokken'. Voor 'de vraag wie, in gevallen van gelijk oversteken, (...) mag opschorten, is beslissend bij wiens wederpartij de nakoming het eerst hokt.'⁵⁹ Met de term 'hokken' wordt kennelijk 'stokken' bedoeld.⁶⁰ Wat de oorzaak van het 'hokken' is, wordt door de wetgever niet nader toegelicht. In ieder geval is er sprake van een opeisbare vordering of verbintenis die niet wordt nagekomen.⁶¹ In dat geval mag degene bij wiens wederpartij de nakoming hokt, opschorten en de wederpartij niet. Dit volgt uit artikel 6:59 BW en 6:54 BW. Geeft de schuldeiser de schuldenaar grond tot opschorting door zelf niet na te komen, dan geraakt zij in schuldeisersverzuim (6:59 BW) en zal zij haar bevoegdheid tot opschorting verliezen (6:54 BW). De vraag bij wie de nakoming het eerst blijft hangen, door Hijma aangeduid als de 'roemruchte hokvraag', heeft daarom slechts zin indien een van beide partijen wel tot nakoming in staat is, maar die partij de nakoming opschort wegens het niet presteren van de andere partij.⁶² De opschortende partij moet dus de intentie hebben om de overeenkomst zijnerzijds na te komen.⁶³

Hiermee laten zich de meeste gevallen in de logistieke dienstverlening oplossen. In het bovengenoemde geval waarin de schuldeiser de vordering niet wil voldoen omdat er beslag op de zaken is gelegd en er daarom vrees bestaat dat de schuldenaar de zaken niet zal kunnen afgeven, moet de oplossing als volgt zijn. De vordering dient pas te worden betaald op het moment dat de schuldenaar overgaat tot afgifte

58. PG Boek 6 BW, p. 208. PG Boek 6 BW, p. 210 (art. 6:52 BW). In de Commissie werd de vrees uitgesproken dat beide partijen tot opschorting zouden kunnen overgaan. In antwoord hierop werd betoogd dat bij deze situatie in de eerste plaats de vraag moet worden gesteld of door beide partijen gelijktijdig gepresteerd moet worden, dan wel dat eerst de een en terstond daarop de ander moet presteren, dan wel de een moet presteren naarmate een enige tijd in beslag nemende prestatie van de ander tot stand komt. Welk geval zich voordoet zal afhangen van zowel de tussen partijen bestaande rechtsverhouding, in de regel een overeenkomst, als de aard van de prestatie.

59. PG boek 6 BW, p. 203 (voor art. 6:52 BW).

60. De advocaat-generaal Huydecoper geeft deze uitleg uit het Van Dale-woordenboek, in noot 14 van zijn conclusie onder HR 11 januari 2008, NJ 2009, 342 m.nt. Jac. Hijma (*Hartendorp/Kooij*).

61. Vgl. ov. 21 uit de conclusie van advocaat-generaal Huydecoper bij genoemd arrest. Oosterveen 2009 (T&C BW), art. 6:52 BW, aant. 4.

62. R.o. 3.5.3 van de Hoge Raad in HR 11 januari 2008, NJ 2009, 342 m.nt. Jac. Hijma (*Hartendorp/Kooij*).

63. Dat volgt ook uit HR 5 december 1997, NJ 1998, 169 (*Kloth/Stripac*), r.o. 3.5: 'Voldoende is immers dat degene die zich op het opschortingsrecht beroept, daarbij duidelijk te kennen geeft dat hij verlangt dat de wederpartij alsnog behoorlijk nakomt, en dat hij in dat geval ook zijnerzijds zal nakomen.' Vlg. verder HR 23 september 1994, NJ 1995, 26 (*Dinjens/Vissers Automaten*). Deze opvatting is ook rechtsvergelijkend de heersende. Zie ov. 29 van de conclusie van advocaat-generaal Huydecoper onder HR 11 januari 2008, NJ 2009, 342 m.nt. Jac. Hijma (*Hartendorp/Kooij*). *Duits recht*: zie § 320 BGB. *MünchKomm BGB (Emmerich)* 2007, § 320, nr. 6. *Engels recht*: Wilson 2010, p. 289 merkt hetzelfde op voor de vervoerder. De vervoerder kan een retentierecht uitoefenen voor de vracht voor zover hij zelf 'willing and able' is om de goederen af te leveren. Palmer 2009, nr. 16-050 merkt op dat wanneer de ontvanger de vracht niet wil betalen *termination* van het contract mogelijk is. Dat sluit uiteraard het uitoefenen van een *lien* op de zaken niet uit.

van de zaken. In het onderhavige geval wordt daartoe niet overgegaan en kan de schuldeiser opschorten. De schuldenaar mag daarna niet ook zelf opschorten omdat de nakoming het eerst 'hokt' bij de schuldenaar. Slechts de schuldeiser kan daarom een opschortingsrecht inroepen.

Het probleem van 'hokken' speelt niet in de context van een wederzijdse wanprestatie. In dat geval kunnen de beide partijen de overeenkomst ontbinden, maar mist de regeling van het opschorten van de prestatie zin.⁶⁴ Daarvan was sprake in *Hartendorp/Kooij*.⁶⁵ De koper kon in deze zaak niet de financiering van een huis rond krijgen, terwijl de verkoper het huis niet vrij van huur kon leveren. In een dergelijk geval van wederzijdse wanprestatie komt men niet toe aan de vraag waar de nakoming het eerst 'hokt', deze vraag doet zich slechts voor in het geval een van beide partijen nog wel kan nakomen, maar die nakoming opschort wegens het niet-presteren van de andere partij.

De wederpartij van degene die het opschortingsrecht inroept, kan ervoor kiezen om in plaats van zijn verplichting na te komen, zekerheid te stellen. De bevoegdheid tot opschorting vervalt na het stellen van zekerheid voor de voldoening van de verbintenis (6:55 BW).⁶⁶ De zekerheidsstelling zal eerst te pas komen als iemand zich terecht op een opschortingsrecht beroept. De vraag wie het eerst moet presteren, zal in dat stadium in de regel al beantwoord zijn.⁶⁷

2.2.3 Contractueel retentierecht

Naar Nederlands recht staat het partijen vrij om naast het wettelijke retentierecht een contractueel retentierecht te bedingen.⁶⁸ Iedere logistieke dienstverlener maakt van de geboden mogelijkheid gebruik. Het opslagbedrijf, de stuwadoor, de cargadoor en de fysieke distributeur bedingen allen een retentierecht en een pandrecht in hun algemene voorwaarden. De onderhavige bespreking betreft alleen het contractuele retentierecht.

In de algemene voorwaarden wordt niet steeds gestipuleerd om welke vorderingen het gaat. Er wordt soms eenvoudig gesteld dat het retentierecht kan worden ingeroepen voor hetgeen verschuldigd is door de opdrachtgever.⁶⁹ Met een dergelijke algemene aanduiding blijft onduidelijk waarop de wilsovereenstemming zich richt. Een dergelijke clause loopt daarom het risico dat de rechter dit restrictief uitlegt.⁷⁰

64. HR 11 januari 2008, *NJ* 2009, 342 m.nt. Jac. Hijma (*Hartendorp/Kooij*). PG Boek 6 BW, p. 1003. Schelhaas & Stolp 2009, p. 61.

65. HR 11 januari 2008, *NJ* 2009, 342 m.nt. Jac. Hijma (*Hartendorp/Kooij*).

66. Vgl. ook Van Opstall 1963, p. 100. De regeling is niet van toepassing op de enac en de onzekerheids-exceptie (6:264 BW). In de handel zal aan de genoemde zekerheidsstelling meestal voldaan worden door het aanbieden van een bankgarantie aan de opschortende partij c.q. retentor. Vgl. bijv. Pres. Rb. Rotterdam 10 augustus 1957, *S&S* 1957, 86 (*De Sutter/Damco Scheepvaart*).

67. PG Boek 6 BW, p. 210-211 (art. 6:52 BW).

68. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW). PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW).

69. Zoals in art. 4.7 Algemene Nederlandse Cargadoorsvoorwaarden 2009 en art. 3.8 Rotterdamse Stuwadoorscondities 1976.

70. Een dergelijke restrictieve uitleg van een *general lien* zien we in het Engelse recht. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.50-3.51.

Bijzonder is verder dat niet altijd duidelijk wordt gemaakt dat een retentierecht bedongen wordt voor huidige vorderingen. Een voorbeeld is artikel 9 lid 1 Physical Distribution Voorwaarden.

Artikel 9 lid 1 Physical Distribution Voorwaarden (Stichting Vervoeradres 2003)

De physical distributor heeft jegens ieder, die daarvan afgifte verlangt, een retentierecht op zaken en documenten, die hij in verband met de physical distribution overeenkomst onder zich heeft. (...)

Met dit artikellid wordt wel het object van het retentierecht genoemd, de zaken en documenten, maar wordt niet de vraag beantwoord voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen. Verderop in het artikel vinden we dan wel de zinsnede dat het *eveneens* kan worden uitgeoefend voor hetgeen uit voorgaande overeenkomsten verschuldigd is. *A contrario* dient men dan hieruit te concluderen dat lid 1 een retentierecht bedoelt te regelen voor huidige vorderingen, maar uitdrukkelijk wordt het niet genoemd. Een dergelijke leemte in de regeling kan men aantreffen bij veel verschillende voorwaarden.⁷¹

Verder wordt niet altijd een retentierecht bedongen voor nog niet opeisbare vorderingen.⁷² Hoewel dit type gevallen niet veel zullen voorkomen, lijkt het verdedigbaar dat partijen hiervoor een retentierecht bedingen in hun algemene voorwaarden. Opgenomen zou dan kunnen worden dat een retentierecht wordt bedongen voor alle vorderingen die betrekking hebben op de zaken maar nog niet opeisbaar zijn. Alle algemene voorwaarden bedingen een retentierecht voor oude vorderingen.⁷³ De algemene voorwaarden komen in dit opzicht overeen met artikel 6:52 BW.⁷⁴ Dat na zekerheidsstelling het retentierecht niet meer kan worden ingeroepen, wordt maar zelden expliciet opgenomen in de algemene voorwaarden.⁷⁵ Aangenomen moet worden dat de schuldeiser, wanneer hij de zaak na zekerheidsstelling afgeeft, stilzwijgend afstand doet van retentierecht.

Hiervoor heb ik enkele gebreken genoemd in het retentierecht in de algemene voorwaarden. Wel fraai is de regeling van het retentierecht in de Algemene Opslagvoorwaarden (Stichting Vervoeradres 2002) en in de Voorwaarden voor logistieke activiteiten (Fenex 1995). Deze voorwaarden kunnen in dat opzicht gelden als een model voor de gehele dienstverlening. Ik laat artikel 10 Algemene Opslagvoorwaarden hier volgen:

-
71. Bijvoorbeeld art. 2 lid 1 Algemene Betalingsvoorwaarden (TLN 2002) en art. 23 lid 1 Algemene Vervoercondities (Stichting Vervoeradres 2002).
72. Een retentierecht voor nog niet opeisbare vorderingen wordt bedongen in art. 10 lid 2 Algemene Opslagvoorwaarden (Stichting Vervoeradres 2002), art. 13 lid 1 Voorwaarden voor Logistieke Activiteiten (Fenex 1995), art. 28 lid 1 Nederlandse Opslagvoorwaarden (Fenex 1995) en art. 3.9 VRTO-voorwaarden 2009. Een dergelijk beding is niet aanwezig in art. 9 Physical Distribution Voorwaarden (Stichting Vervoeradres 2003).
73. Art. 10 lid 3 Algemene Opslagvoorwaarden (Stichting Vervoeradres 2002). Art. 9 lid 3 Physical Distribution Voorwaarden (Stichting Vervoeradres 2003). Art. 2 lid 3 Algemene Betalingsvoorwaarden TLN 2002. Art. 13 lid 2 Voorwaarden voor Logistieke Activiteiten (Fenex 1995). Art. 28 lid 2 Nederlandse Opslagvoorwaarden (Fenex 1995). Art. 3.9 VRTO-voorwaarden 2009.
74. Vgl. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW).
75. Het is te vinden in art. 3.8 Rotterdamsche Stuwadoorscondities 1976.

1. De bewaarnemer heeft jegens ieder, die daarvan afgifte verlangt, een retentierecht op zaken en documenten, die hij in verband met de opslag onder zich heeft. (...)
2. Tegenover de bewaargever kan de bewaarnemer het recht van retentie slechts uitoefenen voor hetgeen hem verschuldigd is of zal worden ter zake van de opslag.
3. De bewaarnemer kan het in lid 2 van dit artikel toegekende recht van retentie eveneens uitoefenen voor hetgeen hem door de bewaargever nog verschuldigd is in verband met voorgaande opslagovereenkomsten.

2.2.4 Engels recht

Het Engelse recht kent, anders dan het Nederlandse recht, geen algemene regeling van het retentierecht. Het retentierecht is versnipperd door het gehele recht te vinden.

Naar Engels recht kan een retentierecht van rechtswege tot stand komen op drie manieren. Het kan tot stand komen op grond van *common law*, *statute of equity* (bijkelijkheid). Het retentierecht dat op grond van een *statute (statutory lien)* tot stand komt, blijft hier buiten beschouwing omdat deze voor de logistieke dienstverlening niet relevant is.⁷⁶ De *equitable lien* blijft eveneens onbehandeld.⁷⁷ Ik kwam geen gevallen tegen waarin een logistiek dienstverlener een beroep deed op een *equitable lien*. Wel wordt behandeld het retentierecht dat van rechtswege tot stand komt, de *common law lien*.⁷⁸ Daarnaast kan een retentierecht worden overeengekomen (*contractual lien*), ook deze figuur wordt besproken.⁷⁹

Er bestaan naar het Engelse recht verschillende *common law liens*. Onder meer bestaat naar *common law* een retentierecht voor de houder (*bailee*), de vertegenwoordiger (*agent*) en de bewaarnemer.⁸⁰ Voor zover de cargadoor, de stuwadoor en de fysieke distributeur optreden als houder of vertegenwoordiger kunnen ze dus een beroep doen op een *common law lien*. Dit retentierecht is echter beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op de zaken (*particular lien*). Het opslagbedrijf kan zich beroepen op een aparte *common law lien*. In de literatuur is betwist of dit retentierecht zich ook uitstrekt voor oude vorderingen die de bewaarnemer op zijn wederpartij heeft (*general lien*).⁸¹

De cargadoor, stuwadoor, fysieke distributeur en het opslagbedrijf bedingen daarnaast een retentierecht in hun algemene voorwaarden. Het gaat dan steeds om een *general lien*, dat wil zeggen een retentierecht voor alle vorderingen die de schuldeiser

76. Een voorbeeld van een *statutory lien* is de *lien* voor de onbetaalde verkoper, s. 41 Sale of Goods Act 1979.

77. Voor de *equitable lien* is niet noodzakelijk uitoefening van macht over de zaken vereist. De *equitable lien* wordt daarom wel gelijk gesteld met de *equitable charge*. Ook voor de *charge* is geen macht over de zaken vereist. Vgl. het Nederlandse stil pandrecht. Een *charge* komt tot stand na wilsovereenstemming; een *equitable lien* van rechtswege. Worthington 2000, p. 380. Palmer & Mason 1997, p. 354, 382. Phillips 1998.

78. De *common law lien* ontstaat van rechtswege. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.58.

79. Palmer & Mason 1997, p. 352-356.

80. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.63. Daarnaast maak ik ook alvast melding van de *banker's lien*. Dit wordt echter soms gekarakteriseerd als een *implied pledge*, omdat het met zich meedraagt het recht van parate executie. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.67. Paget/Hapgood 2007, p. 706.

81. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.63. Palmer & Mason 1997, nr. 727.

op zijn wederpartij heeft. Het gaat dan zowel om huidige als om oude vorderingen. Een retentierecht voor nog niet opeisbare vorderingen lijkt niet in de algemene voorwaarden te worden bedongen. Wanneer in het contract is opgenomen dat eerst zal worden afgeleverd, waarna de betaling volgt, dan is hierin afstand van retentierecht te zien.⁸² Na zekerheidsstelling kan in beginsel geen retentierecht meer worden uitgeoefend.⁸³ In de praktijk betekent dit dus dat de bovengenoemde logistieke dienstverleners onder alle gevallen een retentierecht toekomt voor huidige en oude vorderingen.

2.2.5 Duits recht

De Duitse regeling van het retentierecht heeft model gestaan voor het Nederlandse opschortingsrecht.⁸⁴ Het Duitse recht kent, net als het Nederlandse recht, een algemene regeling van het retentierecht. Het is te vinden in §§ 273-274 BGB. Ook is een regeling van de *exceptio non adimpleti contractus* te vinden (§ 320 BGB).⁸⁵ Van belang is daarnaast het retentierecht van de *Besitzer*, § 1000 BGB. In Nederlandse begrippen uitgeduid kan hiermee zowel de houder als de bezitter worden bedoeld. Het artikel komt ongeveer overeen met artikel 3:120 lid 3 (jo. 3:124 BW), en wordt verder niet besproken. Daarnaast is in het *Handelsgesetzbuch*, voor kooplieden een algemeen retentierecht opgenomen in § 369 HGB. In het *Handelsgesetzbuch* zijn verder verspreide wettelijke pandrechten te vinden. Dit zijn pandrechten die van rechtswege tot stand komen. Voor ons onderwerp zijn de belangrijkste wettelijke pandrechten, die van de vervoerder, expediteur en de bewaarnemer.⁸⁶ Deze paragraaf is geconcentreerd op de algemene regeling van het retentierecht (§ 273 BGB) en voor kooplieden (§ 369 HGB). Het wettelijke pandrecht van de vervoerder wordt in paragraaf 2.4.8 besproken, de wettelijke pandrechten van de expediteur en de bewaarnemer zijn hiervan afgeleid.

Het belangrijke artikel § 273 BGB luidt als volgt:

§ 273 BGB Zurückbehaltungsrecht

(1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem Seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

(2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens

82. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.64.

83. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.65. Vgl. voor een geval van zekerheidsstelling in het vervoer beoordeeld naar Engels recht: Hof 's-Gravenhage 1 december 2009, *S&S* 2010, 62 (*Lehmann Timber*).

84. Streefkerk 2006, p. 8.

85. Ahrens 2003, p. 41 noemt dit ook een *Zurückbehaltungsrecht*.

86. Vervoerder: § 441 HGB. Expediteur: § 464 HGB. Bewaarnemer: § 475b HGB. Andere belangrijke artikelen met betrekking tot het pandrecht zijn de volgende. De algemene regeling van het pandrecht is te vinden in § 1204-1296 BGB. Een algemene regeling van de wettelijke pandrechten is te vinden in § 366-368 HGB. Een wettelijk pandrecht komt ook toe aan de *Verfrachter* (§ 623 HGB), *Beförderer* (§ 674 HGB), *Vergütungsberechtigten* (§ 726 HGB), *Berger* (§ 751 HGB) en de *Schiffsgläubiger* (§ 755 HGB).

zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

(3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Het retentierecht is gebaseerd op de goede trouw (*Treu und Glauben*). De schuldeiser die zelf niet wil betalen, mag niet de prestatie van de schuldenaar vorderen.⁸⁷ De schuldenaar, die een opeisbare vordering heeft op de schuldeiser, kan de verplichting tot afgifte van de zaak opschorten (*verweigern*), in het geval de opeisbare vordering en de verschuldigde handeling voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding. Er dient dus sprake te zijn van een samenhang of verknochtheid tussen de beide prestaties. In de literatuur is het criterium ‘uit dezelfde rechtsverhouding’ enorm opgerekt.⁸⁸ Het behoeft niet te gaan om vorderingen die beide voortvloeien uit dezelfde overeenkomst, ook vorderingen uit eerdere overeenkomsten kunnen als samenhangend worden gezien.

Is er sprake van *Vorleistung*, dat wil zeggen dat de ene partij moet presteren voordat de andere partij behoeft te presteren, dan kan slechts de partij die het laatst moet presteren een retentierecht invoeren. Een bekend beding is bijvoorbeeld ‘aflevering tegen factuur’. In dat geval kan geen retentierecht worden ingeroepen.⁸⁹

De vordering dient opeisbaar te zijn. Voor toekomstige vorderingen kan het retentierecht niet worden ingeroepen.⁹⁰ Wordt de vordering opeisbaar bij de aflevering dan kan het retentierecht worden ingeroepen. Het retentierecht mag na zekerheidsstelling niet meer uitgeoefend worden (§ 273 lid 3 BGB). Al met al komt het artikel grotendeels overeen met artikel 6:52 BW.

Voor kooplieden is een retentierecht opgenomen in § 369 HGB. Dit artikel luidt als volgt:

§ 369 HGB

(1) Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzübertragen ist.

87. Ahrens 2003, p. 132. MünchKomm BGB (Krüger) 2007, § 273 BGB, nr. 1. BGH 18.01.1990, BGHZ 110, 99, 103. BGH 11.04.1984, BGHZ 91, 73, 83.

88. PG Boek 6 BW, p. 205 (art. 6:52 BW). Ahrens 2003, p. 134-135. MünchKomm BGB (Krüger) 2007, § 273 BGB, nr. 13. BGH 22.02.1967, BGHZ 47, 157, 167. BGH 17.03.1975, BGHZ 64, 122, 125. BGH 27.09.1984, BGHZ 92, 194, 196. BGH 03.07.1991, BGHZ 115, 99, 103.

89. MünchKomm BGB (Krüger) 2007, § 273 BGB, nr. 44.

90. In het ondernemingsrecht (*Gesellschaftsrecht*) wordt echter onder bijzondere omstandigheden wel een retentierecht toegestaan voor een nog niet opeisbare vordering MünchKomm BGB (Krüger) 2007, § 273 BGB, nr. 30, 32.

(2) Einem Dritten gegenüber bestaat das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

(3) Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet.

(4) Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Het retentierecht van de *Kaufmann* uit § 369 HGB gaat verder dan het algemene retentierecht uit § 273 BGB. Een belangrijk verschil is dat het retentierecht van de *Kaufmann* het recht van parate executie kent (371 HGB).⁹¹ De vordering moet opeisbaar zijn.⁹² Een in vergelijking met het Nederlandse retentierecht belangrijke restrictie, is de volgende. De zaken moeten toebehoren aan de wederpartij, de schuldenaar. De schuldenaar moet dus eigenaar van de zaken zijn.

Is dat het geval, dan kan het retentierecht ook aan een derde met een jonger (eigendoms)recht worden tegengeworpen. Ten opzichte van een derde met een ouder eigendomsrecht, kan geen retentierecht worden ingeroepen.⁹³ Behoren de zaken niet toe aan de wederpartij, dan kan de *Kaufmann* wel een beroep op een wettelijk pandrecht openstaan. Een wettelijk pandrecht is onder meer opgenomen voor de vervoerder, expediteur en bewaarnemer, en kan worden tegengeworpen aan alle derden. Het wettelijk pandrecht van de bewaarnemer is te vinden in § 475b HGB. Ik geef dit artikel weer.

§ 475b lid 1 HGB Pfandrecht

Der Lagerhalter hat wegen aller durch den Lagervertrag begründeten Forderungen sowie wegen unbestrittener Forderungen aus anderen mit dem Einlagerer abgeschlossenen Lager-, Fracht- und Speditionsverträgen ein Pfandrecht an dem Gut. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Forderung aus einer Versicherung sowie auf die Begleitpapiere.

Een gelijksoortig artikel (§ 441 HGB) wordt verderop besproken bij de vervoerder. Hier kan worden opgemerkt dat het wettelijk pandrecht in te roepen is voor huidige vorderingen. Daarnaast kan het worden uitgeoefend voor oude vorderingen, maar alleen voor zover ze onbestreden zijn.

Bij *Vorleistung*, bijvoorbeeld bij het beding 'aflevering tegen factuur', kan het retentierecht niet worden ingeroepen.⁹⁴ Het retentierecht kan niet meer worden ingeroepen na zekerheidsstelling (§ 369 lid 4 HGB).

Naar Duits recht kan een pand- en retentierecht worden bedongen in de algemene voorwaarden. In de logistieke dienstverlening geschiedt dit op grote schaal. Voor

91. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 11-12.

92. Ahrens 2003, p. 189. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 32.

93. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 41, 48, 67.

94. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 55. Ook in het geval van § 369 lid 3 HGB kan het retentierecht niet worden ingeroepen.

het pandrecht gelden dan de algemene regels uit het BGB. In het bijzonder moet de pandgever over de zaken kunnen beschikken. Bijzonder is dat men in de algemene voorwaarden soms expliciet uitdrukt dat men niet verder wil gaan dan de wettelijke regeling.

2.2.6 Bevindingen

In het voorgaande is het wettelijke retentierecht uit artikel 3:290 BW als species van het genus opschortingsrechten (6:52 jo. 6:57 BW) geanalyseerd. Daarnaast werd het contractuele retentierecht behandeld.

Naar Nederlands recht blijkt dat het wettelijke en het contractuele retentierecht leiden tot het resultaat dat het retentierecht voor alle vorderingen die de schuldeiser op zijn wederpartij heeft, kan worden ingeroepen. Het kan daarom zowel voor huidige als voor oude vorderingen worden uitgeoefend. Het wettelijke en contractuele retentierecht lopen hier samen op.

Het wettelijke retentierecht is beperkt tot opeisbare vorderingen. Het contractuele retentierecht strekt zich soms ook uit tot nog niet opeisbare vorderingen. Op het ogenblik bestaat voor deze uitbreiding in de praktijk geen noodzaak.

Of een retentierecht kan worden ingeroepen, hangt grotendeels af van de vraag of degene die de zaken moet afgeven eerder of later moet presteren dan degene die de vordering moet betalen. Slechts in het geval de vordering eerst moet worden betaald, kan een retentierecht worden ingeroepen. Na het stellen van zekerheid vervalt echter de bevoegdheid tot het inroepen van een retentierecht. De meeste algemene voorwaarden vermelden niet dat het retentierecht na het stellen van zekerheid vervalt. Wanneer de schuldeiser echter het stellen van zekerheid accepteert, dan kan men hierin een afstand van retentierecht zien. In het ontwerpverdrag voor de *operators of transport terminals* wordt dat uitdrukkelijk naar voren gebracht. Onderzoek van het Engelse en Duitse recht laat zien dat het Engelse en Duitse recht in alle opzichten naar het resultaat overeenstemmen met het Nederlandse recht. Steeds is een retentierecht voor huidige en oude vorderingen mogelijk.

2.3 Het retentierecht van de expediteur

2.3.1 Rechtsbronnen

Volgens de wet is de expediteur een persoon die doet vervoeren (8:60 BW).⁹⁵ Dit wordt meestal aangeduid als expeditiewerkzaamheden in enge zin. In de praktijk verricht de expediteur nog verschillende andere werkzaamheden voor zijn opdrachtgever, zoals opslag, distributie, douanewerkzaamheden, enzovoort, de zogenoemde nevenwerkzaamheden of *prestations accessoires*.⁹⁶ De expediteur handelt dus in veel gevallen ook als douane-expediteur en opslagbedrijf. Het gaat dan om expeditiewerkzaamheden in ruime zin.

95. *Oud recht*: art. 86 oud-K. *Duits recht*: § 453 HGB.

96. PG Boek 8 BW, p. 107 e.v. Haak & Zwitser 2003, p. 449. Beukering-Rosmuller 1992, p. 7-10. *Duits recht*: MünchKomm HGB (Bydlinski) 2009, § 454 HGB, nr. 4, 55.

De rechtspositie van de expediteur is niet in een internationaal verdrag geregeld.⁹⁷ De vraag of een zekerheidsrecht aan de expediteur toekomt, is daarmee overgelaten aan het nationale recht. Het retentierecht van de expediteur is te vinden in de wet, in artikel 8:69 BW. Daarnaast is een retentierecht en pandrecht opgenomen in de algemene voorwaarden van de expediteur.⁹⁸ Verder heeft de internationale organisatie FIATA, die opkomt voor de belangen van de expediteur, een aantal modelregels opgesteld, de *Fiata model rules for freight forwarding services*, die ook een model van retentierecht regelen.⁹⁹ Het retentierecht uit deze *Model Rules* is niet van rechtswege van toepassing, maar slechts voor zover de partijen in de overeenkomst naar deze *Model Rules* verwijzen.¹⁰⁰ De regels zijn van toepassing op de expeditie in ruime zin, het kan dus ook gaan om werkzaamheden zoals opslag en distributie.¹⁰¹ Het retentierecht luidt als volgt:

Artikel 15 Model Rules. General lien

The Freight Forwarder shall, to the extent permitted by the applicable law, have a general lien on the Goods and any documents relating thereto for any amount due at any time to the Freight Forwarder from the Customer including storage fees and the cost of recovering same, and may enforce such lien in any reasonable manner which he may think fit.

Voor zover dat past binnen het nationale recht, geven deze modelregels een *general lien* voor de expediteur. Met een *general lien* wordt in het Engelse recht steeds bedoeld een retentierecht voor alle vorderingen die de retentor op zijn wederpartij heeft.¹⁰² Het retentierecht kan zich dan ook uitstrekken tot voorgaande opdrachten die de expediteur heeft uitgevoerd voor zijn opdrachtgever. We zullen deze door de Fiata gewenste positie vergelijken met het Nederlandse, Engelse en Duitse recht.

2.3.2 Artikel 8:69 lid 2 BW

2.3.2.1 Retentierecht voor doen vervoeren van goederen en nevenwerkzaamheden

In Boek 8 BW is een retentierecht te vinden voor de verschillende vervoerders en de expediteur. De artikelen kennen steeds dezelfde opbouw. Lid 1 bevat het bijzondere recht om afgifte van de zaken te weigeren. Dit is geen retentierecht.¹⁰³ Lid 2

97. Er is een ontwerpverdrag, dat echter nooit in werking is getreden, waarin de expediteur optreedt als multimodaal vervoerder, namelijk de *Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods*. Dit verdrag wordt besproken in § 2.4.2.3.

98. Art. 19 Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004). Het pandrecht wordt behandeld in hoofdstuk 5. Hierover ook Muller 1997. Haak & Zwitser 2003, p. 498 e.v.

99. FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services. Te raadplegen op fiata.com. Art. 15 (*general lien*) Model Rules luidt: 'The Freight Forwarder shall, to the extent permitted by the applicable law, have a general lien on the Goods and any documents relating thereto for any amount due at any time to the Freight Forwarder from the Customer including storage fees and the cost of recovering same, and may enforce such lien in any reasonable manner which he may think fit.'

100. Art. 1.1 Model Rules for Freight Forwarding Services.

101. Art. 2.1 Model Rules.

102. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.50.

103. Aanvankelijk was het wel een retentierecht. Zie hierna § 2.4.3.1, waar de geschiedenis van het retentierecht bij de vervoerder wordt uiteengezet. Vgl. Haak 1992, p. 14-15. Haak 1997b, p. 82-85. Haak & Zwitser 2003, p. 493 e.v.

regelt het retentierecht, terwijl in lid 3 de derdenwerking aan de orde is.¹⁰⁴ Artikel 8:69 lid 2 BW regelt het retentierecht van de expediteur.

Artikel 8:69 lid 2 BW

De expediteur kan het recht van retentie uitoefenen op zaken of documenten, die hij in verband met de overeenkomst onder zich heeft, voor hetgeen hem ter zake van de overeenkomst door zijn opdrachtgever verschuldigd is of zal worden. Hij kan dit recht tevens uitoefenen voor hetgeen bij wijze van rembours op de zaak drukt. Dit retentierecht vervalt zodra aan de expediteur is betaald het bedrag waarover geen geschil bestaat en voldoende zekerheid is gesteld voor de betaling van die bedragen, waaromtrent wel geschil bestaat of welke hoogte nog niet kan worden vastgesteld. De expediteur behoeft echter geen zekerheid te aanvaarden voor hetgeen bij wijze van rembours op de zaak drukt.

Het retentierecht kan worden uitgeoefend op de zaken of documenten die de expediteur onder zich heeft en slechts voor hetgeen hem door de opdrachtgever verschuldigd is of zal worden ter zake van de overeenkomst.

Met de verwijzing naar de overeenkomst wordt bedoeld op de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen (8:60 BW). Artikel 8:60 BW geeft aan dat een expeditieovereenkomst is een overeenkomst van doen vervoeren waarbij de expediteur zich jegens de opdrachtgever verbindt om te haren behoefte met een vervoerder een of meer overeenkomsten van vervoer te sluiten. Artikel 8:69 lid 2 BW geldt daarom in beginsel alleen voor zover het past binnen de overeenkomst van doen vervoeren. Dat lijkt echter onmogelijk. De expediteur heeft alleen de opdracht om een overeenkomst te sluiten en niet om de zaken onder zich te nemen. In de parlementaire geschiedenis wordt dit ook opgemerkt.

‘Dit onder zich krijgen [van de goederen, HL] vloeit echter niet voort uit het enkele afsluiten van een overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen en in de praktijk vindt het dan ook niet steeds plaats.’¹⁰⁵

Uiteraard kan de expediteur de zaken wel onder zich krijgen, maar dat zal dan meestal zijn in het kader van de uitvoering van bepaalde nevenwerkzaamheden. Hierop ziet artikel 8:69 lid 2 BW strikt genomen niet. De expediteur kan voor deze nevenwerkzaamheden een beroep doen op artikel 6:52 BW. Soms voert de expediteur het vervoer zelf uit. Hij is dan echter geen expediteur meer, maar vervoerder (8:61 BW). Als vervoerder kan hij dan een beroep doen op de vervoerrechtelijke retentierechten, die in de volgende paragraaf zullen worden behandeld. Het lijkt er daarom op het eerste gezicht op dat artikel 8:69 lid 2 BW een dode letter is. Dat behoeft echter niet het geval te zijn. In de parlementaire geschiedenis is namelijk uitdrukkelijk opgemerkt dat het aan de prudentie van de rechter is overgelaten om de bepalingen uit afdeling 8.2.3, de expeditieregeling, ook te betrekken op nevenwerkzaamheden, alhoewel deze naar de letter van de wet niet

104. Lid 1 en 3 worden inhoudelijk behandeld in hoofdstuk 4.

105. PG Boek 8 BW, p. 108. *Engels recht*: Palmer 2009, nr. 23-011.

onder de regeling vallen.¹⁰⁶ De rechter staat daarmee voor de keus om artikel 8:69 lid 2 BW eng uit te leggen, dat wil zeggen enkel toe te passen op de expeditie in enge zin, of ruime toepassing na te streven, dus voor expeditie in ruime zin. Naar mijn mening doet de rechter er goed aan om artikel 8:69 lid 2 BW eng uit te leggen. Voor nevenwerkzaamheden kan dan een beroep worden gedaan op het algemene opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW of een ander bijzonder retentierecht. Ik zal dat nu nader toelichten aan de hand van een bespreking van de inhoud van het wettelijke en contractuele retentierecht en enkele rechtsvergelijkende opmerkingen.¹⁰⁷

2.3.2.2 *Huidige vorderingen. Verhouding tot artikel 6:52 BW*

De retentierechten in Boek 8 BW kennen een nauwere samenhang dan het opschortingsrecht van artikel 6:52 BW.¹⁰⁸ Op grond van artikel 6:52 BW kan de schuldenaar zijn opschortingsrecht ook voor vorderingen uit eerdere tussen hen gesloten overeenkomsten uitoefenen (lid 2). Artikel 8:69 lid 2 BW staat de expediteur slechts een retentierecht toe voor 'hetgeen hem ter zake van de overeenkomst door zijn opdrachtgever verschuldigd is of zal worden'. Het gaat dus om vorderingen die uit de expeditieovereenkomst voortvloeien. Een retentierecht voor vorderingen uit eerdere expeditieovereenkomsten is niet toegestaan.¹⁰⁹

Het retentierecht van de expediteur kent een verschil in redactie met het retentierecht van de vervoerder. Voor de vervoerder is opgenomen dat het retentierecht kan worden uitgeoefend voor hetgeen 'verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken'. Het retentierecht van de expediteur kan worden ingeroepen 'voor hetgeen hem ter zake van de overeenkomst door zijn opdrachtgever verschuldigd is of zal worden'. Met dit verschil in redactie is niet beoogd dat de vereiste samenhang voor de expediteur ruimer zou zijn dan voor de vervoerder. Klaarblijkelijk achtte de wetgever de uitdrukking 'ter zake van de expeditie van de zaken' onvolkomen en is gekozen voor een andere formulering zonder dat een inhoudelijke wijziging is beoogd.¹¹⁰

In de literatuur is wel verdedigd dat voor deze nauwere samenhang van het retentierecht van de expediteur ten opzichte van zijn wederpartij, de opdrachtgever, geen toereikende motivering bestaat.¹¹¹ Inderdaad is dat voor de expediteur nog sterker dan voor de vervoerder. De ratio achter het stellen van een nauwere samenhang wordt toegelicht in de parlementaire geschiedenis bij het retentierecht van

106. PG Boek 8 BW, p. 109. Beukering-Rosmuller 1992, p. 8-9. Haak & Zwitsers 2003, p. 459-461.

107. Zie eventueel meteen al de conclusie in § 2.3.6.

108. Vgl. ov. 25 van de conclusie van procureur-generaal Hartkamp onder HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. K.F. Haak (VGC/Ge SeaCo). Kruissen 2008, p. 61. Haak & Zwitsers 2003, p. 382.

109. Vgl. voor het oude recht, de uitspraak Rb. Maastricht 29 december 1932, NJ 1933, p. 1295-1296 (Société/Meertens).

110. Ov. 25 van de conclusie van procureur-generaal Hartkamp, onder HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. K.F. Haak (VGC/Ge SeaCo).

111. Haak 1992, p. 15. Haak 1997b, p. 93. Haak & Zwitsers 2003, p. 382. Zie verder Van Hasselt 1993, p. 382-383. Groothuis 1997, p. 4. Van Beukering-Rosmuller 1992, p. 20. Aarts 1990, p. 298. Fesevur 1988, p. 233.

de vervoerder: het gaat om bescherming van de ladingontvanger.¹¹² Deze ratio heeft de wetgever kennelijk ook willen overbrengen op de expediteur. Maar dat is onmogelijk, de expediteur in enge zin heeft slechts van doen met zijn opdrachtgever en niet met een ladingontvanger.¹¹³ De rechtvaardiging van de inperking van het retentierecht tot huidige vorderingen, in afwijking van artikel 6:52 BW, is daarmee niet aangetoond. Het Duitse recht kent de expediteur wel een retentierecht toe voor oude vorderingen.¹¹⁴

Voor de expediteur is daarom wel verdedigd dat hem naast een beroep op artikel 8:69 lid 2 BW ook een beroep op artikel 6:52 BW openstaat.¹¹⁵ In de volgende paragraaf, met betrekking tot het retentierecht van de vervoerder, zal ik dit ook verdedigen. De parlementaire geschiedenis verklaart niet waarom het retentierecht van de expediteur tegen de wederpartij-opdrachtgever moet afwijken van de algemene regeling van het opschortingsrecht. Aansluiting bij het opschortingsrecht acht ik daarom gewenst. De gedachte dat de expediteur voldoende bescherming verkrijgt met zijn contractuele retentierecht gaat niet op. Op het contractuele retentierecht zijn de wettelijke regels immers niet van toepassing.¹¹⁶ Dat heeft tot gevolg dat de expediteur met een contractueel retentierecht geen voorrang toekomt, omdat artikel 3:292 BW en 60 Fw niet toepasselijk zijn. Ook is derdenwerking van het contractuele retentierecht, in afwijking van artikel 3:291 BW, in beginsel niet mogelijk. Het heeft daarom zin om het retentierecht van de expediteur uit artikel 8:69 lid 2 BW te beperken tot de expeditie in enge zin. In dat geval is voor alle nevenprestaties steeds een beroep mogelijk op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.

2.3.2.3 Opeisbare en toekomstige vorderingen. Zekerheidsstelling

Het retentierecht van de expediteur kan zowel worden ingeroepen voor opeisbare vorderingen als voor nog niet opeisbare vorderingen, zo volgt uit de eerste zin van artikel 8:69 lid 2 BW, dat besluit met de woorden ‘verschuldigd is of zal worden’. Deze uitbreiding voor nog niet opeisbare vorderingen kent ook het retentierecht van de vervoerder. De regeling is daar verklaarbaar. Artikel 8:484 BW stelt namelijk dat de vracht na de aflevering van de zaken is verschuldigd. De vordering is dus pas opeisbaar na aflevering van de lading. Om nu toch een retentierecht mogelijk te maken, geeft artikel 8:489 lid 2 BW aan dat ook een retentierecht kan worden ingeroepen voor zover het gaat om hetgeen de ontvanger verschuldigd is of zal worden. Met deze zinsnede wordt de situatie gedekt dat de vracht nog niet opeisbaar

112. PG Boek 8 BW, p. 127 (art. 8:69 BW) verwijst voor de motivering van het retentierecht van de expediteur naar de retentierechten van de vervoerders. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW): ‘Het komt de ondergetekende ten ene male onrechtvaardig voor, dat een ontvanger die aan al zijn verplichtingen heeft voldaan, de hem toegezonden goederen niet kan ontvangen, omdat uit overeenkomsten, waaraan hij volkomen vreemd is, nog verplichtingen voortvloeien van zijn afzender, die jegens hem aan zijn verplichtingen voldeed.’

113. De expediteur in enge zin kan dan ook nooit te maken hebben met een toetredende ladingontvanger. De expediteur in ruime zin uiteraard wel, vgl. bijv. Hof Amsterdam 24 juni 1977, *S&S* 1978, 43 (*Hament/Starintex*).

114. *Duits recht*: § 369 HGB (Zurückbehaltungsrecht Kaufmann) en § 464 HGB (Pfandrecht Spediteur).

115. Aarts 1992, p. 298. Fesevur 1988, p. 233. Beukering-Rosmuller 1992, p. 20. Groothuis 1997, p. 4. Van Hasselt 1993, p. 383. Haak 1992, p. 15 voert aan dat de afwijkende regeling van het retentierecht van de expediteur (ten opzichte van artikel 6:52 BW) niet overtuigend is.

116. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW).

is.¹¹⁷ Deze ratio kan echter niet worden gebruikt om het retentierecht van de expediteur te verklaren. De expediteur heeft van doen met zijn opdrachtgever. Eventuele vorderingen op de opdrachtgever zijn in beginsel onmiddellijk opeisbaar (6:38 BW) en daarom zal er in de meeste gevallen niet sprake zijn van een vordering die nog niet opeisbaar is. De uitbreiding van het retentierecht van de expediteur tot toekomstige vorderingen mist daarmee betekenis voor de expediteur in enge zin. Hiervoor is betoogd dat artikel 6:52 BW zich ook niet behoeft uit te strekken tot toekomstige vorderingen. Ook voor de expeditie in ruime zin acht ik de noodzaak van een retentierecht voor toekomstige vorderingen niet aangetoond. Stelt de wederpartij zekerheid, dan gaat de bevoegdheid verloren om een retentierecht aan deze wederpartij tegen te werpen (8:69 lid 2 BW). Het artikel is op dit punt in overeenstemming met artikel 6:55 BW.¹¹⁸

2.3.2.4 *Het remboursbedrag*

Volgens artikel 8:69 lid 2 BW strekt het retentierecht van de expediteur zich uit tot het remboursbedrag. De wet voegt toe dat de expediteur geen zekerheid behoeft te aanvaarden voor hetgeen bij wijze van rembours op de zaak drukt. Rembours behoort tot het vervoer. Bij een rembourszending dient de vervoerder een geldbedrag, het rembours, dat meestal overeenkomt met de koopprijs, te innen van de ontvanger of geadresseerde. Dit remboursbedrag moet de vervoerder vervolgens weer afdragen aan de afzender.¹¹⁹ Het voorgaande betekent dat een retentierecht voor het remboursbedrag zich niet kan voordoen bij de expediteur in enge of ruime zin. Indien immers de expediteur het vervoer zelf uitvoert, dan wordt hij gekwalificeerd als vervoerder (8:61 BW). Als vervoerder valt hij dan niet meer onder de expeditieregeling, maar onder de regels met betrekking tot het vervoer. Daarmee kan hij bijvoorbeeld een beroep doen op het retentierecht van de wegvervoerder dat ook een retentierecht voor het remboursbedrag omvat (8:1131 lid 2 BW).

2.3.3 **Contractueel retentierecht. Nederlandse Expeditievoorwaarden**

De expediteur kan zich niet alleen beroepen op het wettelijke retentierecht uit artikel 8:69 lid 2 BW, maar ook op zijn contractuele retentierecht uit de Fenexvoorwaarden. De wetgever staat toe dat naast het wettelijke retentierecht een contractueel retentierecht wordt bedongen.¹²⁰ In artikel 19 Nederlandse Expeditievoorwaarden is een pand- en retentierecht opgenomen.

Artikel 19 Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004)

1. De expediteur heeft jegens een ieder, die daarvan afgifte verlangt, een pandrecht en een retentierecht op alle zaken, documenten en gelden die

117. Met art. 8:484 BW (zeevervoer) vergelijkbare art. zijn de art. 8:29 BW (vervoer algemeen) en 8:947 BW (binnenvaart). De wetgever ziet naast vracht ook de avarij-grosse als een nog niet opeisbare vordering.

118. Van Hasselt 1993, p. 386. Haak & Zwitser 2003, p. 383. Streefkerk 2006, p. 40.

119. Zie over het rembours de art. 8:953 BW (binnenvaart), 8:1130 BW (wegvervoer) en 17 AVC 2002. Claringbould 1994, p. 235-241 (art. 22 AVC 1983).

120. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW). PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW). Een beroep op een contractueel retentierecht werd niet toegestaan in Rb. Maastricht 29 december 1932, NJ 1933, p. 1295-1296 (*Soci t Meertens*).

- de expediteur uit welke hoofde en met welke bestemming ook onder zich heeft of zal krijgen, voor alle vorderingen die hij ten laste van de opdrachtgever en of eigenaar heeft of mocht krijgen. Bij doorzending van de zaken is de expediteur gerechtigd het verschuldigde bedrag daarop na te nemen of daarvoor een wissel te trekken met aangehechte verladingsdocumenten.
2. De expediteur kan de hem in lid 1 toegekende rechten eveneens uitoefenen voor hetgeen hem door de opdrachtgever nog verschuldigd is in verband met voorgaande opdrachten.
 3. De expediteur is gerechtigd de hem in lid 1 toegekende rechten, tevens uit te oefenen voor hetgeen bij wijze van rembours op de zaak drukt.
 4. Bij niet voldoening van de vordering geschiedt de verkoop van het onderpand op de bij de wet bepaalde wijze of - indien daaromtrent overeenstemming bestaat - ondershands.

De Fenex-voorwaarden zijn niet beperkt tot het doen vervoeren van de goederen (1 lid 1 Fenex-voorwaarden). De voorwaarden zijn ook van toepassing op nevenwerkzaamheden. De Fenex-voorwaarden hebben dus betrekking op de expeditie in ruime zin en geven de expediteur de mogelijkheid om zich voor alle verschuldigde vorderingen op een pand- of retentierecht te beroepen.

Artikel 19 lid 1 Fenex-voorwaarden stemt overeen met het wettelijke retentierecht van artikel 8:69 lid 2 BW. Het contractuele retentierecht is uitgebreid tot toekomstige vorderingen. Het artikellid vermeldt niet om welke niet opeisbare vorderingen het zou moeten gaan.

In lid 2 wordt gestipuleerd dat het contractuele retentierecht ook kan worden uitgeoefend voor vorderingen uit voorgaande opdrachten. Het contractuele retentierecht is daarmee ruimer van opzet dan het wettelijke retentierecht uit artikel 8:69 lid 2 BW, maar stemt in deze overeen met artikel 6:52 BW.

Lid 3 past het retentierecht toe op het remboursbedrag. Anders dan het wettelijke retentierecht, is het contractuele retentierecht niet alleen beperkt tot expeditiewerkzaamheden, maar kan ook het vervoer onder de regeling uit artikel 19 Fenex-voorwaarden vallen. De Fenex-voorwaarden verklaren zichzelf immers ook van toepassing indien de expediteur handelingen verricht die gewoonlijk gedaan worden door een vervoerder (1 lid 1 en lid 2 Fenex-voorwaarden). De uitbreiding van het retentierecht tot het remboursbedrag is daarmee begrijpelijk.

Artikel 19 lid 4 heeft betrekking op het pandrecht en wordt hier verder niet besproken.

2.3.4 Engels recht

Voor de expediteur (*freight forwarder*) bestaat geen *common law lien*. Omdat de expediteur gewoonlijk optreedt als vertegenwoordiger (*agent*), kan hij een beroep doen op de *common law lien* die toekomt aan de vertegenwoordiger.¹²¹ Verder kan hij als houder (*bailee*) een beroep doen op een *common law lien*. Indien de expediteur zelf vervoert, en dus moet worden gekwalificeerd als vervoerder, kan hij zich beroepen

121. Bugden & Lamont-Black 2010, nr. 25-03. Hill 1972, p. 214, nr. 360. *Societa Anonima Angelo Castelletti v. Transmaritime* [1953] 2 Lloyd's Rep. 440, at 449 per Devlin J. *Langley Beldon & Gaunt v Morley* [1965] 1 Lloyd's Rep. 297.

op een *common law lien*.¹²² Het gaat dan steeds om een zogenoemde *particular lien*, dus een retentierecht voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken. In het contract bedingt de expediteur een retentierecht (*contractual lien*). Dit contractuele retentierecht strekt zich uit tot alle vorderingen die de schuldeiser op zijn wederpartij heeft.¹²³

2.3.5 Duits recht

Het *Zurückbehaltungsrecht* uit § 369 HGB is hiervoor beschreven (§ 2.2.5). Het artikel staat aan iedere *Kaufmann*, en daarmee ook aan de expediteur, een retentierecht toe voor alle vorderingen die hij op zijn wederpartij heeft. Een belangrijke voorwaarde is wel dat de wederpartij eigenaar is van de zaken.

In het HGB is een regeling voor de expediteur opgenomen (§§ 453-466 HGB). De expediteur dient voor de verzending van de goederen zorg te dragen. De regeling strekt zich uit tot alle handelingen die noodzakelijk zijn voor de verzending.¹²⁴ Specifiek op de expediteur toegesneden is § 464 HGB, dat het *Pfandrecht* van de expediteur regelt.

§ 464 HGB. Pfandrecht

Der Spediteur hat wegen aller durch den Speditionsvertrag begründeten Forderungen sowie wegen unbestrittener Forderungen aus anderen mit dem Versender abgeschlossenen Speditions-, Fracht- und Lagerverträgen ein Pfandrecht an dem Gut. § 441 Abs. 1 Satz 2 bis Abs. 4 ist entsprechend anzuwenden.

Het slot van dit artikel verwijst naar § 441 HGB, waarin het pandrecht van de vervoerder is geregeld. Dit artikel wordt verderop uitgebreider besproken (§ 2.4.9), maar hier volgt in het kort een weergave van het pandrecht van de expediteur. Het pandrecht komt van rechtswege tot stand, dus zonder dat partijen dit pandrecht in hun overeenkomst behoeven te bedingen. Wel bestaat het vereiste dat de wederpartij van de expediteur, de *Versender*, beschikkingsbevoegd is ten aanzien van de zaken. De expediteur wordt echter snel te goeder trouw geacht. Hij wordt niet alleen beschermd in het geval hij meende met een eigenaar te contracteren, maar ook in geval hij mocht menen dat zijn wederpartij bevoegd is de zaken aan hem over te geven (§ 366 HGB). Dit wordt snel aangenomen. Het wettelijk pandrecht van de expediteur lijkt daarmee sterk op het Nederlandse wettelijke retentierecht.¹²⁵

Een pandrecht komt tot stand voor alle vorderingen die voortvloeien uit de expeditieovereenkomst. Daarnaast komt een pandrecht ook tot stand voor *unbestrittener Forderungen*. Deze categorie is gekomen met de invoering van het *Transportrechtsreformgesetz* uit 1998. Hiermee wordt bedoeld op het punt dat de expediteur ook voor

122. Bugden & Lamont-Black 2010, nr. 25-04 – 25-05. Hill 1972, p. 215 e.v., nr. 361-362.

123. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.51. Zie bijv. de eerdergenoemde Fiata Model Rules for Freight Forwarding Services, art. 15 en daarnaast de British International Trade Association (BIFA) Standard Trading Conditions 2005A Edition, onder meer te vinden in Bugden & Lamont-Black 2010, p. 491.

124. Vgl. §§ 453-455 HGB. Beukering-Rosmuller 1992, p. 24.

125. Altmeppen 1993 onderzoekt het karakter van het wettelijk pandrecht en ziet hierin naar Duits recht overigens meer een pandrecht dan een retentierecht.

oude vorderingen een pandrecht kan inroepen.¹²⁶ Voor een bespreking hiervan wordt opnieuw verwezen naar de behandeling van § 441 HGB in paragraaf 2.4.9. De *Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen* (ADSp) vullen de rechtspositie van de expediteur nader in.¹²⁷ Deze voorwaarden zijn van toepassing op expeditie in ruime zin (§ 2 ADSp) en bevat een regeling van het pand- en retentierecht.¹²⁸ Net als naar Nederlands recht zijn deze zekerheidsrechten in te roepen voor opeisbare en niet-opeisbare vorderingen. Voor oude vorderingen kan het alleen dan worden uitgeoefend voor zover ze *unbestritten* zijn, in zoverre komt dit artikel overeen met de wet, ‘oder wenn die Vermögenslage des Schuldners die Forderung des Spediteurs gefährdet’. Deze zinsnede wekt de indruk dat hiermee boven de wet wordt uitgegaan. Dat is echter niet de bedoeling geweest.¹²⁹

2.3.6 Bevindingen

Hierboven zagen we dat het retentierecht uit wet (8:69 lid 2 BW) en overeenkomst uiteenliepen. Het retentierecht uit de wet is beperkt tot huidige vorderingen, terwijl onder het retentierecht uit overeenkomst ook oude vorderingen kunnen vallen. Naar Engels recht is de positie van de expediteur nagenoeg identiek. Naar Duits recht is de wettelijke regeling van het pand- en retentierecht ruimer opgezet: het kan zich ook tot oude vorderingen uitstrekken. Het contractuele retentierecht brengt hetzelfde met zich mee. De conclusie moet zijn dat de expediteur in alle onderzochte rechtstelsels een retentierecht kan uitoefenen voor alle vorderingen, huidige en oude, die hij op de schuldenaar heeft. In gevallen waar de wet niet genoeg ruimte biedt, heeft het contract een aanvullende rol.

Naar Nederlands recht is het contractuele retentierecht echter niet gelijkwaardig aan het wettelijke retentierecht. Het contractuele retentierecht mist voorrang (3:292 BW en 60 Fw) en derdenwerking (3:291 BW).¹³⁰ De oplossing die ik daarom heb gevolgd is door zoveel mogelijk onder een wettelijk retentierecht te brengen. Omdat het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW ruimer is van opzet, het strekt zich ook uit tot oude vorderingen, ligt het voor de hand om artikel 8:69 lid 2 BW restrictief te interpreteren en zoveel mogelijk ruimte te bieden aan artikel 6:52 BW. De regeling van de expediteur in Boek 8 BW is formeel slechts geschreven voor het doen

126. Koller 2007, § 441 HGB, nr. 11 en § 464 HGB, nr. 1.

127. De *Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen* (ADSp) zijn van 2003. Ook in de *Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs- und Logistikunternehmer* (VGBL 2003) wordt een pand- en retentierecht bedongen (§ 36 VGBL). Deze blijft verder onbesproken.

128. § 20.1 en 20.2 ADSp luiden als volgt: ‘20. Pfand- und Zurückbehaltungsrecht 20.1 Der Spediteur hat wegen aller fälligen und nicht fälligen Forderungen, die ihm aus den in Ziffer 2.1 genannten Tätigkeiten an den Auftraggeber zustehen, ein Pfandrecht und ein Zurückbehaltungsrecht an den in seiner Verfügungsgewalt befindlichen Gütern oder sonstigen Werten. Das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht geht nicht über das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht hinaus. 20.2 Der Spediteur darf ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen aus anderen mit dem Auftraggeber abgeschlossenen Verkehrsverträgen nur ausüben, soweit sie unbestritten sind oder wenn die Vermögenslage des Schuldners die Forderung des Spediteurs gefährdet.’

129. § 20.1, tweede zin, ADSp stelt immers dat het contractuele pand- en retentierecht niet boven het wettelijke pand- en retentierecht uitgaat. Koller 2007, § 20 ADSp, p. 991, nr. 8.

130. Dat lijkt naar Engels recht anders te liggen. Naar Engels recht wordt het contractuele retentierecht ingedeeld bij de zekerheidsrechten. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.49. Dat betekent dat het ook in faillissement behouden blijft. Bugden & Lamont-Black 2010, nr. 25-08. De regeling van de *lien* lijkt enigszins op de regeling van het wettelijke retentierecht naar Nederlands recht (60 Fw). Naar ons recht valt het contractuele retentierecht hier echter niet onder, naar Engels recht lijkt de *contractual lien* er wel onder te vallen (s. 248 Insolvency Act 1986).

vervoeren van goederen. Het is daarom zaak artikel 8:69 BW ook hiertoe te beperken en niet toe te passen voor zover het gaat om nevenwerkzaamheden (*prestations accessoires*). Deze werkzaamheden dienen te vallen onder artikel 6:52 BW.

Voor zover deze oplossing niet bevredigend uitpakt, namelijk voor zover het gaat om vorderingen voor doen vervoeren uit voorgaande opdrachten, kan de oplossing worden toegepast die ik hierna voor het retentierecht van de vervoerder voorsta. Daar zal ik verdedigen dat het vervoerrechtelijke retentierecht niet moet worden opgevat als een *lex specialis* ten opzichte van het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW. De vervoerder of expediteur kan dan ook steeds naast een beroep op een vervoerrechtelijk retentierecht een beroep doen op artikel 6:52 BW.

2.4 Het retentierecht van de vervoerder

2.4.1 Rechtsbronnen

De focus in deze paragraaf ligt op het vervoer over weg, zee en in de binnenvaart. De drie verschillende vervoerders vallen onder verschillende verdragen. Voor de wegvervoerder geldt de CMR¹³¹, voor de zeevervoerder de Hague Rules, aangevuld met de Visby Rules, dan wel de Hamburg Rules en de nog niet in werking getreden Rotterdam Rules,¹³² voor de vervoerder in de binnenvaart is de CMNI¹³³ van toepassing. In al deze verdragen is het retentierecht niet geregeld.¹³⁴

Ondanks dat het retentierecht niet geregeld is in de verdragen, en daarmee is overgelaten aan nationaal recht, moet worden bedacht dat de inhoud van de verdragen wel in afgeleide zin de inhoud van het retentierecht nader kunnen bepalen. De verdragen stellen bijvoorbeeld soms iets over de vraag welke vorderingen de wederpartij aan de vervoerder is verschuldigd.¹³⁵ Omdat deze verdragen dwingend recht zijn, kan hiervan naar nationaal recht niet worden afgeweken. De wet kan daarom geen retentierecht voor vorderingen verlenen die expliciet in de verdragen zijn uitgesloten.

In artikel 42 Rotterdam Rules is een regeling opgenomen met betrekking tot de 'freight prepaid', waarin staat dat aan de geadresseerde niet kan worden tegengeworpen dat de vracht nog niet is betaald. Dit betekent noodzakelijk dat hiervoor ook geen retentierecht kan worden uitgeoefend.

Het retentierecht van de vervoerder is naar Nederlands recht te vinden in Boek 8 BW. Het betreft het retentierecht van de vervoerder over zee (8:489 lid 2 BW), in de binnenvaart (8:954 lid 2 BW) en over de weg (8:1131 lid 2 BW). Daarnaast is er de algemene regeling van het vervoer, alwaar ook een retentierecht is opgenomen (8:30 lid 2 BW). De luchtvervoerder, spoorvervoerder en gecombineerd vervoerder

131. Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg van 19 mei 1956 (CMR).

132. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (Rotterdam Rules 2008).

133. Verdrag van Boedapest inzake de overeenkomst voor het vervoer van goederen over de binnenwateren van 22 juni 2001 (CMNI).

134. Haak 2006a, p. 192-193. In art. 49 Rotterdam Rules is dat expliciet opgenomen.

135. Vgl. art. 6 lid 1 CMNI (afzender) en art. 10 lid 1 CMNI (geadresseerde).

kunnen op dit algemene artikel een beroep doen.¹³⁶ Verder kunnen vervoerders in hun algemene voorwaarden een retentierecht opnemen.

Voordat de vervoerrechtelijke retentierechten nader worden besproken, worden in de volgende paragraaf eerst enkele opmerkingen gemaakt over artikel 13 lid 2 CMR. De Engelse rechter heeft in 2007 aangenomen dat dit artikel een retentierecht regelt, hoewel de heersende leer dit anders ziet. Ik zal het artikel langsgaan en concluderen dat hierin geen retentierecht moet worden gelezen. In dezelfde paragraaf wordt tevens artikel 49 Rotterdam Rules behandeld. Dit artikel stelt expliciet dat het verdrag het retentierecht niet regelt. Uit de *travaux préparatoires* blijkt dat wel is nagedacht over een retentierecht. Ik bespreek daarom de totstandkoming van dit artikel. Ten slotte komt de niet in werking getreden *Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods* aan de orde.

2.4.2 Verdragen

2.4.2.1 Artikel 13 lid 2 CMR

De heersende leer geeft aan dat de CMR het retentierecht niet regelt.¹³⁷ De Engelse rechter heeft echter in *Comedy v. Easy Managed Transport*¹³⁸ aangenomen dat artikel 13 lid 2 CMR een retentierecht regelt. Het artikel luidt als volgt:

Artikel 13 lid 2 CMR

De geadresseerde, die gebruik maakt van de rechten, die hem ingevolge het eerste lid van dit artikel zijn toegekend, is gehouden de volgens de vrachtbrief verschuldigde bedragen te betalen. In geval van geschil ter zake is de vervoerder niet verplicht om de goederen af te leveren dan tegen zekerheidsstelling door de geadresseerde.

De eerste zin van dit artikellid verwijst naar het eerste lid, waar antwoord gegeven wordt op de vraag op welk ogenblik de geadresseerde aflevering van de vervoerder kan vorderen of andere rechten uit de vervoerovereenkomst kan uitoefenen. In dat geval moet de geadresseerde de volgens de vrachtbrief verschuldigde bedragen betalen. Lid 2 voegt daaraan toe dat bij geschil aflevering enkel behoeft te geschieden dan tegen zekerheidsstelling door de geadresseerde.

Wie hierin een retentierecht wil lezen, leest het artikel zo dat de vervoerder de zaken mag terughouden totdat hem de verschuldigde bedragen zijn betaald (eerste zin) of zekerheid is geboden (tweede zin). In de bovengenoemde zaak neemt de Engelse rechter inderdaad aan dat hier sprake is van een retentierecht (*lien*).

136. De verhuizer komt geen retentierecht toe (8:1196 BW). Wel kan de verhuizer het vervoer van de verhuisgoederen opschorten als afgesproken is dat voor het vertrek van het voertuig wordt betaald en zulks niet is geschied (8:1194 lid 2 BW).

137. De *travaux préparatoires* bij de CMR zijn niet gepubliceerd; daarom kan niet worden achterhaald wat de opstellers van het verdrag beoogden. De heersende leer echter neemt aan dat geen retentierecht in het verdrag is opgenomen. Loewe 1975, p. 4. Koller 2010, Vor Art. 1 CMR, nr. 19. Fremuth & Thume 2000, p. 573. Haak 2006a, p. 192-193. Haak 2006b, p. 80. Claringbould 1987, p. 212-213.

138. *T Comedy v. Easy Managed Transport* [2007] 2 Lloyd's Rep. 397 (QBD). Deze visie is overgenomen door Clarke & Yates 2008, p. 32. Anders nog: Clarke 1991, p. 524-525.

De casus is als volgt. Een Engels bedrijf Comedy ontwerpt kleding. De productie wordt uitgevoerd in Turkije. Comedy sluit daartoe een overeenkomst met het Engelse bedrijf Whisper, dat op zijn beurt contracteert met het Turkse bedrijf Bates. Dit bedrijf (en enkele andere Turkse bedrijven) produceert de kleding. Whisper en Bates sluiten vervolgens een driepartijenovereenkomst met wegvervoerder EMT voor het vervoer van de kleding vanuit Turkije naar Comedy, in Engeland. In haar algemene voorwaarden heeft EMT een retentierecht opgenomen. EMT bedingt zowel een retentierecht voor kosten aan de zaken (*particular lien*) als voor alle vorderingen die zij op haar wederpartij heeft (*general lien*). Bates en Whisper komen in betalingsproblemen en EMT weigert de kleding af te geven aan Comedy. De rechter vraagt zich af of EMT een beroep mag doen op haar retentierecht uit de algemene voorwaarden of dat zulks in strijd komt met artikel 13 lid 2 CMR.

De rechter stelt dat de CMR een eigen regeling bevat op welk moment de vervoerder dient over te gaan tot aflevering, namelijk wanneer de volgens de vrachtbrief verschuldigde bedragen zijn voldaan.¹³⁹ Hiervan kan niet worden afgeweken naar nationaal recht. De CMR is immers van dwingend recht. De algemene voorwaarden mogen hierop dus geen inbreuk maken. Daarmee valt het doek voor de *general lien*:

‘A general lien would derogate from the consignees’ right of delivery on payment of the charges, because the consignee could only obtain delivery on payment of additional sums due in respect of other carriages.’¹⁴⁰

Volgens de CMR dient aflevering te geschieden tegen betaling van de kosten genoemd op de vrachtbrief, de extra verplichtingen die de *general lien* oplegt, zijn daarom nietig.¹⁴¹ Ook de *particular lien* ondervindt hiervan de gevolgen. Op de vrachtbrief waren de kosten van het vervoer niet ingevuld.¹⁴² Artikel 13 lid 2 CMR stelt echter voorop dat de geadresseerde de volgens de vrachtbrief verschuldigde bedragen dient te betalen. Omdat de bedragen niet uit de vrachtbrief blijken, lijkt dit tot de conclusie te moeten leiden dat bedragen niet verschuldigd zijn.¹⁴³ Dat zou dan ook moeten leiden tot de conclusie dat geen retentierecht mogelijk is, want dat zou immers een afwijking betekenen van wat in de CMR is geregeld. De rechter vindt echter een oplossing: een fout in de vrachtbrief tast nog niet de onderliggende vervoerovereenkomst aan (artikel 4 CMR). Dat betekent dat EMT op grond van de vervoerovereenkomst wel een *particular lien* kon uitoefenen jegens de contractspartijen Bates en Whisper. Omdat Comedy echter geen contractspartij is, kon EMT geen retentierecht uit de algemene voorwaarden uitoefenen en op grond

139. *T Comedy v. Easy Managed Transport* [2007] 2 Lloyd’s Rep. 397, 407-408: ‘In my judgment, article 13.2 of the CMR Convention creates a self-contained code whereby the consignee has the right to require delivery of the goods on payment of the charges shown to be due on the consignment note.’

140. *T Comedy v. Easy Managed Transport* [2007] 2 Lloyd’s Rep. 397, 408.

141. Art. 41 CMR. Ook op basis van de uitleg van de algemene voorwaarden was de rechter overigens al tot deze conclusie gekomen. Art. 14 lid 1 van de RHA Conditions of Carriage had immers tot gevolg dat een *general lien* wel tegen Bates of Whisper kon worden tegengeworpen, maar niet tegen de derde-eigenaar Comedy.

142. Art. 6 lid 1 sub b CMR eist dat de vervoerder de bedragen wel op de vrachtbrief invult. Claringbould 1987, p. 212 merkt op dat de normale gang van zaken is dat deze bedragen niet worden ingevuld.

143. In de literatuur is opgemerkt dat als geen vrachtbrief is uitgegeven, de wegvervoerder niet op grond van art. 13 lid 2 CMR kan weigeren de lading af te geven. Er zijn dan immers geen bedragen volgens de vrachtbrief verschuldigd. Bracker 1999, p. 8. Hij verwijst daarbij naar OLG München, 9.4.1997, *Transportrecht* 1997-10, p. 368-369.

van artikel 13 lid 2 CMR kon hij geen aflevering van de lading jegens Comedy weigeren daar de bedragen niet op de vrachtbrief werden genoemd.¹⁴⁴

'If the carrier choses not to record the carriage charges in the consignment note, then he will lose the right to exercise a lien.'¹⁴⁵

Het probleem is daarmee duidelijk. De CMR is dwingend recht, waar niet van mag worden afgeweken (41 CMR). Daardoor moest de rechter niet alleen de *general lien* nietig verklaren, maar kon hij ook geen *particular lien* toekennen omdat in de vrachtbrief niet de verschuldigde vracht en kosten waren opgenomen. Hiermee wordt de normale gang van zaken verstoord: wegvervoerders vermelden in veel gevallen niet op de vrachtbrief welke bedragen de geadresseerde verschuldigd is.¹⁴⁶ Omdat de door de rechter voorgestane interpretatie van de CMR het handelsverkeer verstoort, zou ik willen opteren voor een andere wijze van uitleg. Het retentierecht dient niet in de CMR te worden ingelezen.¹⁴⁷ Dat kan door de verwantschap tussen de eerste zin en tweede zin van artikel 13 lid 2 CMR sterker te benadrukken. Artikel 13 lid 2, eerste zin CMR geeft aan dat de geadresseerde in ieder geval gehouden is de volgens de vrachtbrief verschuldigde bedragen te betalen. Slechts bij geschil over de hoogte ervan kan de vervoerder weigeren af te leveren dan tegen zekerheidsstelling. Het artikel regelt daarmee de situatie waarin er een geschil over de hoogte van de vordering bestaat. Artikel 13 lid 2 CMR bevat daarmee een regeling voor de vraag welke vorderingen de geadresseerde verschuldigd is, maar niet voor welke vorderingen de vervoerder een retentierecht kan uitoefenen. Dat laatste is een vraag overgelaten aan het nationale recht. Onder omstandigheden kan het dan wel degelijk zijn dat een retentierecht kan worden uitgeoefend voor vorderingen die de geadresseerde niet verschuldigd is.¹⁴⁸

2.4.2.2 Artikel 49 Rotterdam Rules

Artikel 49 Rotterdam Rules luidt:

Article 49 Retention of goods

Nothing in this Convention affects a right of the carrier or a performing party that may exist pursuant to the contract of carriage or the applicable law to retain the goods to secure the payment of sums due.

De Rotterdam Rules regelt daarmee niet het retentierecht van de vervoerder, maar laat dit over aan het nationale recht. In de *travaux préparatoires* bij de Rotterdam Rules is discussie geweest over de vraag of het retentierecht (*right of retention*) in het verdrag moet worden opgenomen of niet.¹⁴⁹ Ik geef die discussie hieronder kort

144. Daarnaast was er nog sprake van opslag door EMT. De rechter nam hier aan dat de *lien* uit de RHA Conditions of Storage 1998 derdenwerking jegens Comedy had. De CMR is op de opslag verder niet van toepassing.

145. *T Comedy v. Easy Managed Transport* [2007] 2 Lloyd's Rep. 397, 409.

146. Claringbould 1987, p. 212.

147. Koller 2007, p. 1131-1132 meent dat het geen probleem is dat de CMR geen retentierecht bevat nu partijen worden geholpen door hun eigen contract of nationale wetgeving.

148. Koller 2007, art. 13 CMR, nr. 11.

149. Vgl. Van der Ziel 2010b, p. 217-218.

weer door de bijeenkomsten van de werkgroep langs te lopen.¹⁵⁰ Het verdrag is opgedeeld in een aantal hoofdstukken en in hoofdstuk 9 is het huidige artikel 49 Rotterdam Rules te vinden. Hoofdstuk 9 heeft nu als titel ‘delivery of the goods’, in het ontwerp had het echter nog als titel ‘freight’. In de 9th session werd een poging gedaan het retentierecht te regelen in artikel 9.5 Ontwerp. Het artikel geeft duidelijk aan voor welke vorderingen de zeevervoerder een retentierecht kan uitoefenen.¹⁵¹

- ‘9.5 (a) [Notwithstanding any agreement to the contrary,] if and to the extent that under national law applicable to the contract of carriage the consignee is liable for the payments referred to below, the carrier is entitled to retain the goods until payment of
- i. freight, deadfreight, demurrage, damages for detention and all other reimbursable costs incurred by the carrier in relation to the goods,
 - ii. any damages due to the carrier under the contract of carriage,
 - iii. any contribution in general average due to the carrier relating to the goods has been effected, or adequate security for such payment has been provided.
- (b) If the payment as referred to in paragraph (a) of this article is not, or is not fully, effected, the carrier is entitled to sell the goods (according to the procedure, if any, as provided for in the applicable national law) and to satisfy the amounts payable to it (including the costs of such recourse) from the proceeds of such sale. Any balance remaining from the proceeds of such sale shall be made available to the consignee.’

De vervoerder werd dus toegestaan een retentierecht uit te oefenen voor vracht, foutvracht, overliggeld, stillischade en andere kosten gemaakt aan de goederen waarvoor de geadresseerde aansprakelijk is. Verder noemt het ontwerp nog andere schade die de vervoerder lijdt onder de vervoerovereenkomst en de avarij-grosse. In de 10th session wordt overwogen of deze regeling niet te ruim is. Ook rijst de gedachte dat een dwingendrechtelijk opgezet retentierecht te rigide is, er moet ruimte voor de vervoerder blijven om te onderhandelen met zijn schuldenaar. Een besluit over handhaving van dit artikel wordt echter uitgesteld.¹⁵² In de 13th session wordt dan toch besloten hoofdstuk 9, over *freight*, uit het verdrag te halen. Ten aanzien van het retentierecht (inmiddels ontwerp-artikel 45) wordt overwogen dat dit moet worden overgelaten aan het toepasselijke recht. Over dit ontwerp-artikel 45 wordt overwogen dat

‘it (...) was too complex and dealt with a subject matter too diverse to lend itself to uniform legislation, and should be left to applicable law.’¹⁵³

150. Het gaat om het werk van Working Group III, zoals te vinden op uncitral.org.

151. 9th session, 15-26 April 2002, New York en document ‘A/CN.9/WG.III/WP.21 – Transport Law – Preliminary draft instrument on the carriage of goods by sea’.

152. 10th session, 16-20 September 2002, Vienna en document A/CN.9/525 - Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its tenth session.

153. 13th session, 3-14 May 2004, New York en document A/CN.9/552 – Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its thirteenth session, p. 37. Vgl. ook Van der Ziel 2010b, p. 217-218.

Daarmee werd het retentierecht uit het verdrag verwijderd. In de 17th session komt de delegatie van Zwitserland echter opnieuw met een voorstel ten aanzien van het retentierecht.¹⁵⁴ De delegatie acht het retentierecht van groot belang voor de vervoerder, alleen zo kan hij aflevering weigeren voordat hij betaald heeft gekregen. Het overlaten aan het nationale recht maakt het retentierecht onvoorspelbaar, daar ieder rechtstelsel zijn eigen invulling kent van het retentierecht. De delegatie stelt een regeling van het retentierecht voor (artikel 52bis Ontwerp) die sterk lijkt op het eerdere ontwerp (artikel 9.5). Als alternatief wordt een artikel geschetst (artikel 52bis) dat vrijwel identiek is met het huidige artikel 49 Rotterdam Rules. In de daarop volgende bespreking wordt gekozen voor deze laatste optie.¹⁵⁵ Daarmee verdwijnt het retentierecht definitief uit de Rotterdam Rules.¹⁵⁶ Na een hernummering vinden we dan het huidige artikel 49 Rotterdam Rules dat het retentierecht overlaat aan het nationale recht.¹⁵⁷

Ook in ander verband is het retentierecht aan de orde geweest in de Rotterdam Rules. Het huidige artikel 42 Rotterdam Rules bevat een clause over 'freight prepaid'. Bij een dergelijke clause kan de vervoerder niet aan de cognossementhouder of geadresseerde tegenwerpen dat de vracht nog niet is betaald. Het artikel luidt als volgt:

Article 42 "Freight prepaid" Rotterdam Rules

If the contract particulars contain the statement "freight prepaid" or a statement of a similar nature, the carrier cannot assert against the holder or the consignee the fact that the freight has not been paid. This article does not apply if the holder or the consignee is also the shipper.

In de *travaux préparatoires* komt aan de orde of de vervoerder bij een beding *freight prepaid* nog wel een retentierecht aan de cognossementhouder of geadresseerde mag tegenwerpen. Er wordt overwogen dat de vervoerder dan geen retentierecht mag uitoefenen. Dit volgt uit de zinsnede 'the carrier cannot assert against the holder or the consignee the fact that the freight has not been paid'.¹⁵⁸ De Rotterdam

-
154. 17th session, 3-13 April 2006, New York en document A/CN.9/WG.III/WP.63 – Transport Law: Preparation of a draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea] – Delivery to the consignee: Proposal by the delegation of Switzerland on the carrier's right of retention of the goods. Het voorstel was naar aanleiding van de 16th session waar in ander verband opnieuw de noodzaak van een retentierecht werd aangekaart. A/CN.9/591 – Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its sixteenth session.
155. A/CN.9/594 – Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its seventeenth session, par. 114-117.
156. In de 21st session, 14-25 January 2008, Vienna wordt nog overwogen of ook de *shipper* in het ontwerp art. 52, nu art. 49 Rotterdam Rules, moet worden geregeld bij de *right of retention*. De *shipper* heeft immers de verplichting om de goederen aan te leveren bij de vervoerder (nu: art. 27 Rotterdam Rules). Onder omstandigheden zal de afzender dit echter niet willen, bijvoorbeeld als het schip in slechte staat is. Er wordt echter besloten de *shipper* niet te noemen in art. 49 Rotterdam Rules.
157. 41st Session 16 June - 3 July 2008, New York. A/63/17 – Report of the United Nations Commission on International Trade Law.
158. 17th session, 3-13 April 2006, New York en document A/CN.9/WG.III/WP.62 – Transport Law: Preparation of a draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea] – Transport documents and electronic transport records: Document presented for information by the delegation of the United States of America, par. 59. Zie verder ook 18th session, 6-17 November 2006, Vienna, en dan: A/CN.9/616 – Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its eighteenth session. Fujita 2010, p. 187. Twijfelend: Lorenzon 2009, p. 120-121.

Rules bedoelt daarmee het retentierecht jegens de cognossementhouder of geadresseerde die geen afzender is, uit te sluiten bij een beding *freight prepaid*.

2.4.2.3 *Artikel 9 Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods*

In 1966 is binnen de Unidroit de *Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods* tot stand gekomen. Het verdrag is niet in werking getreden. Het regelt de situatie dat een expediteur optreedt als vervoerder.

Ook het latere verdrag, de United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods (Geneva, 24 May 1980) is niet in werking getreden. Deze regeling bevat niets wat relevant is voor het retentierecht, maar beperkt zich grotendeels tot de uitgifte van een multimodaal transportdocument en de vraag naar aansprakelijkheid van de multimodaal vervoerder.

In dit ontwerpverdrag is het retentierecht niet geregeld. Wel wordt een interessante beperking aangebracht in welke kosten de expediteur van de geadresseerde kan claimen.

Artikel 9 Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods
If, under the forwarding agency contract, the forwarding agent is required to effect delivery of the goods after the last stage of carriage has been completed, he shall be bound to deliver the goods, or cause them to be delivered, to the person designated as consignee in the forwarding agency contract or to the person to whom Article 32 attributes that description, against payment of debts due in respect of the goods. No debt due to the forwarding agent shall be regarded as due in respect of the goods, which relate to other goods or which arise from transactions not connected with the forwarding agency contract concerning the goods in question. A dispute as to whether debts are due in respect of the goods shall not relieve the forwarding agent of the obligation to effect delivery, where he has been provided by the consignee with a good and valid guarantor of the required sum or where deposit of an equivalent sum is made in the hands of a third party.

Dit artikel ziet op de aflevering. Het artikel merkt daarbij op dat aflevering dient te geschieden tegen betaling van de vorderingen die verschuldigd zijn ten opzichte van de zaken. Daarbij wordt expliciet uitgedrukt dat de geadresseerde niet aan de expediteur hoeft te betalen vorderingen die betrekking hebben op andere goederen of voortvloeien uit andere overeenkomsten. Voor oude vorderingen kan de geadresseerde dus niet worden aangesproken. Na het stellen van zekerheid mag de expediteur niet meer weigeren af te leveren.

Met het aangehaalde artikel 9 van de *Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods* bedoelt de opsteller van het verdrag

een beperking aan te leggen in het retentierecht. Dat blijkt expliciet uit de toelichting bij dit artikel, dat ik hieronder weergeef:

‘The right of the forwarding agent to retain goods is nowadays an integral part of many legislations. However, it is a disputable point whether such right of retention can extend to objects other than the goods handed over for the purpose of carriage under the forwarding agency contract.

It frequently happens within the network of commercial relations between the forwarding agent and his clients that payments owing by one of the latter, in respect of goods forwarded to different consignees, accumulate to such an extent that it would be understandable if the forwarding agent were to attempt to obtain settlement by withholding goods handed over for forwarding. On the other hand, it would be hardly fair to deprive a consignee of goods in order to recover debts totally unrelated to those goods but incurred by the principal in connection with a different consignment.

The formula adopted decides the matter in favour of the consignee, mainly for the following reason: the forwarding agent is aware of the risk he is running by allowing outstanding accounts to mount up and refraining from using his right of retention on each occasion; the consignee, on the other hand, has no knowledge of the previously incurred debts and possesses no means of protecting himself against the danger of losing goods for such reasons. (...)

De opstellers van het verdrag gaan uitgebreid op het retentierecht in. Daarbij achten ze jegens de geadresseerde een retentierecht aanvaardbaar voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken, maar niet voor andere vorderingen. De ratio die ze daarvoor aangeven is bescherming van de geadresseerde, omdat deze geen kennis kan hebben van het bestaan van dergelijke vorderingen. Het is precies deze ratio die we hierna ook ten gronde zullen zien liggen aan de vervoerrechtelijke retentierechten.

2.4.3 De vervoerrechtelijke retentierechten van Boek 8 BW

2.4.3.1 *Historische ontwikkeling van de vervoerrechtelijke retentierechten*

Onder het oude recht was het retentierecht slechts te vinden in verschillende bepalingen, zonder dat er sprake was van een algemene regeling. De vervoerder over zee en in de binnenvaart was een retentierecht ontzegd, terwijl de overige vervoerders in het geheel niet waren geregeld.¹⁵⁹ Met de voorbereiding op de codificatie van het BW is besloten om ook de vervoerder een retentierecht toe te kennen. Als reden werd aangevoerd dat het verbod van retentierecht in strijd was met buiten-

159. Zie art. 493 oud-K (zeevervoer) en 833 oud-K (binnenvaart). Vgl. ook Rb. Rotterdam 16 december 1958, S&S 1959, 39 en Hof 's-Gravenhage 4 mei 1960, S&S 1961, 41 (*Buccaneer*).

landse opvattingen en de inhoud van de charterpartij of cognossement, waarin wel steeds een retentierecht werd bedongen.¹⁶⁰

Het wegvervoer is als voortrein van het Burgerlijk Wetboek ingevoerd met de Wet Overeenkomst Wegvervoer (WOW).¹⁶¹ Hierin is een retentierecht voor de wegvervoerder opgenomen.¹⁶² Tenslotte is Boek 8 BW op 1 april 1991, driekwart jaar voor de invoering van de overige Boeken van het BW, ingevoerd.¹⁶³ Hierin is onder meer een retentierecht opgenomen voor de verschillende vervoerders, de expediteur en de hulpverlener.¹⁶⁴

De artikelen waarin het retentierecht van de vervoerder is geregeld, zijn gecompliceerd. Als voorbeeld geef ik artikel 8:30 BW, het retentierecht uit titel 8.2 'Algemene bepalingen betreffende vervoer':

Artikel 8:30 BW

1. De vervoerder is gerechtigd afgifte van zaken, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft, te weigeren aan ieder, die uit anderen hoofde dan de vervoerovereenkomst recht heeft op aflevering van die zaken, tenzij op de zaken beslag is gelegd en uit de vervolging van dit beslag een verplichting tot afgifte aan de beslaglegger voortvloeit.
2. De vervoerder kan het recht van retentie uitoefenen op zaken, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft, voor hetgeen hem door de ontvanger verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken. Hij kan dit recht tevens uitoefenen voor hetgeen bij wijze van rembours op die zaak drukt. Dit retentierecht vervalt zodra aan de vervoerder is betaald het bedrag waarover geen geschil bestaat en voldoende zekerheid is gesteld voor de betaling van die bedragen, waartomtrent wel geschil bestaat of welke hoogte nog niet kan worden vastgesteld. De vervoerder behoeft echter geen zekerheid te aanvaarden voor hetgeen bij wijze van rembours op de zaak drukt.
3. De in dit artikel aan de vervoerder toegekende rechten komen hem niet toe jegens een derde, indien hij op het tijdstip dat hij de zaak ten vervoer ontving, reden had te twijfelen aan de bevoegdheid van de afzender jegens die derde hem de zaak ten vervoer ter beschikking te stellen.

Elk artikel is verdeeld in drie leden. Lid 1 bevat het recht om afgifte van zaken te weigeren. Dit is geen retentierecht.¹⁶⁵ In lid 2 is het retentierecht geregeld, terwijl lid 3 naar de tekst min of meer aansluit bij artikel 3:291 lid 2 BW en dus een regeling van de derdenwerking bevat. De huidige redactie van de vervoerrechtelijke

160. PG Boek 8 BW, p. 510, 511 (art. 8:489 BW). De parlementaire geschiedenis voegt toe dat ook voor de *cesser clause* het verbod op retentierecht problematisch is, nu de *cesser clause* slechts geldig geacht wordt voor zover er een *lien on the cargo* bestaat. Over de *cesser clause*, hierna § 4.7.3.

161. De WOW is ingevoerd op 1 september 1983. Besluit van 15 juli 1983, Stb. 354. De WOW wordt weer ingetrokken op het moment dat Boek 8 BW in werking treedt. Stb. 1990, 294 en Besluit van 4 maart 1991, Stb. 100. PG Boek 8 BW, p. XX.

162. Art. 53 WOW. Te vinden in Stb. 1982, 670.

163. Besluit van 4 maart 1991, Stb. 1991, 100.

164. Art. 8:30 BW (vervoer algemeen); 8:69 BW (expeditie); 8:489 BW (zeevervoer); 8:571 BW (hulpverlening); 8:954 BW (binnenvaart) en 8:1131 BW (wegvervoer). Geen retentierecht is toegekend aan de verhuizer, art. 8:1196 BW.

165. Het recht om afgifte van zaken te weigeren komt hierna kort aan de orde en wordt verder behandeld in hoofdstuk 4.

retentierechten wijkt belangrijk af van hetgeen in de ontwerp artikelen in de voorbereiding op het Burgerlijk Wetboek naar voren is gebracht.

In het Ontwerp Schadee bevatte het eerste lid het retentierecht. In lid 2 wordt alleen de figuur van zekerheidsstelling genoemd, hetgeen nu is geregeld in lid 2, laatste zin. In het Ontwerp Schadee wordt in lid 3 toegevoegd dat van lid 2 niet kan worden afgeweken. Dit is echter geschrapt.¹⁶⁶ Het eerste lid bevatte dus het retentierecht en luidde als volgt:

Artikel 8.2.1.11 lid 1 Ontwerp Schadee

De vervoerder heeft jegens ieder die afgifte van zaken verlangt, een retentierecht hierop. Hij kan dit recht uitoefenen voor hetgeen hem door de ontvanger verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken alsmede voor hetgeen als bijdrage in avarijs-grosse op die zaken verschuldigd is of zal worden.¹⁶⁷

De vervoerder kan jegens een ieder het retentierecht uitoefenen. Hij behoeft geen rekening te houden met wie de lading komt opeisen. De vervoerder heeft, in de woorden van Schadee, niet van doen met de verhouding waarin zijn wederpartij, hetzij afzender hetzij ontvanger, tot het goed staat.¹⁶⁸

Deze lijn wordt voortgezet in de Vaststellingswet (14049). In lid 1 blijft het retentierecht geregeld. Voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen, moeten we echter kijken in lid 2. De tweede zin van lid 1 uit het Ontwerp Schadee verhuist dus in de Vaststellingswet naar lid 2. In de Vaststellingswet wordt verder in lid 1 een zin toegevoegd dat de derdenwerking regelt. De vervoerder kan het retentierecht niet aan een derde tegenwerpen,

‘(...) indien hij op het tijdstip dat hij de zaak ten vervoer ontving, wist of behoorde te weten, dat de afzender jegens die derde niet de bevoegdheid had de zaak ten vervoer ter beschikking te stellen.’

Met deze zinsnede wordt bedoeld rekening te houden met het ontwerp van het algemene retentierecht, artikel 3:291 lid 2 BW.¹⁶⁹ Met de Invoeringswet (17477) wordt deze zinsnede nog iets aangepast, maar dan komt een fundamentele wijziging met de Invoeringswet (19979), naar aanleiding van een vraag van de Bijzondere Commissie voor de herziening van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Deze merkte op dat de vervoerder eerst in lid 1 een sterk recht werd geboden: de vervoerder heeft jegens een ieder die afgifte van zaken verlangt, een retentierecht op de zaken. Dit sterke recht wordt echter ‘geheel uitgehold’ doordat vervolgens in lid 2 wordt toegevoegd dat hij dit recht alleen mag uitoefenen voor vorderingen die de ontvanger verschuldigd is. De Commissie merkt daarover op dat een ontvanger in veel gevallen in het geheel niets verschuldigd is. De vervoerder kan dus geen retentierecht uitoefenen voor hetgeen door de afzender verschuldigd is. Verder vraagt zij

166. PG Boek 8 BW, p. 511 (art. 8:489 BW). Overigens bevatte het Ontwerp Schadee voor art. 8:30 BW geen lid 3. De regel van dwingend recht is geschrapt op voorstel van Heijning-Plate 1973, p. 162-163. Vgl. Haak 1997b, p. 83.

167. PG Boek 8 BW, p. 77 (art. 8:30 BW).

168. PG Boek 8 BW, p. 510 (art. 8:489 BW).

169. Dit op voorstel van Heijning-Plate 1973, p. 160-162.

zich af of voor nog niet betaalde vracht uit eerdere transporten een retentierecht kan worden uitgeoefend.¹⁷⁰

Het gevolg van deze vragen door de Commissie zijn enkele wijzigingen van het retentierecht in de Invoeringswet (19979).¹⁷¹ Het artikel komt dan overeen met de huidige redactie van het retentierecht. Het retentierecht wordt niet meer in het eerste lid geregeld, maar in het tweede lid. In het eerste lid wordt een nieuw recht opgenomen, het recht om afgifte van zaken te weigeren jegens degene die uit andere hoofde dan de vervoerovereenkomst recht heeft op aflevering van de zaken. In het derde lid wordt de derdenwerking geregeld van zowel het recht om afgifte van zaken te weigeren (lid 1) als van het retentierecht.¹⁷²

Daarmee ontstaat echter op enkele punten grote onduidelijkheid. In het Ontwerp Schadee had Schadee uitgedrukt dat de vervoerder niet van doen heeft in welke verhouding de wederpartij, afzender of ontvanger, tot het goed staat. Met de Invoeringswet wordt echter in de Memorie van Toelichting (19979) iets anders betoogd:

‘Het is een algemeen principe van vervoersrecht dat de vervoerder niets van doen heeft met de verhoudingen waarin anderen dan afzender en ontvanger tot het goed staan. Gevolg van deze opvatting is, dat de vervoerder, behoudens een verplichting tot afgifte op grond van beslaglegging, het goed in transitu niet uit handen hoeft te geven aan wie het ook van hem opvoert: hij kan als het ware de lading als zijn wederpartij beschouwen, onverschillig wie daarvan de eigenaar is.’¹⁷³

Met deze zinsnede wordt niet meer gewezen op de verhouding waarop de wederpartij tot het goed staat, maar waarop derden tot het goed staan. Het recht om afgifte van zaken te weigeren heeft dan ook enkel betekenis in gevallen dat derden de zaken opeisen los van de vervoerovereenkomst. Dat is de reden dat ik dit recht om afgifte van zaken te weigeren nader bespreek in hoofdstuk 4, waar het gaat om de derdenwerking van het retentierecht. Het is hier echter belangrijk in te zien dat dit recht om afgifte van zaken te weigeren ‘geëvolueerd’ is uit het retentierecht. Verder is het opvallend dat in lid 1 niet meer geregeld wordt voor welke vorderingen het recht om afgifte van zaken te weigeren kan worden ingeroepen. Dat is bewust gedaan. Volgens Snijders kan het recht om afgifte te weigeren ook worden ingeroepen in het geval de vervoerder in het geheel geen vordering heeft.¹⁷⁴ De vraag blijft dan open of voor vorderingen waarvoor het retentierecht niet kan worden ingeroepen, zoals oude vorderingen, het recht om afgifte van zaken te weigeren kan worden ingeroepen. Het recht op afgifte zou dan in de derdenwerking een sterker recht kunnen zijn dan het retentierecht. Op dit onderwerp wordt verder in hoofdstuk 4 teruggekomen.

Door de verschuiving van het retentierecht naar lid 2 wordt ook de tekst van het retentierecht minder duidelijk. Wel is geregeld voor welke vorderingen het retentierecht kan worden uitgeoefend, maar wat ontbreekt is de regel tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. In de ontwerpen was steeds opgenomen dat

170. PG Boek 8 BW, p. 80 (art. 8:30 BW), p. 1103-1105.

171. PG Boek 8 BW, p. 80 (art. 8:30 BW).

172. Vgl. Snijders, *Vervoersrecht in boek 8 BW* (verslag) 1998, p. 33.

173. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW).

174. Snijders, *Vervoersrecht in boek 8 BW* (verslag) 1998, p. 32-33.

de vervoerder *jegens ieder die afgifte van zaken verlangt*, een retentierecht kan uitoefenen. Deze gedachte is echter niet meer te vinden in de huidige redactie van het retentierecht, maar nog slechts bij het recht om afgifte van zaken te weigeren (lid 1). In lid 2 wordt slechts geregeld waarop de vervoerder een retentierecht kan uitoefenen, namelijk zaken, en voor welke vorderingen, maar niet meer tegen welke persoon. De wet laat hier dus een leemte. Wanneer we de hiervoor uiteengezette evolutie van het retentierecht bezien, dan ligt het voor de hand om in lid 2 er steeds bij te denken: *jegens ieder die afgifte van zaken verlangt*. In lid 2 is dan zowel het retentierecht geregeld tegen de wederpartij als tegen de derde. Lid 3 is dan nog slechts een nadere uitwerking van de derdenwerking.¹⁷⁵ Deze uitleg betekent onder meer dat het vervoerrechtelijk retentierecht uit lid 2 zowel ten opzichte van de ontvanger als de afzender geldt.

Uit deze historische exercitie blijkt dat de wetgever moeite heeft gehad om het retentierecht bevredigend te regelen.¹⁷⁶ Zoals ik hieronder nog uitgebreider zal aantonen, is de regeling van het retentierecht niet steeds gelukkig uitgevallen. Maar eerst worden daartoe in het navolgende de verschillen tussen het vervoerrechtelijke retentierecht en het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW opgesomd en vervolgens ook tussen de vervoerrechtelijke retentierechten onderling. Daarna vindt een inhoudelijke behandeling van de vervoerrechtelijke retentierechten plaats.

2.4.3.2 *Verschillen tussen het vervoerrechtelijke retentierecht en het opschortingsrecht*

In artikel 6:52 BW is het opschortingsrecht geregeld. Dit artikel en de vervoerrechtelijke retentierechten bevatten twee belangrijke verschillen ten aanzien van de vraag voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen.

Artikel 6:52 BW stelt voorop dat een verbintenis kan worden opgeschort voor zover het gaat om een opeisbare vordering. De vervoerrechtelijke retentierechten zijn hier ruimer. Boek 8 BW staat een retentierecht toe voor hetgeen de vervoerder verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van de zaken.

Een belangrijker verschil is dat artikel 6:52 lid 2 BW een opschortingsrecht ook mogelijk acht voor oude vorderingen. Het gaat dan om vorderingen die geen betrekking hebben op de zaken die de schuldenaar onder zich heeft, maar die de schuldenaar in het verleden onder zich heeft gehad en nog niet zijn voldaan. De vervoerrechtelijke retentierechten zijn beperkt tot voor hetgeen verschuldigd is *ter zake van het vervoer van de zaken*. Het vervoerrechtelijk retentierecht is dus beperkt tot huidige vorderingen en kan zich niet uitstrekken tot oude vorderingen. De wetgever voert als motivering hiervoor de bescherming van de ladingontvanger aan. Het is onrechtvaardig wanneer de ladingontvanger geconfronteerd wordt met vorderingen, terwijl hij volkomen vreemd is aan de eventuele vorderingen die de vervoerder nog op de afzender heeft uitstaan.¹⁷⁷ Daarmee heeft de wetgever echter nog niet gemotiveerd of een retentierecht voor oude vorderingen jegens de afzender

175. Snijders, *Vervoersrecht in boek 8 BW* (verslag) 1998, p. 33 biedt hiervoor steun: 'Dit gezegd hebbende, is dunkt mij tegelijkertijd duidelijk dat u het retentierecht van het tweede lid moet zien als een uitputtende regeling voor het retentierecht van de vervoerder jegens zijn contractuele wederpartij, met derdenwerking.'

176. Vgl. Haak 1997b, p. 88.

177. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW).

ongerechtvaardigd is. Verderop zal ik daarom betogen dat de wetgever hier een leemte heeft gelaten en dat dient te worden aangesloten bij artikel 6:52 BW.

2.4.3.3 *Onderlinge verschillen tussen de vervoerrechtelijke retentierechten*

De wetgever heeft de verschillende vervoerders een eigen retentierecht toegekend in Boek 8 BW.¹⁷⁸ De vervoerrechtelijke retentierechten zijn inhoudelijk grotendeels gelijk geredigeerd.¹⁷⁹ Toch vallen bij lezing een aantal verschillen op, ik noem er vier.

Het belangrijkste verschil is gelegen in de vraag voor welke vorderingen een retentierecht mag worden ingeroepen. De algemene regeling van het vervoer en het zeevervoer kennen een andere redactie van het retentierecht dan de regeling in de binnenvaart en het wegvervoer. In de binnenvaart en het wegvervoer wordt aangegeven dat de vervoerder een retentierecht mag uitoefenen 'voor hetgeen hem verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken'.¹⁸⁰ In de algemene regeling en het zeevervoer luidt deze clausule echter iets anders. Deze luidt zo: 'voor hetgeen hem door de ontvanger verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken'. In deze zinsnede is toegevoegd dat het moet gaan om een vordering die *door de ontvanger* verschuldigd is. Voor vorderingen die door de afzender verschuldigd zijn, kan dus geen retentierecht worden tegengeworpen aan de ontvanger. Dat is anders in de binnenvaart en het wegvervoer waar deze toevoe-ging 'door de ontvanger verschuldigd' ontbreekt. Dat heeft tot gevolg dat ook voor vorderingen die de afzender, en niet de ontvanger, verschuldigd is een retentierecht kan worden ingeroepen. Dit is een bewuste keuze van de wetgever. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat het voor de geadresseerde gemakkelijker is om de afzender tot betaling te krijgen dan dat zulks voor de vervoerder het geval is.¹⁸¹ Dit verschil wordt hierna nog nader uitgewerkt (§ 2.4.4.2).

Het tweede verschil heeft betrekking op de situatie na uitgave van een cognossement. Een cognossement wordt gebruikt in het zeevervoer en de binnenvaart. Het gaat dus om het onderscheid tussen het retentierecht van de zeevervoerder (8:489 BW) en de binnenvaarder (8:954 BW). Het retentierecht van de vervoerder in de binnenvaart geeft in het geval dat geen cognossement is uitgegeven aan, dat een retentierecht kan worden uitgeoefend voor hetgeen de vervoerder verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken. Het gaat er dan niet om of deze kosten verschuldigd zijn door de ontvanger of door de afzender. Wanneer een cognossement is uitgegeven, dan is de regel dat de binnenvaarder slechts een retentierecht kan uitoefenen voor hetgeen door de ontvanger verschuldigd is of zal worden. Deze zinsnede komt overeen met het retentierecht van de zeevervoerder. Merkwaardig genoeg echter voegt de wetgever dan toe in artikel 8:954 lid 2 BW: 'tenzij het cognossement bepaalt, dat de vracht of andere vorderingen ter zake van het vervoer door de afzender moeten worden voldaan; in dat geval kan hij de zaken

178. Art. 8:30 BW (vervoer algemeen); 8:69 BW (expeditie), 8:489 BW (vervoer zee), 8:954 BW (vervoer binnenvaart) en 8:1131 BW (vervoer weg).

179. Snijders, *Vervoersrecht in boek 8 BW* (verslag) 1998, p. 32 merkt op dat het een serie vrijwel identieke artikelen betreft.

180. Voor de binnenvaart wordt hierop weer een uitzondering gemaakt voor het geval dat een cognossement is uitgegeven, zie hiervoor het tweede verschil.

181. PG Boek 8 BW, p. 1103 (art. 8:1131 BW).

terughouden, totdat de afzender aan zijn verplichtingen voldoet'. Ook voor nog openstaande (huidige) vorderingen op de afzender kan de vervoerder jegens de ontvanger dus een retentierecht uitoefenen. De achterliggende gedachte van de wetgever is dat het in de binnenvaart voor de ontvanger gemakkelijker dan voor de vervoerder zal zijn om de afzender tot betaling te krijgen.¹⁸² Hiermee is sprake van een belangrijke afwijking van de regeling van het retentierecht van de zeevervoerder. Bovendien rijst de vraag of de verhandelbaarheid van het cognossement in de binnenvaart niet onder druk komt te staan. De houder van het cognossement zal immers in veel gevallen niet weten of de afzender nog iets verschuldigd is aan de vervoerder. Dit verschil komt ook verderop nog aan de orde (§ 2.4.4.4).

Het derde verschil ziet op het remboursbedrag. Het retentierecht van de zeevervoerder (8:489 lid 2 BW) regelt het remboursbedrag niet. De overige vervoerrechtelijke retentierechten regelen het remboursbedrag wel. Ook voor de expediteur is een regeling van het remboursbedrag opgenomen. Het ligt voor de hand dat het remboursbedrag niet is geregeld bij het zeevervoer, omdat het daar niet voor zal komen dat de vervoerder het geld van de ontvanger aanneemt en weer aan de afzender afdraagt.¹⁸³

Het vierde verschil is gelegen in de regeling van het retentierecht voor avarij-grosse. Avarij-grosse is een omslagstelsel waarbij de buitengewone opoffering die is gedaan in het gemeenschappelijke belang (*common benefit*) of de gemeenschappelijke veiligheid (*common safety*) van schip en lading door alle belanghebbenden naar evenredigheid wordt gedragen.¹⁸⁴ De avarij-grosse kan zich alleen voordoen bij schepen. Het is dus vanzelfsprekend dat het retentierecht van zeevervoerder en binnenvaarder wel gewag maken van de avarij-grosse en de overige vervoerrechtelijke retentierechten niet. Toch had opname van de avarij-grosse in de algemene regeling van het vervoer (8:30 lid 2 BW) voor de hand gelegen. Een gecombineerd vervoerder, die zich alleen kan beroepen op dit algemene artikel, kan immers geconfronteerd worden met een vordering uit avarij-grosse. Naar huidig recht doet de gecombineerd vervoerder er daarom goed aan om een contractueel retentierecht voor avarij-grosse in zijn algemene voorwaarden op te nemen.

2.4.4 Huidige vorderingen in de wet

2.4.4.1 Welke vorderingen onder het vervoerrechtelijk retentierecht vallen

In deze paragraaf wordt ingegaan op vorderingen die betrekking hebben op het vervoer van de zaken. In het navolgende loop ik een aantal vorderingen langs, waarbij steeds de vraag rijst of hiervoor een wettelijk retentierecht kan worden uitgeoefend. De stelling die ik hierna inneem is dat het billijk is dat de vervoerder voor alle vorderingen die betrekking hebben op het vervoer van de zaken die hij onder zich heeft, een retentierecht kan invoeren. Het maakt daarbij in beginsel niet uit wie schuldenaar is van de vordering.

182. PG Boek 8 BW, p. 913, 914 (art. 8:954 BW).

183. Het remboursbedrag wordt behandeld bij de binnenvaart, PG Boek 8 BW, p. 913, 914 (art. 8:954 BW). Bij de algemene regeling wordt verwezen naar dit art. PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW). Vgl. over het retentierecht en rembours ook Verhoeve 1954 p. 167.

184. York-Antwerp Rules. Art. 8:610 BW.

In het vervoer kan zich een veelheid aan vorderingen voordoen: vracht, foutvracht, tijdvracht, reisvracht, overliggeld in de laadhaven en in de loshaven, avarij-grosse, kosten uit hulpverlening, schade als gevolg van stilliggen, en het remboursbedrag.¹⁸⁵

De bekendste kostenpost tijdens het vervoer is de vracht. Vracht wordt wel omschreven als de in geld uitgedrukte tegenprestatie voor het vervoer van de goederen.¹⁸⁶ In beginsel is de contractuele wederpartij van de vervoerder, de afzender, de vracht verschuldigd. Partijen kunnen uiteraard ook afspreken dat de ladingontvanger de vracht zal betalen bij de aflevering van de zaken.¹⁸⁷

Foutvracht is de schadevergoeding die aan de reder dient te worden betaald als gevolg van het feit dat de bevrachter het schip met slechts een gedeelte van de overeengekomen hoeveelheid zaken heeft beladen.¹⁸⁸ Het betreft dus niet zozeer kosten voor het vervoer, maar het gaat om schadevergoeding die het gevolg is van wanprestatie van de bevrachter.¹⁸⁹

Schadevergoeding is ook verschuldigd bij het overschrijden van de laad- of lostijd in de laad- of loshaven. Dit is het overliggeld. Stilliggen is hieraan nauw verwant,¹⁹⁰ maar heeft een andere oorzaak, bijvoorbeeld een beslissing van de bevrachter om het schip niet meteen na de belading te laten vertrekken.¹⁹¹

De avarij-grosse wordt gedefinieerd in artikel 8:610 BW. Het gaat om een buitengewone opoffering of uitgave in een noodsituatie om schip en lading te behoeden voor nog groter gevaar. Hulpverlening is het verlenen van hulp aan een in gevaar verkerend schip (8:551 BW).

Bij een rembourszending dient de vervoerder de koopprijs van de ontvanger te vorderen bij aflevering van de goederen. De vervoerder betaalt dit remboursbedrag dan weer aan de afzender.

185. Een aantal vorderingen noemt: PG Boek 8 BW, p. 511 (art. 8:489 BW).

186. Haak 2009 (T&C BW), art. 8:29 BW, aant. 1. Asser 7-I/Japikse 2004, nr. 213. PG Boek 8 BW, p. 499, 501 (art. 8:484 BW). Overigens is gratis vervoer mogelijk. Haak 2009 (T&C BW), art. 8:20 BW, aant. 1d. Asser 7-I/Japikse 2004, nr. 134. PG Boek 8 BW, p. 64, 66 (art. 8:20 BW). Van de Laarschot 1996, p. 51-55.

187. Haak 2009 (T&C BW), art. 8:29 BW, aant. 1. Asser 7-I/Japikse 2004, nr. 215. PG Boek 8 BW, p. 500, 501 (art. 8:484 BW). Van de Laarschot 1996, p. 8, noot 23. Naar huidige recht is dus de afzender de eerst aangewezen vrachtdebiteur. PG Boek 8 BW, p. 500, 501-502 (art. 8:484 BW). In het cognossement kan vermeld staan dat de cognossementhouder de vracht moet betalen. In dat geval moet deze als eerste worden aangesproken en niet de afzender. PG Boek 8 BW, p. 500, 501-502 (art. 8:484 BW). Vgl. ook art. 501 oud-K, waarover: Cleveringa 1961, p. 608. Onder het oude recht was de ladingontvanger de eerst aangewezen vrachtdebiteur (491 oud-K). Cleveringa 1961, p. 608. Japikse 1982, p. 12. Betaalde de ontvanger niet, dan kon de afzender worden aangesproken. Cleveringa 1961, p. 600, 608. Japikse 1982, p. 15.

188. De wet vermeldt deze mogelijkheid in de art. 8:392 lid 3 en 8:393 BW. Zie ook de art. 8:908 lid 3 en 8:909 BW. In art. 511 lid 2 oud-K wordt foutvracht omschreven als schadevergoeding wegens gedeeltelijke niet-inlading verschuldigd. In Hof Amsterdam 27 april 2006, *S&S* 2009, 84 (*Splithoff/Ital-paper*) was de vordering voor foutvracht contractueel uitgesloten.

189. Vgl. Carver/Colinvaux 1982, p. 1395-1396: 'The expression "dead freight" is used to denote the compensation payable to the shipowner when the charterer has failed to ship a full cargo. "Dead freight" is not freight at all properly so called, but is in reality damages for breach of contract, for convenience nicknamed dead freight.' *Kish v. Taylor* [1912] A.C. 604, 622.

190. Vgl. Rb. Amsterdam 10 april 2002, *S&S* 2003, 17 (*Project Europa*). In het hier gebruikte cognossement waren de kosten van overligtijd en van stilliggen aan elkaar gelijk gesteld.

191. Arbitrale beslissing 4 maart 2009, *S&S* 2009, 86 (*Nostalgic*).

Voor de avarij-grosse en het remboursbedrag is expliciet in de wet opgenomen dat hiervoor een retentierecht kan worden uitgeoefend. Het remboursbedrag komt bij alle vervoerrechtelijke retentierechten voor, uitgezonderd bij het zeevervoer. De avarij-grosse komt alleen voor bij het zeevervoer en de binnenvaart. Voor de overige vorderingen wordt gebruikgemaakt van een open norm: een retentierecht kan worden ingeroepen voor hetgeen verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken. In de parlementaire geschiedenis somt de wetgever daarbij niet-limitatief op: vracht, overliggeld, kosten onderweg, enzovoort.¹⁹²

Is er sprake van een overeenkomst van tijdbevrachting, dan kan niet alle tijdvracht worden gevorderd, maar alleen de tijdvracht die tijdens het vervoer van de zaken is verschuldigd.¹⁹³ Het gaat dus alleen om die kosten van het bevrachten van het schip die noodzakelijk zijn geweest voor het vervoer van de zaken. Naar analogie kan worden aangenomen dat de vervoerder ook retentierecht voor reisvracht kan uitoefenen.¹⁹⁴ Duurt de overeenkomst van reisbevrachting langer dan het vervoer van de zaken, dan kan alleen voor de duur van het vervoer van de zaken een retentierecht worden ingeroepen.

Dat kan zich gemakkelijk voordoen in het geval er sprake is van een rondreis. De vervoerder spreekt bijvoorbeeld af om maïs van land A naar land B te vervoeren en vervolgens een partij soja van land B naar land A. Dit geheel kan onder een overeenkomst van reisbevrachting worden gebracht. In dat geval zal echter voor de kosten van het vervoer van de maïs, dan wel de soja, een wettelijk retentierecht toekomen en niet voor de gehele rondreis.¹⁹⁵

In de literatuur wordt daarnaast de foutvracht genoemd als een vordering waarvoor een wettelijk retentierecht kan worden ingeroepen.¹⁹⁶ Dit is een vordering waarvoor de afzender aansprakelijk is, en niet de ontvanger. Hierover wordt verderop nog uitgebreider gesproken (§ 2.4.4.2). Hier wil ik als uitgangspunt naar voren brengen dat in beginsel iedere vordering die betrekking heeft op het vervoer van de zaken onder het vervoerrechtelijk retentierecht kan worden gebracht, ongeacht wie hiervan de schuldenaar is. Het gaat dan om kosten gemaakt in de laadhaven, kosten onderweg en kosten in de loshaven.¹⁹⁷ De reden voor dit uitgangspunt is dat de vervoerder anders voor de vorderingen jegens de afzender geen retentierecht kan tegenwerpen aan de ontvanger. Wil de vervoerder dan toch zekerheid behouden dan moet hij meteen na de inlading weigeren het vervoer uit te voeren en de afzen-

192. PG Boek 8 BW, p. 510 (art. 8:489 BW).

193. PG Boek 8 BW, p. 511-512 (art. 8:489 BW). Vgl. Sjollema 1973, p. 61. Vergelijk naar Engels recht: Scrutton/Boyd 2008, p. 345. *The Agios Giorgis* [1976] 2 Lloyd's Rep. 192. *The Aegnoussiotis* [1977] 1 Lloyd's Rep. 268. *The Boral Gas* [1988] 1 Lloyd's Rep. 342.

194. Williams 2008, p. 273. *Fidelitas v. V/O Exportchleb* [1963] 2 Lloyd's Rep. 113. *The Miramar* [1983] 2 Lloyd's Rep. 319, at 324.

195. Vgl. hier de Duitse uitspraak: OLG Köln 30.05.2008, *Transportrecht* 2009-1, p. 37-43. BGH 10.6.2010, *Transportrecht* 2010-7/8, p. 303-308; E.T.L. 2010-5, p. 547-561. Waarover: Schmidt 2010, p. 33 e.v. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 9. Schmidt 2011.

196. Van 't Zelfde 2003, p. 124. Van 't Zelfde 2004, p. 276. Heyning-Plate 1973, p. 156.

197. Een contractueel retentierecht wordt daarom al snel geïncorporeerd te zijn in het geval het gaat om vorderingen die betrekking hebben op ontvangst, vervoer en aflevering. Williams 2008, p. 272-273: 'The traditional principle is that only those clauses which are germane to the receipt, carriage or delivery of the goods are prima facie incorporated by general words of incorporation.'

der een retentierecht tegenwerpen. Een dergelijke oplossing draagt niet bij aan een snelle verscheping van zaken. Een betere oplossing is daarom de vervoerder een retentierecht toe te kennen in de loshaven voor alle kosten van het vervoer. De ontvanger die door dit retentierecht schade lijdt, zal verhaal dienen te halen op de afzender. Dit uitgangspunt betekent onder meer dat de vervoerder een retentierecht toekomt voor foutvracht en andere kosten in de laadhaven.¹⁹⁸

De wetgever maakt in de parlementaire geschiedenis een andere keuze ten aanzien van het opvolgend vervoer.¹⁹⁹ Ten aanzien van opvolgend vervoer wordt opgemerkt dat alleen een retentierecht kan worden uitgeoefend voor vracht die aan de opvolgende vervoerder voor het opvolgend vervoer is verschuldigd en dus niet voor het voorvervoer. Dit standpunt betekent echter dat iedere (voor)vervoerder de zaken niet zonder meer zal willen overgeven aan de opvolgend vervoerder, omdat hij daarmee zijn retentierecht verliest. Een dergelijke handelswijze kan het transport van de zaken gemakkelijk vertragen. Een opvatting die naar mijn mening beter past in een vlot handelsverkeer, is daarom dat de laatste vervoerder voor de kosten van vervoer van zaken voor het gehele vervoerstraject, dus ook het voorvervoer, een retentierecht kan uitoefenen voor zover deze kosten uit het cognossement of de vrachtbrief blijken.

De regeling van opvolgend vervoer met een gedeelte over zee is overigens voor het Nederlandse recht verouderd.²⁰⁰ In plaats van opvolgend vervoer wordt tegenwoordig veelal gekozen voor multimodaal vervoer. In hoofdstuk 3 (§ 3.5.1) zal ik betogen dat de multimodaal vervoerder eveneens een retentierecht voor de kosten van het vervoer van zaken gedurende het gehele vervoerstraject toekomt.

Wil men bovenstaand standpunt niet aanvaarden voor het wettelijke retentierecht, dan zou men in ieder geval het contractuele retentierecht, bijvoorbeeld een *lien* uit de charterparty, zo kunnen uitleggen dat hiermee in beginsel zekerheid wordt verkregen voor alle vorderingen die betrekking hebben op het vervoer van de zaken.

2.4.4.2 Door de ontvanger verschuldigd

Hiervoor is gewezen op een verschil in redactie tussen de vervoerrechtelijke retentierechten. In de algemene regeling van het vervoer (8:30 BW) en het zeevervoer (8:489 BW) is voor het retentierecht opgenomen dat het kan worden uitgeoefend voor hetgeen hem *door de ontvanger* verschuldigd is of zal worden. Voor de binnenvaart (8:954 BW) is een vergelijkbare zinsnede alleen voor het cognossement opgenomen, maar niet voor de vrachtbrief.²⁰¹ Bij het wegvervoer wordt niet vermeld dat de vordering door de ontvanger verschuldigd moet zijn (8:1131 BW). De motivering voor dit verschil wordt duidelijk in de parlementaire geschiedenis van het retentierecht in het wegvervoer en de binnenvaart.

198. Een contractueel retentierecht voor foutvracht is toegekend in Rb. Rotterdam 13 maart 1987, *SSS* 1987, 100 (*Wehr/SEL*). Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 15 november 2000, *SSS* 2002, 2 (*Marinus Green*).

199. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489) waar i.p.v. opvolgend vervoer wordt gesproken van vóór-vervoer.

200. In het wegvervoer vindt nog wel opvolgend vervoer plaats.

201. De voor de binnenvaart gebruikte bewoordingen worden in de volgende paragraaf besproken.

‘Het retentierecht wordt, evenals in de binnenvaart, de vervoerder [wegvervoerder, HL] ook gegeven jegens een geadresseerde op wie de vervoerder ter zake van het vervoer geen vordering heeft. Het zal ook in het wegvervoer immers veelal voor de geadresseerde gemakkelijker zijn dan voor de vervoerder om de afzender tot betaling te krijgen.’²⁰²

De aandacht gaat hier uit naar de zwakke positie van de vervoerder.²⁰³ Zelfs als de vervoerder geen vordering heeft op de geadresseerde, kan toch een retentierecht ten opzichte van de geadresseerde worden uitgeoefend voor vorderingen die de vervoerder heeft op de afzender.

In bovenstaande passage worden naar mijn mening te sterk aan elkaar gekoppeld de vraag naar de verschuldigdheid van de kosten van het vervoer en de vraag waarvoor een zekerheidsrecht ingeroepen kan worden. Dit zijn echter twee verschillende vragen. Uiteraard kunnen deze beide vragen samenlopen. In artikel 6:52 BW zien we het geval dat de schuldenaar voor alle opeisbare vorderingen op zijn wederpartij een opschortingsrecht kan inroepen. De wederpartij is dan én vorderingen verschuldigd én moet zich een opschortingsrecht laten welgevalen. Bij de derdenwerking van een retentierecht luidt het antwoord anders. De derde die de zaken opeist, is de kosten niet verschuldigd, dat is alleen de schuldenaar. Toch kan hem een retentierecht worden tegengeworpen (3:291 BW). Hieruit blijkt dat de degene die kosten verschuldigd is en degene aan wie een retentierecht wordt tegengeworpen verschillende personen kunnen zijn.

Datzelfde zien we ook in het vervoer. De ladingontvanger is een derde die op een gegeven ogenblik tot de vervoerovereenkomst is toetredend. De dogmatische constructie waarmee deze toetreding wordt verklaard is meestal het derdenbeding.²⁰⁴

De ladingontvanger wordt daarmee partij en daarmee ook schuldenaar van een aantal kosten. Voor welke vorderingen hij schuldenaar wordt, moet worden afgeleid door middel van uitleg van de vervoerovereenkomst en valt buiten het bestek van dit boek. De vraag of hem een retentierecht kan worden tegengeworpen moet hiervan worden onderscheiden.

Alle vervoerrechtelijke retentierechten stemmen hiermee overeen dat een retentierecht uitgeoefend kan worden jegens degene die de vordering verschuldigd is. Is de afzender de vracht verschuldigd, dan kan de vervoerder een retentierecht jegens hem inroepen. Het verschil tussen de vervoerrechtelijke retentierechten is daarin gelegen dat in het zeevervoer niet wordt toegestaan een retentierecht in te roepen voor vorderingen die de ontvanger niet is verschuldigd, in het wegvervoer en de binnenvaart is dat wel mogelijk.

Naar mijn mening moet het worden toegestaan dat voor alle kosten van het vervoer, ongeacht door wie ze zijn verschuldigd, een retentierecht kan worden ingeroepen. In het geval de afzender of de ladingontvanger deze kosten niet verschuldigd is,

202. PG Boek 8 BW, p. 1103 (art. 8:1131 BW). De zinsnede verwijst naar de binnenvaart. Vermoedelijk wordt hier bedoeld op de passage genoemd op PG Boek 8 BW, p. 913, 914 (art. 8:954 BW). Deze passage heeft betrekking op de situatie dat een *cognossement* is uitgegeven.

203. Voor de binnenvaarder wordt dit expliciet in de parlementaire geschiedenis uitgedrukt. PG Boek 8 BW, p. 1104-1105 (art. 8:1131 BW). En vergelijk ook de passage op PG Boek 8 BW, p. 913 (art. 8:954 BW): ‘In de binnenvaart kan de vervoerder als debiteur tegenover zich vinden: zijn oorspronkelijke wederpartij, de geadresseerde of een derde-cognossementhouder. In de beide eerste gevallen behoort hij voor het totaal van zijn vordering retentierecht te hebben.’

204. De wijze van toetreding tot de vervoerovereenkomst komt hierna aan de orde, § 2.4.6.

moet hij worden behandeld als een derde, ondanks het feit dat hij formeel gezien contractspartij is. Jegens derden kan steeds voor de kosten die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*) een retentierecht worden uitgeoefend (3:291 BW). Deze opvatting betekent dat de vervoerder voor alle kosten gemaakt in de laadhaven, onderweg en in de loshaven een retentierecht kan uitoefenen jegens de afzender en de ontvanger.²⁰⁵ Een andere opvatting zou betekenen dat voor kosten die de bevrachter verschuldigd is, bijvoorbeeld foutvracht, geen retentierecht kan worden tegengeworpen aan de ladingontvanger. Om dan zekerheid te verkrijgen zou de vervoerder het gehele vervoer niet moeten uitvoeren. Dat lijkt een commercieel niet wenselijke oplossing. Een ander voorbeeld is de verschuldigdheid van tijdvracht. De tijdvracht is verschuldigd door de bevrachter en daarmee niet noodzakelijk door de ladingontvanger. Toch kan naar mijn mening een retentierecht worden uitgeoefend voor de tijdvracht die gedurende het vervoer is verschuldigd geraakt, ongeacht of de ladingontvanger de debiteur ervan is. Het gaat dan uiteraard niet om alle kosten van tijdvracht, maar slechts voor zover de kosten van tijdvracht betrekking hebben op het vervoer van de zaken waarop het retentierecht wordt uitgeoefend.²⁰⁶

Het retentierecht van de zeevervoerder is daarom onjuist op het punt dat het slechts een retentierecht toestaat voor hetgeen door de ontvanger verschuldigd is. De vervoerder zal daarom in een contractueel retentierecht moeten bedingen om ook voor vorderingen die de ontvanger niet verschuldigd is een retentierecht te kunnen uitoefenen. Deze oplossing wordt zeer duidelijk in het Duitse recht voorgestaan. Voor alle vorderingen die voortvloeien uit de vervoerovereenkomst kan een wettelijk retentierecht worden ingeroepen.²⁰⁷

2.4.4.3 Een retentierecht voor opeisbare en toekomstige vorderingen

De vervoerder komt het recht van retentie toe voor hetgeen hem *verschuldigd is of zal worden*. Het retentierecht kan dus worden ingeroepen voor opeisbare vorderingen en nog niet opeisbare vorderingen. Een retentierecht voor opeisbare vorderingen is in overeenstemming met het algemene recht (3:290 jo. 6:52 BW). Met de toevoeging dat het retentierecht ook kan worden ingeroepen voor nog niet opeisbare vorderingen, wordt van dit algemene recht afgeweken. De wetgever heeft dit gemoeteerd voor twee vorderingen, vracht en avarij-grosse.

‘De vracht is slechts verschuldigd na aflevering van de lading, de bijdrage in avarij-grosse staat eerst vast na gereed komen van de dispache. Wanneer dus het artikel zou volstaan met te bepalen, dat de vervoerder retentierecht heeft voor wat hem verschuldigd is, zou hij de goederen moeten afleveren zonder enige zekerheid te krijgen voor de betaling van de vracht en de bijdrage in de avarij-grosse. Het ontwerp vermijdt dit door hem retentie-

205. Dit is slechts anders in geval er sprake is van afstand van retentierecht. Dat is het geval bij een beding *freight prepaid*, waar de vervoerder te kennen geeft om slechts van de afzender de vordering te behalen. Dat is evenzo het geval bij een *cesser clause*. Daarbij geeft de vervoerder zijn retentierecht jegens de afzender op, om slechts een retentierecht jegens de ontvanger over te houden.

206. Vgl. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW). Carver/Colinvaux 1982, nr. 1995-1996.

207. MünchKomm HGB (Schmidt) 2009, § 441 HGB, nr. 7-8. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 9.

recht toe te kennen ook voor hetgeen niet is, doch verschuldigd zal worden.²⁰⁸

De wet stelt in de algemene regeling en het zeevervoer dat de vracht pas verschuldigd is na aflevering van de zaken ter bestemming.²⁰⁹ De vordering tot betaling van de vracht voor het zeevervoer is dus pas opeisbaar na de aflevering. De wetgever heeft gemeend dat toch een retentierecht mogelijk is.²¹⁰ De vervoerder kan dus een retentierecht uitoefenen voor vracht die pas na aflevering verschuldigd en daarmee nog niet opeisbaar is.

Hoewel mij een retentierecht voor vracht gerechtvaardigd voorkomt, is de wijze van regeling in de wet naar mijn mening ongelukkig uitgevallen. Het is vreemd dat de ladingontvanger de lading alleen kan vrij krijgen na betaling van de vracht als gevolg van het uitoefenen van een retentierecht, terwijl de wetgever stelt dat de vracht pas na de aflevering verschuldigd is. Beter lijkt aansluiting bij omliggende rechtstelsels die betaling *Zug um Zug* vereisen: de vracht dient bij de aflevering te worden voldaan.²¹¹ In veel gevallen kan worden aangenomen dat partijen impliciet of expliciet overeengekomen zijn dat de vracht bij de aflevering zal worden voldaan. Omdat de wet op dit punt van regelend recht is, gaat de wil van partijen voor. Is de wil van partijen er echter op gericht dat pas na de aflevering van de lading de vracht behoeft te worden betaald, dan is hierin een afstand van retentierecht is te zien.²¹²

Voor de binnenvaart en het wegvervoer is een bijzondere regeling opgenomen dat een gedeelte of het geheel van de vracht vóór aanvang van het vervoer dient te worden betaald.²¹³ Uit deze bepaling mag niet worden geconcludeerd dat de vordering daadwerkelijk voor aanvang van het vervoer wordt voldaan. In de praktijk wordt meestal pas na het verrichten van het vervoer betaald.²¹⁴ De inhoud van dit artikel dient er slechts toe te bepalen dat de afzender gehouden is tot betaling van het vervoer en dat deze gebondenheid al voor het uitvoeren van het vervoer intreedt. Het mag niet tot de conclusie leiden dat geen retentierecht meer kan worden uitgeoefend omdat de vordering waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend niet meer bestaat. Dit is anders wanneer partijen in de overeenkomst een beding opne-

208. PG Boek 8 BW, p. 510-511, 512 (art. 8:489 BW).

209. Art. 8:29 BW (algemene regeling vervoer) en 8:484 BW (zeevervoer).

210. Ook onder het oude recht bestond de opvatting dat de vracht pas na aflevering verschuldigd is. Art. 491 oud-K (zeevervoer) en 831 oud-K (binnenvaart). Daaruit werd dan echter de conclusie getrokken dat een retentierecht niet mogelijk was. Art. 493 oud-K: 'De vervoerder is (...) niet bevoegd, tot zekerheid van hetgeen hem is verschuldigd, het goed onder zich te houden. Een hiermede strijdig beding is nietig. (...)' In de parlementaire geschiedenis (Memorie van Toelichting, p. 59. Tweede Kamer 1919-1920, nr. 448, ondernr. 3) wordt opgemerkt: 'Volgens art. 491 behoeft de vracht, en hetgeen verder door den ontvanger is verschuldigd, eerst te worden betaald na aflevering van het goed; daaruit volgt, dat de vervoerder het goed niet onder zich mag houden tot zekerheid van het hem verschuldigde.'

211. *Duits recht*: § 420 HGB en § 614 HGB. Koller 2010, § 420 HGB, nr. 3. Prüssmann/Rabe 2000, § 614 HGB, nr. 21. *Engels recht*: Wilson 2010, p. 289. Carver/Colinvaux 1982, nr. 1662.

212. Heyning-Plate 1973, p. 157. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489). Zie hierna § 2.4.4.4.

213. Een bijzondere regeling geldt voor de binnenvaart (art. 8:947 lid 1 BW): een deel dient te worden betaald op het moment dat de vervoerder de zaken ten vervoer ontvangt of bij het afgeven van een vrachtbrief of cognossement; het overige deel bij de aflevering. Art. 8:1128 BW stelt voor het wegvervoer ook dat de vracht betaald dient te worden bij het ontvangen van de zaken of bij het afgeven van de vrachtbrief.

214. Claringbould 1994, p. 49. Vgl. PG Boek 8 BW, p. 1103 (art. 8:1131 BW).

men dat de vracht vooruitbetaald is (*freight prepaid*). In dat geval dient hierin een afstand van retentierecht gezien te worden.

De wetgever heeft ook voor de avarij-grosse gemeend dat een retentierecht kan worden uitgeoefend ondanks dat de hoogte van de avarij-grosse nog niet vaststaat.²¹⁵ Deze oplossing oogt billijk en is in overeenstemming met het Engelse recht.²¹⁶ Ze wordt verder ook standaard in de algemene voorwaarden bedongen.²¹⁷ De vervoerder zal pas willen afgeven wanneer de ladingontvanger zekerheid stelt.²¹⁸

Uit het voorgaande blijkt dat de uitbreiding tot nog niet opeisbare vorderingen slechts voor één vordering gerechtvaardigd is, namelijk de avarij-grosse. Naar mijn mening had de wettekst daarom anders geredigeerd moeten worden. Een retentierecht komt de vervoerder toe voor al hetgeen hem verschuldigd is voor het vervoer van de zaken en voor avarij-grosse.

2.4.4.4 Ongelijk oversteken en *freight prepaid*. *Cognossement in de binnenvaart*

Hiervoor kwam naar voren dat de wet met zich meebrengt dat de vracht na het vervoer is verschuldigd voor het zeevervoer, terwijl voor de binnenvaart en het wegvervoer het gedeeltelijk of geheel voor aanvang van het vervoer is verschuldigd.²¹⁹ De wettelijke regeling heeft, zoals hiervoor bleek, geen invloed op de uitoefening van een retentierecht.

Dat is anders in het geval de partijen zijn overeengekomen dat de vracht voor of na het vervoer dient te worden betaald. In een beding dat pas na aflevering van de lading de vracht behoeft te worden betaald is een afstand van retentierecht te zien.²²⁰ Hetzelfde geldt voor een beding *freight prepaid*. Volgens dit beding dient de vracht vooruit te worden betaald. Ongeacht of dit daadwerkelijk is geschied, kan de vervoerder geen retentierecht meer tegenwerpen aan de ladingontvanger. Er is dus ook hier sprake van een afstand van retentierecht.

Voor de zeevervoerder wordt deze gevolgtrekking algemeen aanvaard. Het aantekenen van een beding *freight prepaid* op een *cognossement* of zeevrachtbrief heeft dan tot gevolg dat geen retentierecht kan worden tegengeworpen aan de ladingontvanger.²²¹

215. De hoogte van de avarij-grosse staat pas vast bij het gereedkomen van de dispache. PG Boek 8 BW, p. 510, 512 (art. 8:489 BW). De dispache dient 'ter berekening van de avarij-grosse en ter vaststelling van hen die recht hebben op vergoedingen en van hen te wier laste de bijdragen in de avarij-grosse komen' (art. 638 Rv).

216. Naar Engels recht kan de vervoerder een *common law lien* uitoefenen voor onder meer de avarij-grosse.

217. Kruit 2008, p. 4. Vgl. bijv. artikel 23 NYPE 1993 (een tijdbeverchtsovereenkomst): 'The Owners shall have a lien upon all cargoes and all sub-freights and/or sub-hire for any amounts due under this Charter Party, including general average contributions (...).'

218. De zekerheidsstelling kent dan meestal de vorm van een average bond. Zie Kruit 2008, p. 4. Wilson 2010, p. 303. Vgl. ook Pres. Rb. Rotterdam 5 september 1997, S&S 1998, 2 (*Malta Cross/Arnev*). Arbitrale Beslissing 11 december 1990, S&S 1991, 122 (*Isabel*). Zie voor het Engelse recht, *Castle Insurance v. Hong Kong Islands Shipping* [1984] A.C. 226 en *Lowndes and Rudolf/Cooke & Cornah* 2008, p. 607.

219. Art. 8:29 BW (algemene regeling), 8:484 BW (zeevervoer), 8:947 lid 1 BW (binnenvaart) en 8:1128 BW (wegvervoer).

220. Heyning-Plate 1973, p. 157. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489).

221. Het retentierecht uit de algemene regeling (8:30 BW) en de zeevervoerder (8:489 BW) stellen dat het moet gaan om een vordering 'door de ontvanger verschuldigd'. PG Boek 8 BW, p. 511-512: 'Hierdoor wordt voorkomen, dat retentie wordt uitgeoefend voor wat de afzender nog eventueel aan de vervoerder is verschuldigd.' Is de ontvanger geen vracht verschuldigd, zoals het geval is met een beding *freight prepaid*, dan kan dus geen retentierecht voor vracht aan de ladingontvanger worden tegengeworpen. Zie hiervoor § 2.4.2.2 voor de Rotterdam Rules. Van 't Zelfde 2004, p. 275-

Een ingewikkelde situatie ontstaat wanneer de tijdbvrachter een cognossement uitgeeft met daarop de clausele 'freight prepaid'. De reder kan dan de lading terughouden voor een nog openstaande vordering van tijdvracht, omdat de reder niet gebonden is aan de bedingen uit het cognossement. Hij kan het retentierecht dan echter alleen uitoefenen voor de kosten van tijdvracht die tijdens het vervoer verschuldigd zijn.²²²

Voor het wegvervoer en de binnenvaart dient hetzelfde te worden aangenomen indien een beding *freight prepaid* is opgenomen in de vrachtbrief.²²³ De geadresseerde mag immers veronderstellen dat de vracht is betaald en derhalve kan hem geen retentierecht meer voor de vracht meer worden tegengeworpen. De wetgever heeft een ingewikkelde regeling opgenomen indien een cognossement is uitgegeven in de binnenvaart.

Artikel 8:954 lid 2 BW, derde zin

'Indien een cognossement is afgegeven, kan hij dit recht [het retentierecht, HL] slechts uitoefenen voor wat hem door de ontvanger verschuldigd is of zal worden, tenzij het cognossement bepaalt, dat de vracht of andere vorderingen ter zake van het vervoer door de afzender moeten worden voldaan; in dat geval kan hij de zaken terughouden, totdat de afzender aan zijn verplichtingen voldoet.'

276. Van 't Zelfde 2003, p. 124. Japikse 1982, p. 18. *Engels recht*: Wilson 2010, p. 304. *The Berge Sisar* [2001] 1 Lloyd's Rep. 663, 669 (Lord Hobhouse of Woodborough). Japikse 1982, p. 20 vermeldt nog het geval waarin sprake is van een beding '*freight prepayable*' of '*payable in advance*'. Hij vraagt zich af of in dat geval een retentierecht mogelijk is, nu niet vermeld staat *wie* de vracht moet betalen. Het verschil met de *freight prepaid* is dat daarin staat bedongen dat de vracht betaald is, terwijl bij het beding *freight prepayable* alleen staat vermeld dat de vracht vooruitbetaald moet worden. Omdat de vervoerder voor het plaatsvinden van het vervoer gewoonlijk enkel een contract heeft met de afzender zou ik menen dat in dit geval geen retentierecht kan worden tegengeworpen aan de derde-ladingontvanger. Anders wellicht naar Engels recht: Carver/Colinvaux 1982, p. 1390. De clausele *freight prepaid* betekent slechts dat de ladingontvanger de vracht niet verschuldigd is. Het houdt echter niet noodzakelijk in dat de afzender de vracht voor het vervoer heeft betaald. Rb. Rotterdam 16 maart 1984, *S&S* 1984, 101 (*Neptune Garnet*) en Rb. Rotterdam 26 november 1998, *S&S* 1999, 118 (*Contship New Zealand*). Hof Amsterdam 23 september 2004, *S&S* 2005, 8 (*Altmühl*). Rb. Middelburg 2 januari 1985, *S&S* 1985, 86 (*King Richard*).

222. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW). Sjollema 1973, p. 61. Heyning-Plate 1973, p. 159 merkt op dat de cognossementhouder dan waarschijnlijk gedwongen is de tijdvracht te betalen aan de reder en daarna maar verhaal moet zien te krijgen op de tijdbvrachter. De situatie heeft zich in de rechtspraak voorgedaan, zie Rb. Rotterdam 14 januari 1983, *S&S* 1983, 73 (*Antaios*). In Hof 's-Gravenhage 2 mei 1975, *S&S* 1977, 12 (*Proveniërsingel*) spitte de vraag zich toe of de tijdbvrachters bevoegd waren te tekenen als agent van de kapitein. Als dat het geval was, dan mocht de derde-cognossementhouder ook uitlevering van de lading ontvangen zonder betaling van de vracht, nu sprake was van een beding *freight prepaid* op het cognossement.

223. Voor het wegvervoer wordt vaak gebruikgemaakt van de bedingen franco en non-franco (ongefrankeerd). In het eerste geval moet de afzender de vracht betalen, in het tweede geval moet de geadresseerde de vracht betalen. Claringbould 1994, p. 51. Als het beding franco is ingevuld, dan betekent dit niet dat aan de geadresseerde geen retentierecht meer kan worden tegengeworpen. In dat geval wordt slechts de afzender aangewezen als eerste debiteur. Art. 8:1131 lid 2 BW brengt dan met zich mee dat toch een retentierecht kan worden uitgeoefend. Het beding *freight prepaid* gaat dus verder dan het beding franco. Immers in dat geval wordt ook gesteld dat de vracht vooruitbetaald is en dat heeft dan tot gevolg dat geen retentierecht meer kan worden uitgeoefend.

In de parlementaire geschiedenis wordt hierover opgemerkt:

‘Wanneer een cognossement is afgegeven, heeft de houder daarvan een zelfstandig recht op aflevering en is de vervoerder slechts gerechtigd de uit dat cognossement duidelijk kenbare rechten geldend te maken (...). Desalniettemin verklaart het ontwerp hem, anders dan in het zeerecht, gerechtigd tot retentie, wanneer de cognossementhouder uit het cognossement kan zien, dat de afzender eventueel nog verplichtingen jegens de vervoerder had. Het zal in de binnenvaart veelal voor de ontvanger gemakkelijker zijn dan voor de vervoerder om de afzender tot betaling te krijgen.’²²⁴

De laatste zin uit het citaat wordt ook gebruikt voor de wegvervoerder, in het geval een vrachtbrief is afgegeven.²²⁵ De kernvraag is of met bovenstaande wetteksten toelichting is bedoeld ook een retentierecht toe te staan in geval er sprake is van een beding *freight prepaid*. Naar mijn mening is dat niet het geval. De wetteksten moeten zo worden uitgelegd dat het slechts bedoelt te stellen dat het retentierecht van de vervoerder niet verloren gaat in geval de afzender aansprakelijk is voor de vracht. Dat komt overeen met het hiervoor geformuleerde uitgangspunt dat de vervoerder in beginsel een retentierecht toekomt voor alle kosten die voor het vervoer van de zaken zijn gemaakt, ongeacht wie de schuldenaar van de vordering is. Wordt echter een beding *freight prepaid* opgenomen, dan mag de ontvanger hieruit concluderen dat de vracht al voor het vervoer is betaald, zodat de vordering niet meer bestaat. Ik zou daarom in een beding *freight prepaid* een afstand van retentierecht willen zien. Daarmee wordt aangesloten bij de heersende opvatting in het zeevervoer.

Het Hof Amsterdam kwam tot hetzelfde resultaat in de zaak *Altmühl*.²²⁶ Cargill is eigenaar van een lading Black Sunflowerseed dat aan boord van het schip *Altmühl* is gebracht. De eigenaar van de *Altmühl*, Mahart, had voor het vervoer een cognossement afgegeven. Cargill, als derde-houder van het cognossement, vordert nu aflevering van de lading. Mahart oefent echter het recht van retentie uit over de lading omdat de vracht nog niet is betaald. Op het cognossement is een beding ‘*freight prepaid*’ opgenomen. De rechtbank overweegt hierover het volgende: ‘6 Anders dan Cargill heeft betoogd, bewijst de vrachtclausule “*freight prepaid*” niet dat de vracht daadwerkelijk is betaald, maar heeft deze clausule slechts de strekking de derde-cognossementhouder ervan te verwittigen dat hij ter bestemming aflevering der zaken kan vorderen zonder dat hij gehouden is de vracht te betalen. Aangezien uit de vrachtclausule “*freight prepaid*” derhalve is af te leiden dat de vracht door de afzender moet worden voldaan, kan Mahart - indien de vracht met betrekking tot deze lading nog niet door de afzender is voldaan - in beginsel een retentierecht op de lading uitoefenen.’

224. PG Boek 8 BW, p. 913 (art. 8:954 BW).

225. PG Boek 8 BW, p. 1103 (art. 8:1131 BW).

226. Hof Amsterdam 23 september 2004, *S&S* 2005, 8 (*Altmühl*).

De rechtbank ziet in het beding freight prepaid een verplichting van de afzender jegens de vervoerder en daarvoor mag de vervoerder dan ingevolge artikel 8:954 lid 2 BW een retentierecht uitoefenen. Via een omweg komt de rechtbank echter toch tot de conclusie dat Mahart geen retentierecht mag uitoefenen. Het Hof pakt het anders aan en wijst de mogelijkheid van een retentierecht af, als een beding 'freight prepaid' is opgenomen. Aan de cognossementhouder mogen immers alleen maar uit het cognossement duidelijk kenbare rechten worden tegengesteld. Het Hof: '4.9 Naar het oordeel van het hof maakt de clause "freight prepaid", zoals deze door Mahart wordt uitgelegd, niet met voldoende duidelijkheid aan de cognossementhouder kenbaar dat de vracht nog door de afzender moet worden voldaan. Integendeel, gelet op de aard van het cognossement als waardepapier en op de bewoordingen van de clause (inhoudend dat de vracht reeds is vooruitbetaald), mag de cognossementhouder er redelijkerwijs op vertrouwen dat ter zake van het vervoer geen vracht meer verschuldigd is, zodat een retentierecht van de vervoerder te dier zake niet meer aan de orde is.

Ook indien in de branche algemeen bekend is dat, ondanks de inhoud van de clause, de vracht niet steeds daadwerkelijk is betaald (in welk geval de vracht dus alsnog door de afzender voldaan zal moeten worden), zal de cognossementhouder uit het feit dat de vervoerder deze clause toch in het cognossement heeft opgenomen en ondertekend redelijkerwijs mogen afleiden, dat de vervoerder jegens hem afstand doet van een eventueel (toch) nog bestaand retentierecht. In een dergelijk geval heeft de vervoerder dan kennelijk ten behoeve van zijn opdrachtgever een goed verhandelbaar document in het verkeer willen brengen waarvoor de opvolgende verkrijger bereid is een c.i.f. prijs te betalen.'

2.4.5 **Vorderingen die voortvloeien uit eerdere of andere vervoerovereenkomsten**

2.4.5.1 *Een retentierecht voor oude vorderingen en Almos/Warnas*

Alle vervoerrechtelijke retentierechten kennen de zinsnede dat de vervoerder een retentierecht kan uitoefenen op zaken voor hetgeen hem verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken.²²⁷ Hiermee wordt een retentierecht voor vorderingen uit eerdere vervoerovereenkomsten categorisch uitgesloten.²²⁸

In de parlementaire geschiedenis bij de vervoerrechtelijke retentierechten is gediscussieerd of het retentierecht van de vervoerder zich niet ook diende uit te strekken tot 'vorderingen uit het verleden'.²²⁹ De vraag werd gesteld naar aanleiding van de

227. Het retentierecht van de zeevervoerder (8:489 lid 2 BW) en de algemene regeling (8:30 lid 2 BW) kent nog de toevoeging 'door de ontvanger', zie de vorige paragraaf.

228. PG Boek 8 BW, p. 510 (art. 8:489 BW): 'Het retentierecht kan slechts worden uitgeoefend op de goederen, welke vervoer tot het ontstaan van de vordering, waarvoor retentie wordt uitgeoefend, aanleiding gaf. Goederen mogen dus niet worden teruggehouden voor vracht op andere goederen door dezelfde ontvanger verschuldigd.'

229. PG Boek 8 BW, p. 80 (art. 8:30 BW).

toenmalige Algemene Vervoercondities 1983, die een dergelijke uitbreiding kenden. De minister merkt hierover op:

‘Het komt de ondergetekende ten ene male onrechtvaardig voor, dat een ontvanger die aan al zijn verplichtingen heeft voldaan, de hem toegezonden goederen niet kan ontvangen, omdat uit overeenkomsten, waaraan hij volkomen vreemd is, nog verplichtingen voortvloeien van zijn afzender, die jegens hem aan zijn verplichtingen voldeed.’

De wetgever achtte het kennelijk niet redelijk dat een ladingontvanger een retentierecht krijgt tegengeworpen voor hem vreemde vorderingen. Hiermee kan worden ingestemd.²³⁰ De genoemde passage laat echter een andere situatie ongenoemd. Dit is de situatie dat de afzender of ontvanger wél betrokken was bij de eerdere overeenkomsten. De ratio die de minister geeft kan voor deze categorie niet onverkort worden doorgetrokken.²³¹ In artikel 6:52 BW zien we dat het opschortingsrecht zich wel kan uitstrekken tot vorderingen uit het verleden. De vraag is daarom of bij het opschortingsrecht kan worden aangesloten of niet. Deze vraag was aan de orde in de zaak *Almos/Warnas*.²³² Het ging om het retentierecht van de binnenvaarder, artikel 8:954 lid 2 BW. De vraag was of de vervoerder zich niet alleen kon beroepen op dit artikel, waarin het retentierecht is beperkt tot hetgeen verschuldigd is voor het vervoer van de zaken, maar ook op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.

In de zaak *Almos/Warnas* ging het om het volgende. Koper Almos heeft met vervoerder Hanno een raamovereenkomst gesloten waarin Hanno gedurende een jaar ten behoeve van Almos het vervoer per binnenschip van sojapelleten van Nederland naar onder meer Hongarije ter hand zou nemen. Uit dien hoofde diende Hanno begin 2006 een lading sojapelleten te vervoeren van Amsterdam naar Boedapest en/of Baja, beide in Hongarije. Tijdens het vervoer heeft Hanno te kampen met lage waterstand op de vaarroute en ziet zich daarom gedwongen de lading tijdelijk op te slaan. Hanno schakelt daarvoor Stoffers in, die op zijn beurt gebruikmaakt van Stojó. Stojó laat dan de lading opslaan in een binnenschip dat door Warnas ter beschikking is gesteld.

Hanno gaat vervolgens failliet op het moment dat de lading nog ligt opgeslagen in het binnenschip. Almos legt daarop conservatoir beslag tot afgifte en vordert uitlevering van de lading van Stoffers, Warnas en de curator. Dat wordt geweigerd door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam. Stoffers pretendeert namelijk een retentierecht op de zaken voor alle nog openstaande vorderingen op Hanno, een bedrag van ruim € 250.000. Het retentierecht oefent zij uit op grond van artikel 8:954 lid 2 BW, dat het retentierecht voor de vervoerder in de binnenvaart regelt.²³³

De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam overweegt als volgt:

230. Het standpunt komt hier ook (min of meer) overeen met het Duitse recht. Vgl. de bespreking van § 441 HGB, verderop. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 10.

231. Vgl. Haak 1997b, p. 87 e.v. Claringbould 2010a, p. 25.

232. Rb. Amsterdam 4 februari 2009, S&S 2010, 4 (*Almos/Warnas of Robinson*). Ook besproken door Van 't Zelfde 2009.

233. Het betreft hier een ligovereenkomst, art. 8:992 BW. Op deze ligovereenkomst is ook het retentierecht van de vervoerder van toepassing (8:992 lid 3 BW jo. 8:954 lid 2 BW).

‘(...) Met Stoffers is de voorzieningenrechter van oordeel dat het bepaalde in artikel (8:992 jo) 8:954 lid 2 BW het retentierecht niet beperkt tot de vordering ter zake van de onderhavige lading, nu niet kan worden aangenomen dat de wetgever de rechtspositie van de vervoerder in afwijking van de algemene retentie- en opschortingsregeling op een zo drastische wijze heeft willen beperken. Dit betekent dat Stoffers (en Warnas) in beginsel niet eerder tot afgifte kunnen worden verplicht dan wanneer de schuld van ongeveer € 260.000,= (die zij in verband met de waarde van de lading hier willen beperken tot € 200.000,=) is voldaan. Dit moge anders zijn in het geval een ouder recht (namelijk een eigendomsrecht van Almos op de lading) bestaat, maar dat is hier niet het geval Almos heeft de lading immers, naar zij ter zitting heeft verklaard, eerst op 25 januari 2006 geleverd gekregen uit hoofde van een koopovereenkomst van 5 januari 2006, terwijl de opdracht van Hanno aan Stoffers van 24 januari 2006 dateert. (...).²³⁴

De voorzieningenrechter meent dus dat Stoffers ook een retentierecht kan uitoefenen voor vorderingen die geen betrekking hebben op de lading die Stoffers op dat ogenblik onder zich heeft. Vervolgens willen Stoffers en Warnas de lading openbaar verkopen. De openbare verkoop vindt plaats waarbij Almos de lading heeft gekocht. Het gaat in deze zaak om de vraag of het retentierecht van Stoffers en Warnas met zich meebrengt dat de opbrengst van de openbare verkoop aan hen toekomt of niet. Almos begint een procedure voor de rechtbank Rotterdam en stelt, onder meer, dat Stoffers geen retentierecht heeft jegens Almos. Daarbij komt dan ook de vraag aan de orde of Stoffers een retentierecht kon uitoefenen ter zake van vorderingen uit eerdere overeenkomsten met Hanno. In het bijzonder gaat het dan om de vraag of Stoffers zich niet alleen kon beroepen op artikel 8:954 BW, maar ook op artikel 6:52 BW (ov. 4.3.1). Stoffers en Warnas voeren een keur van argumenten aan om dit standpunt te onderbouwen.

‘4.3.2. (...) Deze argumenten zijn, samengevat, de volgende:

- het vervoerrecht vormt geen op zich zelf staand regelsysteem dat los staat van het gemene recht;
- voor afwijking van het gemene recht is slechts reden, als daarvoor gerechtvaardigde redenen zijn;
- in de parlementaire geschiedenis van Boek 8 BW worden dergelijke redenen niet, althans onvoldoende aangevoerd;
- de wetgever is zich van de beperkingen van het retentierecht in Boek 8 niet bewust geweest;
- de wetgever heeft met de beperking slechts het belang van de ontvanger op het oog gehad, er is geen reden en het is niet redelijk om die beperking ook van toepassing te achten tegenover de afzender;
- dit alles geldt te meer, nu het gaat om een lig-overeenkomst waarbij het aspect van bewaarneming zwaarder weegt dan het vervoeraspect.’

234. R.o. 2.8 van het vonnis van Rb. Amsterdam 4 februari 2009, S&S 2010, 4 (*Robinson*).

De rechtbank wijst alle argumenten voor een ruimere toepassing van artikel 6:52 BW af. De tekst van artikel 8:954 lid 2 BW beperkt zich tot vorderingen uit het heden en de wetgever heeft deze beperking bewust in de wet opgenomen. Indien de vervoerder zich toch op artikel 6:52 BW kon beroepen, dan heeft de door de wetgever gewenste regeling geen effect. Het artikel 8:954 lid 2 BW moet daarom worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling van het retentierecht (3:290 jo. 6:52 BW) (ov. 4.3.3).

Het feit dat de wetgever wellicht niet aan alle consequenties van haar regelgeving heeft gedacht kan dit niet anders maken. In het vervoer gaat het meestal om een veelheid van partijen en rechtszekerheid is daarom voor alle partijen te meer wenselijk (ov. 4.3.3.2). De al genoemde overweging van de wetgever dat het ten enen male onrechtvaardig is dat een ontvanger hem vreemde vorderingen krijgt tegengeworpen betekent niet dat artikel 8:954 lid 2 BW beperkt moet worden tot dit geval.

‘4.3.3.3. (...) Bij de keuze voor de reikwijdte van een retentierecht zijn immers de belangen van verschillende partijen in het geding en bij iedere keuze zal het gunstiger uitvallen van de positie van de ene partij ten koste gaan van de positie van een andere partij, evenals dat het geval is bij regelingen van voorrang en voorrechten.

Tegen die achtergrond zijn de gevolgen van de afwijking van de regeling van artikel 8:954 lid 2 BW ten opzichte van de algemene regeling van het retentierecht niet van dien aard, dat deze voor bepaalde betrokken partijen, zoals Stoffers, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.’

Ook de omstandigheid dat het gaat om een ligovereenkomst doet hier niet aan af. De rechtbank vat samen:

‘4.3.4. Samengevat komt het voorgaande er op neer, dat zelfs indien zou worden aangenomen dat er een algemene voorkeur bestaat voor de door Stoffers en Warnas bepleite regeling, zulks niet opweegt tegen de eisen van rechtszekerheid, die meebrengen dat een duidelijke wettelijke regeling in beginsel moet worden gevolgd.

Het doorkruisen van de specifieke regeling van artikel 8:954 lid 2 BW door een beroep te doen op de algemene regeling zoals die is neergelegd in de artikelen 6:52 en 3:290 BW, is in het onderhavige geval dan ook niet mogelijk.’

De rechtbank komt daarmee tot het oordeel dat Stoffers geen retentierecht kan inroepen voor vorderingen uit eerdere lig- dan wel vervoerovereenkomsten. Het is een boeiende uitspraak, die illustreert dat de rechtbank het vervoerrechtelijke retentierecht ook wil toepassen op situaties die strikt genomen niet worden gedekt door de ratio van de wetgever zoals weergegeven in de parlementaire geschiedenis. De doorslaggevende argumenten zijn hiervoor de eis van rechtszekerheid en het feit dat artikel 8:954 lid 2 BW een *lex specialis* is ten opzichte van de algemene regeling van het retentierecht in artikel 3:290 BW jo. 6:52 BW. In de volgende paragraaf wordt een andere opstelling bepleit. Hier wil ik echter vooropstellen dat het resultaat

waartoe de rechtbank komt, naar mijn mening de visie van de wetgever op de verhouding tussen de vervoerrechtelijke retentierechtelijke en het algemene opschortingsrecht op correcte wijze weergeeft.²³⁵ De hierna te verdedigen opvatting dat de vervoerder zich ook op artikel 6:52 BW zou mogen beroepen gaat daarmee in tegen de wil van de wetgever zoals dat is uitgedrukt in de parlementaire geschiedenis.

In *Almos/Warnas* ging het overigens niet om een ladingontvanger die de zaken kwam opeisen. Almos, die de lading opeiste, trad op, zo begrijp ik de casus, als een derde-eigenaar met een ouder recht.²³⁶ De rechtbank had in dat geval artikel 8:954 lid 3 BW en artikel 3:291 lid 2 BW in zijn overwegingen moeten betrekken. De rechtbank beoordeelt in casu echter niet de vraag van derdenwerking maar voor welke vorderingen Stoffers een retentierecht jegens Hanno kon uitoefenen. Het gaat dan om het retentierecht tegen een afzender. De ratio achter de beperking van het vervoerrechtelijk retentierecht wordt dan niet alleen toegepast op de ontvanger, maar ook op de afzender die betrokken was bij de eerdere overeenkomsten.

2.4.5.2 Verdediging van een retentierecht van de vervoerder voor oude vorderingen

De heersende leer in de literatuur meent dat in de verhouding tussen vervoerder en afzender, of tussen expediteur en opdrachtgever, de beperking van de wetgever in het retentierecht tot huidige vorderingen niet gerechtvaardigd is. Een retentierecht wordt billijk geacht voor oude vorderingen in het geval de contractuele wederpartij betrokken is geweest bij de eerdere vervoerovereenkomsten.²³⁷ Een deel van de literatuur meent daarom dat de vervoerder naast een beroep op een vervoerrechtelijk retentierecht steeds ook een beroep op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW kan doen. Veelal wordt daaraan toegevoegd dat het vervoerrechtelijk retentierecht niet moet worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling.²³⁸ Deze opvatting is in strijd met de opvatting van de wetgever die het vervoerrechtelijke retentierecht wel als een *lex specialis* ziet. Uit de vorige

235. Ik wijs terug naar § 2.4.3.1, waar ik in de historische beschrijving van het retentierecht heb betoogd dat de wetgever in lid 2 steeds de toevoeging 'jegens ieder die afgifte van de zaken verlangt' bedoeld heeft op te nemen, maar dat zulks door alle wijzingen die ten opzichte van het eerste ontwerp zijn doorgevoerd onder tafel is gevallen. Het bedoelt dus zowel het retentierecht tegen de ontvanger als tegen de afzender te regelen. De wetgever merkt daarom op dat de vervoerder niet van doen heeft met de verhouding waarop zijn wederpartij, hetzij afzender hetzij ontvanger, ten opzichte van het goed staat. Ten opzichte van deze wederpartij (waarbij de wetgever dus bedoelt: afzender of ontvanger), ware het dan onjuist om de vervoerder het enige middel te onthouden waardoor hij betaling kan afdwingen. Daarbij moet worden bedacht dat 'afgifte' ruimer is dan 'aflevering'. Kennelijk bedoelt de wetgever hiermee ook het geval te vangen dat de afzender de zaken terugvoert. PG Boek 8 BW, p. 511 (art. 8:489 BW).

236. Dat volgt uit r.o. 3.6 van de rechtbank Amsterdam. De zaak *Robinson* lijkt overigens sterk op de zaak Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1995, *S&S* 1997, 78 (*Cereol/Kamar*) waar wel werd gewerkt met de derdenwerking van het retentierecht.

237. Haak 1997b, p. 89-90. Haak & Zwitser 2003, p. 383. Fesevur 1988, p. 233. Aarts 1990, p. 298-299. Van Hasselt 1993, p. 50-51. Groothuis 1997-2, p. 4. Beukering-Rosmuller 1992, p. 20. Claringbould 2010a, p. 25.

238. Fesevur 1988, p. 233. Aarts 1990, p. 298-299. Van Hasselt 1993, p. 50-51. Groothuis 1997-2, p. 4. Beukering-Rosmuller 1992, p. 20. Anders: Van 't Zelfde 2003, p. 125. Van 't Zelfde 2004, p. 278-279 en Haak & Zwitser 2003, p. 383 die (terecht) menen dat het retentierecht van de vervoerder een *lex specialis* is ten opzichte van de algemene regels uit de art. 3:290 BW en 6:52 BW.

paragraaf blijkt immers dat de wetgever bewust het retentierecht heeft beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op het vervoer van de zaken.

De wetgever heeft daarbij vooral aan de ladingontvanger gedacht die vreemd is aan vorderingen waarbij hij niet betrokken is geweest en het is niet duidelijk of de wetgever heeft meegewogen of niet anders moet worden geoordeeld in het geval de wederpartij wel betrokken is geweest bij de eerdere vorderingen. De rechtbank in *Almos/Warnas* vult deze leemte aan met een beroep op de rechtszekerheid in verhoudingen waarbij veel partijen zijn betrokken. Aan de rechtbank kan worden toegegeven dat de rechtszekerheid van groot belang is voor situaties waarin sprake is van een veelheid van partijen. Van een veelheid van partijen is echter juist niet sprake in het geval het retentierecht wordt uitgeoefend tegen de wederpartij.

Uiteraard kunnen meerdere derden betrokken zijn. Of jegens hen een retentierecht mogelijk is en voor welke vorderingen, moet echter worden gezien als een vraag die losstaat van het antwoord op de vraag of een retentierecht voor oude vorderingen mogelijk is jegens de wederpartij.²³⁹ De rechtszekerheid kan daarom niet worden gebruikt om een beroep op artikel 6:52 BW te ontzeggen.

De kernvraag die we hier hebben te beantwoorden is daarom of we niet, tegen de wil van de wetgever in, toch een beroep op artikel 6:52 BW willen toestaan in gevallen waarin de afzender of de ontvanger betrokken is bij de eerdere vorderingen. Men zou deze al kunnen afdoen met de opmerking dat hieraan geen behoefte bestaat omdat de vervoerder immers altijd een retentierecht voor oude vorderingen kan bedingen.²⁴⁰ Deze redenering gaat echter niet geheel op. Voor het contractuele retentierecht geldt immers, in tegenstelling tot het wettelijke retentierecht, geen voorrang in faillissement (3:292 BW en 60 Fw). De vervoerder is daarom wel degelijk gebaat met een beroep op artikel 3:290 BW jo. 6:52 BW in het faillissement van zijn wederpartij. Ik zal daarom hierna met argumenten betogen waarom een beroep op artikel 6:52 BW mogelijk dient te zijn.²⁴¹

Naar huidig recht wordt de verhouding tussen wetsartikelen bepaald door het leerstuk van de samenloop. Deze bestaat uit een drietal hoofdregels: cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit.²⁴² De hoofdregel is dat beide regels in beginsel tegelijk toepassing vinden (cumulatie). Is dat niet mogelijk dan kan worden gekozen welke regel van toepassing is (alternativiteit). Is dat niet mogelijk dan verdringt de ene regel de andere regel (exclusiviteit). In het oog dient gehouden te worden dat rechtsregels zoveel mogelijk dienen te cumuleren of alternatief toegepast mogen worden. Van exclusiviteit is pas sprake indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk met zich meebrengt.²⁴³ Nu valt bij het vervoerrechtelijke retentierecht

239. De derdenwerking van het retentierecht is aan de orde in hoofdstuk 4.

240. Dat gebeurt op grote schaal. Een mooi voorbeeld is art. 23 leden 3 en 4 Algemene Vervoercondities 2002. Ten onrechte meent Van 't Zelfde 2004, p. 279 dat de zeevervoerder geen verlengd retentierecht kan bedingen. Het wettelijk retentierecht is immers niet van dwingend recht en daarom is een contractueel, verdergaand, retentierecht mogelijk. PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW).

241. Een aantal argumenten geeft ook Claringbould 2010a, p. 25.

242. Boukema 1966, p. 22. Boukema 1992, p. 11-13. Janssen 2007, p. 4-5. Houben 2007, p. 25. Kritisch op de drieslag cumulatie-alternativiteit-exclusiviteit is Bakels 2009, p. 342-344.

243. HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621 m.nt. K.F. Haak; S&S 2007, 95 (*Fernhout/Essent of Zwartemeer*). HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m.nt. JMBV (*Avo/Petri*). Vgl. Snijders 1973, p. 454. Van de Laarschot 1997, p. 31. Van de Laarschot ziet hierin dat Boek 8 BW niet exclusief gezien mag worden ten opzichte van Boek 3 en 6 BW. Van de Laarschot 1997, p. 34. Zie ook de bespreking naar aanleiding van het preadvies, p. 16.

onmiddellijk op dat de wet geen exclusiviteit voorschrijft, het is de wetgever die dit enigszins verhuuld in de parlementaire geschiedenis heeft neergezet.²⁴⁴ Een wethistorische interpretatie wijst in de richting van een exclusieve regeling. Deze uitlegmethode is niet de enige methode van uitleg. Het zijn in het bijzonder twee uitlegmethode die een andere richting op wijzen: de wetsystematische en rechtsvergelijkende uitleg.

Wetsystematisch leidt een exclusieve uitleg tot een groot verschil tussen het retentierecht van de vervoerder en andere logistieke dienstverleners, zoals de bewaarnemer. Het retentierecht van de bewaarnemer kan zich wel uitstrekken tot oude vorderingen; dat van de vervoerder niet. Dat is opmerkelijk omdat geregeld ook goederen die onder een bewaarnemer liggen, worden doorverkocht en een derde de zaken van de bewaarnemer komt opeisen. De wetgever had daarom kunnen besluiten om de ratio achter het vervoerrechtelijk retentierecht door te trekken tot de bewaarnemer. Dat is niet gebeurd. De bewaarnemer kan ten opzichte van zijn contractuele wederpartij, de bewaargever, een beroep doen op een retentierecht voor oude vorderingen (3:290 jo. 6:52 BW). Omdat de ratio van de wetgever achter de inperking van een vervoerrechtelijk retentierecht slechts strekt tot bescherming van de ladingontvanger acht ik het gerechtvaardigd om het retentierecht van de vervoerder ten opzichte van zijn contractuele wederpartij, de afzender, in te passen in het wettelijk systeem. Dat zou dan een aansluiting bij artikel 6:52 BW betekenen.²⁴⁵

Deze keuze kan verder gerechtvaardigd worden door middel van enkele rechtsvergelijkende notities. In het bijzonder het Duitse recht geeft hier een billijke regeling. Het Duitse recht regelt in § 441 HGB het wettelijk pandrecht van de vervoerder. Dit artikel strekte zich oorspronkelijk slechts uit tot vorderingen die verband houden met de zaken (*konnexe Forderungen*). Met het *Transportrechtreformgesetz* van 1998 is dit echter uitgebreid en kan dit ook worden ingeroepen voor vorderingen die niet samenhangen met de zaken. Het moet dan gaan om onbestreden vorderingen, dat wil zeggen vorderingen uit het verleden waarbij de wederpartij betrokken is geweest. Deze uitbreiding die naar Duits recht heeft plaatsgevonden is gemotiveerd met het argument dat de bescherming van de vervoerder vaak tekortschiet, omdat hem, nadat hij de zaken heeft afgeleverd, geen wettelijk pandrecht meer toekomt. Door de uitbreiding wordt bewerkstelligd dat bij lopende handelsbetrekkingen met de afzender, hij steeds voldoende zekerheid behoudt voor de olopende vordering.²⁴⁶ Daarnaast kan de vervoerder ook een beroep doen op een retentierecht voor oude vorderingen.²⁴⁷ Ik zou daarom menen dat in aansluiting op het Duitse recht ook de vervoerrechtelijke retentierechten naar Nederlands recht op dezelfde

244. De wet schrijft niet voor dat de vervoerrechtelijke retentierechten moeten worden toegepast, ze zijn immers niet van dwingend recht. Ook is de aansluiting bij de vervoerrechtelijke retentierechten niet onvermijdelijk. Boek 8 BW sluit in veel gevallen aan bij internationale verdragen, maar ten aanzien van het retentierecht juist niet. In zoverre heeft op dit punt boek 8 BW een minder autonoom karakter. Vgl. Haak onder nr. 1 in zijn noot onder HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621 m.nt. K.F. Haak; S&S 2007, 95 (*Fernhout/Essent of Zwartemeer*). Van de Laarschot 1996, p. 18-24. Een vervoerrechtelijk particularisme ligt dan niet voor de hand.

245. Daarbij blijven de vervoerrechtelijke retentierechten toepassingsgebied behouden, namelijk ten opzichte van de derde-ladingontvanger. Ten opzichte van de afzender kan echter worden teruggegrepen naar de algemene regeling (art. 6:52 BW).

246. *Transportrechtreformgesetz, Drucksache 13/8445*, p. 80. BGH 18.04.2002, BGHZ 150, 326, 332-333.

247. Zie § 369 HGB en § 273 BGB.

voet uitbreiding verdienen. Een aansluiting bij artikel 6:52 BW ligt dan voor de hand.

Uit het voorgaande wil ik het volgende concluderen. Een grammaticale uitleg van de vervoerrechtelijke retentierechten brengt met zich mee dat een retentierecht alleen kan worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. De wetshistorische uitleg brengt vervolgens met zich mee dat niet van de vervoerrechtelijke retentierechten afgeweken mag worden in zoverre aan de ratio van de minister is voldaan. Dat betekent dat in de verhouding tot de ladingontvanger, niet zijnde de afzender, geen retentierecht kan worden uitgeoefend voor oude vorderingen. In het geval de afzender wel betrokken is geweest bij vorderingen uit het verleden, laat zich de inperking van het vervoerrechtelijke retentierecht tot huidige vorderingen niet wetshistorisch rechtvaardigen. Voor dit geval zou ik dan ook menen dat de wetsystematische en rechtsvergelijkende uitleg op dit punt de wetshistorische uitleg verdringen. De vervoerder kan in zijn verhouding tot de afzender daarom een beroep doen op artikel 6:52 BW. Het vervoerrechtelijk retentierecht staat op dit punt niet exclusief ten opzichte van de algemene regeling, maar alternatief. Wil men deze conclusie niet aanvaarden, dan blijft nog slechts een beroep op een contractueel retentierecht over. De vervoerder doet er daarom goed aan om steeds een retentierecht te bedingen voor oude vorderingen.

2.4.5.3 *Vorderingen die voortvloeien uit een raam- of duurovereenkomst*

Uit de zaak *Almos/Warnas* blijkt dat vervoer zich soms op basis van een raam- of duurovereenkomst voltrekt. Daarbij worden alle vorderingen gedurende de looptijd bijgeboekt onder de overeenkomst. De vraag komt dan op of de vervoerder voor alle vorderingen uit de vervoerovereenkomst een retentierecht mag uitoefenen, of slechts voor de vordering die betrekking heeft op het vervoer van de zaken. De vervoerrechtelijke retentierechten zijn beperkt tot de vordering die betrekking heeft op het vervoer van de zaken.²⁴⁸ Dat betekent dat niet voor alle vorderingen die geboekt zijn onder de raam- of duurovereenkomst een retentierecht kan worden uitgeoefend. Ten opzichte van de wederpartij uit de duurovereenkomst, de afzender, dient echter te worden aangenomen dat wel voor alle vorderingen uit de vervoerovereenkomst een retentierecht kan worden ingeroepen. Ik heb dat in de vorige paragraaf verdedigd. Ten opzichte van de ladingontvanger zal echter alleen voor het vervoer van de zaken een retentierecht ingeroepen kunnen worden en niet voor alle vorderingen die zijn bijgeboekt onder de duurovereenkomst.

Dit is ook de positie naar Duits recht. Naar Duits recht heeft zich voor het Bundesgerichtshof een dergelijk geval voorgedaan.²⁴⁹ Het ging hier om verkoop van een lading maïs door een Hongaarse verkoper aan een Duitse koper. Vervoer zou moeten plaatsvinden van Hongarije naar Nederland. De verkoper schakelt voor het vervoer de Amerikaanse onderneming DSTL in en betaalt aan hem de vracht. DSTL maakt op zijn beurt

248. PG Boek 8 BW, p. 510 (art. 8:489 BW): 'Goederen mogen dus niet worden teruggehouden voor vracht op andere goederen door dezelfde ontvanger verschuldigd.'

249. BGH 10.6.2010, *Transportrecht* 2010-7/8, p. 303-308; E.T.L. 2010-5, p. 547-561. In lagere instantie, zie OLG Köln 30.5.2008, *Transportrecht* 2009, p. 37-43 Hierover: Schmidt 2010, p. 33 e.v. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 9. Schmidt 2011.

gebruik van de Oostenrijkse onderneming Mu die weer een Belgische binnenvaarder inschakelt. Deze Belgische vervoerder is met Mu eerder overeengekomen dat hij zou varen van Nederland naar Hongarije met een lading soja en weer terug met een andere lading. In Hongarije neemt hij een lading maïs mee om vervolgens terug te varen naar Nederland. Gedurende het transport wordt gemeld dat aflevering in Duitsland dient plaats te vinden. Inmiddels heeft de Belgische vervoerder voor deze rondvaart een grote vordering voor vracht openstaan op Mu. Mu gaat failliet en de vervoerder executeert en verkoopt de zaken. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de Hongaarse verkoper een wettelijk pandrecht (441 HGB) tegengeworpen kan krijgen voor vorderingen die betrekking hebben op de maïs of voor de gehele vordering uit de overeenkomst die betrekking heeft op de gehele rondreis Nederland-Hongarije en weer terug. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat § 441 HGB, anders dan het Nederlandse recht, een wettelijk pandrecht toestaat 'wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen'. Deze passage maakt niet duidelijk of zekerheid is bedoeld voor vorderingen op de zaken of voor vorderingen die voortvloeien uit de overeenkomst.²⁵⁰ De BGH overweegt dat de vordering in samenhang met de zaak dient te staan en daarom slechts voor het vervoer van de maïs kan worden ingeroepen.

2.4.5.4 *Vorderingen die betrekking hebben op andere zaken in hetzelfde schip*

De vervoerder wil soms niet alleen voor vorderingen uit eerdere overeenkomsten een retentierecht uitoefenen. Het geval kan zich voordoen dat de vervoerder ladingen onder zich heeft die afkomstig zijn van verschillende afzenders. De vraag is dan of de vervoerder op een deellading afkomstig van A een retentierecht kan uitoefenen voor kosten aan de deellading van B. Het antwoord moet ontkennend luiden.²⁵¹ De ratio is hier hetzelfde als voor het geval waarin sprake is van vorderingen uit eerdere vervoerovereenkomsten: de ladingontvanger moet niet gebonden worden aan vorderingen uit overeenkomsten waaraan hij volkomen vreemd is.²⁵² Dat betekent dat B niet geconfronteerd moet worden voor vorderingen op lading waarvoor afzender A een overeenkomst met de vervoerder heeft gesloten.

Een uitzondering op dit uitgangspunt is het volgende geval. Een vervoerder neemt een lading van P onder zich, die wordt vervoerd in containers die P van Q heeft gehuurd. P, de eigenaar van de lading, betaalt niet de kosten van huur van de container en het containerverhuurbedrijf eist de containers op van de vervoerder.²⁵³ Kan de vervoerder dan de container, met

250. Naar Nederlands recht heeft een soortgelijk probleem gespeeld bij de uitleg van art. 3:291 lid 2 BW, de derdenwerking van het retentierecht tegen een oudere derde. Zie hiervoor HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. K.F. Haak (*VGC/GE SeaCo*), dat verder aan de orde komt in hoofdstuk 4.
251. Zie hier procureur-generaal Hartkamp onder zijn conclusie onder HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. K.F. Haak (*VGC/GE SeaCo*), ov. 26-27. Zo ook *Australian Tallow & Agri-Commodities Pty Ltd v Malaysia International Shipping Corporation* [2001] NSWCA 16.
252. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW).
253. In de rechtspraak heeft zich een verwant geval voorgedaan, waarin het containerverhuurbedrijf containers had verhuurd aan de vervoerder en deze containers naderhand van de ladingontvanger teruggeiste. In een dergelijk geval kan artikel 3:291 lid 2 BW van toepassing zijn: de uitoefening

daarin de lading, terughouden voor vorderingen die verschuldigd zijn op de lading? De redelijkheid en billijkheid brengen in dit geval met zich mee dat vervoerder de containers met inhoud zolang kan terughouden totdat hij de lading heeft afgeleverd. In dat geval heeft de vervoerder aan zijn verplichtingen voldaan en moet het containerverhuurbedrijf met de ontvanger het geschil beslissen. Gedurende de tijd dat de zaken zich in het schip bevinden, kan de vervoerder daarom een retentierecht uitoefenen op de lading, waartoe ook de containers behoren, voor alle kosten die verschuldigd zijn ten aanzien van de lading.

Door middel van deelcognossementen of *ship's delivery orders* kan bewerkstelligd worden dat de lading in een schip in gedeelten wordt gesplitst. In het geval de ontvanger verschillende deelcognossementen onder zich heeft, kan de vraag rijzen of de vervoerder alleen een retentierecht kan uitoefenen voor kosten gemaakt aan de lading die onder dat deelcognossement valt, of voor vorderingen aan de gehele partij. In dat geval moet naar mijn mening een onderscheid worden gemaakt of de ontvanger tevens afzender is of niet. De afzender is partij bij de onderliggende vervoervereenkomst en daarom kan de vervoerder voor de gehele partij een retentierecht uitoefenen. De afgifte van een cognossement doet hier niet aan af (8:410 BW). Is de ontvanger echter een derde, dan kan slechts een retentierecht worden uitgeoefend voor de vorderingen die uit het cognossement blijken. In de praktijk zal dat neerkomen op vorderingen die betrekking hebben op de deellading.²⁵⁴

2.4.6 Het contractuele retentierecht van de vervoerder

2.4.6.1 Inhoud van het contractuele retentierecht

Vervoerders bedingen in hun algemene voorwaarden een retentierecht. Naar Nederlands recht is het toegestaan om naast het retentierecht uit de wet een contractueel retentierecht te bedingen.²⁵⁵ Ook wordt daarbij steeds een pandrecht bedongen. Een dergelijk pand- en retentierecht wordt in de meeste gevallen eenzijdig door de vervoerder opgesteld.²⁵⁶ Het retentierecht kan zijn opgenomen in het cognossement of de vrachtbrief. In veel gevallen wordt echter in het cognossement of de vrachtbrief verwezen naar de algemene voorwaarden of charterparty, waarin het retentierecht is opgenomen. Het valt buiten het bestek van dit proefschrift onder welke omstandigheden deze algemene voorwaarden of charterparty geldig in het cognossement zijn geïncorporeerd.²⁵⁷

van een retentierecht jegens een oudere derde. Vgl. Rb. Dordrecht 27 november 2008, *SSS* 2010, 37 (*EWL Atlantic*).

254. Waarschijnlijk: Heyning-Plate 1973, p. 155 en procureur-generaal Hartkamp onder zijn conclusie onder HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 548 m.nt. K.F. Haak (*VGC/GE SeaCo*), ov. 26-27. *Engels recht*: Carver/Colinvaux 1982, nr. 2001. *Duits recht*: Prüssmann/Rabe 2000, § 623 HGB, nr. 3. OLG Nürnberg 23.2.1994, *Transportrecht* 1994, p. 289-292 (*Papua*).

255. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW). PG Boek 8 BW, p. 78, 79 (art. 8:30 BW).

256. Echter niet altijd. De Algemene Vervoercondities 2002 van de wegvervoerder zijn een voorbeeld van algemene voorwaarden die met alle betrokken partijen zijn uitonderhandeld.

257. De materie wordt beheerst door art. 8:415 BW. Vgl. ook de gelijkkluidende bepalingen 8:48 lid 5 BW voor het CT-document, 8:922 BW voor de binnenvaart en 8:1122 lid 3 BW voor het wegvoer. In het geval de tijd- of reisbevrachter een cognossement uitdeeft, wordt niet verwezen naar de charterparty tussen de bevrachter en de reder-vervrachter. Cahen 1964, p. 91-92. Een retentierecht uit de charterparty is dan niet geïncorporeerd. Is er sprake van een tijdbevraching dan wordt het

Het contractuele retentierecht heeft voor zover het overeenkomt met een wettelijk retentierecht slechts een verduidelijkende rol. Dat is nodig omdat de wet niet nader specificeert voor welke vorderingen een retentierecht kan worden ingeroepen.

Soms wordt daarom expliciet vermeld dat een contractueel retentierecht wordt bedongen voor vracht, avarij-grosse, overliggeld, tijdvracht, remboursbedrag, enzovoort.²⁵⁸ Vooral in een charterparty kan men een dergelijk beding vinden dat de verschillende vorderingen uitdrukkelijk opsomt.

Verder kan het contractuele retentierecht het toepassingsbereik van het retentierecht uitbreiden. Hierboven is erop gewezen dat het wettelijke retentierecht van de zeevervoerder slechts beperkt is tot vorderingen door de ontvanger verschuldigd. In veel gevallen reikt het contractuele retentierecht verder, omdat het zich ook uitstrekt tot vorderingen die de afzender verschuldigd is. Een contractueel retentierecht wordt ook meestal bedongen voor vorderingen die zijn verschuldigd uit eerdere vervoerovereenkomsten.²⁵⁹ Een mooi voorbeeld is de Algemene Vervoercondities uit het wegvervoer.

Artikel 23 Algemene Vervoercondities 2002: Retentierecht

1. De vervoerder heeft jegens ieder, die daarvan afgifte verlangt, een retentierecht op zaken en documenten, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft. (...)
2. Het retentierecht heeft mede betrekking op hetgeen bij wijze van rembours op de zaken drukt alsmede op de hem in verband met het rembours toekomende provisie, waarvoor hij geen zekerheid behoeft te aanvaarden.
3. Tegenover de afzender kan de vervoerder het retentierecht eveneens uitoefenen voor hetgeen hem nog verschuldigd is in verband met voorgaande vervoerovereenkomsten.
4. Tegenover de geadresseerde, die in die hoedanigheid tot voorgaande vervoerovereenkomsten toetrad, kan de vervoerder het retentierecht eveneens uitoefenen voor hetgeen hem nog verschuldigd is in verband met die overeenkomsten.
5. (...)

In het eerste lid wordt een retentierecht bedongen dat tegenwerpelijk is aan een ieder die afgifte verlangt van de zaken of documenten die de vervoerder onder zich heeft. Opmerkelijk is dat lid 1 niet duidelijk specificeert voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen. Ik heb daar eerder de aandacht voor gevraagd (§ 2.2.3). In de leden 3 en 4 wordt het retentierecht uitgebreid tot hetgeen

retentierecht uit deze overeenkomst zelden geïncorporeerd in het cognossement. Williams 2008, p. 271: 'It would be very unusual to see a bill of lading including an express lien clause ... since in most circumstances the shipowner under a time charter must sign the bills of lading "as charterers' direct" of "as presented" by the charterer who will be reluctant to subject the goods' owner to such a lien.' Lord Wilberforce, in *The Nanfri* [1979] 1 Lloyd's Rep. 201, at 206: 'It must be clear that the owners cannot require bills of lading to be clauses so as to incorporate the terms of the time charter: such a requirement would be contrary to the whole commercial purpose of the charterers.'

258. Een contractueel bedongen retentierecht (*lien*) voor overliggeld was onder meer aan de orde in Rb. Groningen 14 februari 1958, S&S 1958, 58 (*Care Lines/Wolf en Wolf*).

259. Een voorbeeld is Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 1998, NJ 1998, 789 (*Cnossen en Jansen q.q./Bros*).

verschuldigd is uit voorgaande vervoerovereenkomsten, voor zover de afzender of de geadresseerde erbij betrokken is geweest.

Een contractueel retentierecht heeft in beginsel slechts werking jegens degenen die contractueel daaraan gebonden zijn.²⁶⁰ De contractuele wederpartij van de vervoerder is de afzender. Treedt de vervoerder op als vervrachter, dan is zijn contractuele wederpartij de bevrachter. Daarnaast wordt ook meestal de ontvanger of geadresseerde gezien als contractspartij, althans vanaf het ogenblik van presentatie van het cognossement aan de vervoerder ter fine van aflevering of, in geval van een vrachtbrief, de geadresseerde te kennen geeft zijn recht op aflevering uit te willen oefenen.

De heersende leer gaat er vanuit dat de ladingontvanger toetreedt tot de vervoerovereenkomst. Is een cognossement uitgegeven, dan wordt geleerd dat de ladingontvanger in ieder geval door de presentatie van het cognossement toetreedt tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement. De derde aanvaardt met de presentatie van het cognossement aan de vervoerder de overeenkomst zoals die is neergelegd in het cognossement. Onder bijzondere omstandigheden wordt aangenomen dat de ladingontvanger is toegetreten zonder dat er sprake is van presentatie van het cognossement.²⁶¹

De dogmatische constructie waarmee deze toetreding wordt verklaard is het derdenbeding.²⁶² De constructie van het derdenbeding is wel bekritiseerd.²⁶³ Niettemin kan het beter de rechtsgevolgen verklaren dan de andere constructies. Met name kan worden verklaard dat de ladingontvanger niet alleen rechten maar ook plichten opgelegd kan krijgen. De derde uit derdenbeding wordt immers partij bij de vervoerovereenkomst (6:254 BW). In het vervolg zal ik dan ook van het derdenbeding uitgaan.

Is er geen cognossement, maar een vrachtbrief in omloop dan is het resultaat hetzelfde. Een vrachtbrief behoeft niet gepresenteerd te worden. Het is voldoende wanneer de ladingontvanger geïdentificeerd kan worden als

260. Onder bijzondere omstandigheden kan een contractueel retentierecht derdenwerking hebben, zie hierover hoofdstuk 4.

261. HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*) en HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga* 15). Van der Ziel 1999, p. 6-7 meent zelfs dat het derdenbeding met zich kan meebrengen dat het enkele houderschap van het cognossement al gebondenheid met zich kan meebrengen. Vgl. ook Van Empel & Huizink 2007, p. 61. Zie ook hoofdstuk 7, met daarin HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (*EWL/Fortis*).

262. Cahen 1964, p. 5 noemt de constructie van het derdenbeding al de heersende leer. Aanhangers van deze constructie van het derdenbeding zijn: Cleveringa 1961, p. 600. Zwitser 2000a, p. 39. Zwitser 2002, p. 157-165. Zwitser 2006a, p. 27-31. Claringbould 1996, p. 8. Claringbould 1997, p. 138-139. Boonk 2003, p. 138. De derdenbedingconstructie wordt ook genoemd door de wetgever: PG Boek 8 BW, p. 474 (art. 8:441 BW), vgl. ook PG Boek 6 BW, p. 956 (art. 6:253 BW) en is aanvaard in de rechtspraak: HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*) en HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga* 15). Rechtsvergelijkend: Smelee 2009. Duits recht: Bayer 1995, p. 173 e.v.

263. Kritisch of met andere constructies: Seck 2011, p. 185-207. Van der Ziel 1999, p. 6-7. Van Huizen 1999a, p. 71-77. Huizink 1998, p. 15-16. Van der Lelij 1996, p. 96 e.v.; p. 115, noot 296 vermeldt hij wel de constructie van het derdenbeding. Cahen 1964, p. 5-10. Als een andere mogelijke constructie wordt meestal de cessie genoemd. Deze constructie kan wel verklaren dat de ontvanger het recht op afgifte verkrijgt, maar niet dat de ontvanger ook een last opgedrongen krijgt, namelijk het betalen van de vracht en overige kosten van vervoer. Naar Belgisch recht wordt overigens anders geleerd. Stevens 2001.

de geadresseerde op de vrachtbrief. De rechtsverhouding tussen vervoerder en geadresseerde wordt, zolang niet anders is overeengekomen, beheerst door de bedingen uit de vrachtbrief.²⁶⁴ De toetreding kan op dezelfde wijze als voor het cognossement worden verklaard door de juridische constructie van het derdenbeding.²⁶⁵ Het ogenblik van toetreding is hier het moment dat de ontvanger te kennen geeft zijn recht op aflevering uit te oefenen.²⁶⁶ Is er geen vervoerdocument uitgegeven, dan treedt de ontvanger toe tot de vervoerovereenkomst zoals gesloten tussen vervoerder en afzender.²⁶⁷

De inhoud van een contractueel retentierecht moet door middel van uitleg worden bepaald. Een onredelijk beding kan de rechter beperken door middel van het mechanisme van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁶⁸ Hiervoor is gesteld dat een wettelijk retentierecht voor alle kosten die betrekking hebben op de ontvangst, het vervoer en de aflevering van de goederen billijk is. Het maakt daarbij niet uit wie de schuldenaar van de vordering is. Het ligt voor de hand om voor deze vorderingen ook een contractueel retentierecht toe te staan.²⁶⁹

Het vervoerrechtelijke retentierecht strekt zich niet uit tot oude vorderingen. Hiervoor is betoogd dat in gevallen waarbij de afzender bij de eerdere vervoerovereenkomsten is betrokken een beroep op artikel 6:52 BW mogelijk wordt geacht. Een contractueel retentierecht is voor deze vorderingen billijk. Niet billijk is echter een contractueel retentierecht voor vorderingen waaraan de ontvanger volkomen vreemd is. In een dergelijk geval zal de rechter al snel grijpen naar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of gebruikmaken van een uitleg *contra proferentem*.

Een voorbeeld van een dergelijk beroep op de beperkende werking van de goede trouw is *Corus/Dalessi*.²⁷⁰ HRS geeft aan Dalessi de opdracht om een partij aluminium te vervoeren van Rotterdam naar Koblenz. De ontvanger is Corus. HRS gaat failliet, op het moment dat Dalessi nog zo'n

264. Art. 8:1123 BW.

265. Vgl. Asser 7-I/Japikse 2004, nr. 155. Haak 1984, p. 289-290. Andere constructies die in het verleden wel zijn verdedigd worden genoemd door Mesritz 1904, p. 65-74. Naar Duits recht, zie art. 421 lid 1 HGB en de interpretatie in de literatuur. Herber 1999, p. 265. Koller 2007, p. 281. Tunn 1996, p. 402.

266. Ter Meer 1993, p. 152. Herber 1999, p. 265.

267. PG Boek 8 BW, p. 894, 895 (art. 8:939 BW).

268. Een voorbeeld is Pres. Rb. Rotterdam 19 april 2001, *S&S* 2003, 57 (*Corus/Dalessi*). Rb. Leeuwarden 19 december 1991, *NJ* 1992, 804 (*Brasseries/Schroor*). Ook wordt door middel van uitleg soms bereikt dat geen retentierecht voor vorderingen uit eerdere vervoerovereenkomsten kan worden uitgeoefend. Zo: Rb. Rotterdam 30 november 1989, *S&S* 1992, 3 (*Haniel/Hellas*).

269. In het Engelse recht wordt deze driedeling gemaakt om te bepalen of de verwijzing van het cognossement naar een charterpartij effect heeft. Clausules die betrekking hebben op het inladen, vervoer en lossen van de zaken worden door de enkele verwijzing naar de charterpartij geïncorporeerd in het cognossement. Clausules die daarop niet betrekking hebben, zoals een arbitrageclausule, worden pas geïncorporeerd wanneer het cognossement uitdrukkelijk verwijst naar de arbitrageclausule in de charterpartij. *The Annefield* [1971] 1 Lloyd's Rep. 1, 4 (Lord Denning). Zie ook *The Merak* [1964] 2 Lloyd's Rep. 527, 536 (Lord Russell). *The Coral* [1993] 1 Lloyd's Rep. 1, 4 (LJ Beldam). Deze rechtspraak wordt ook toegepast op de vraag naar de incorporatie van een retentierecht uit de charterpartij in een cognossement. Williams 2008, p. 272. Vgl. *The Miramar* [1984] 2 Lloyd's Rep. 129, 134 (Lord Diplock, HL).

270. Pres. Rb. Rotterdam 19 april 2001, *S&S* 2003, 57 (*Corus/Dalessi*).

fl. 60.000 te vorderen heeft van HRS. Dalessi wil nu zijn retentierecht uit de TLN-voorwaarden ook tegenwerpen aan Corus voor deze fl. 60.000. Dit bedrag houdt geen relatie met eerdere vervoerovereenkomsten waarbij Corus ook betrokken was. De president overweegt dat Corus is toegetreten tot de vervoerovereenkomst door afgifte van de partij aluminium te vorderen.²⁷¹ Daarmee zijn ook de TLN-voorwaarden van toepassing geworden. De president overweegt dan overtuigend:

‘3.4. De vraag die vervolgens aan de orde komt is of Dalessi zich in de gegeven omstandigheden wel in redelijkheid jegens Corus op het in deze voorwaarden aan haar toegekende retentierecht kan beroepen. Een dergelijk retentierecht kan, naar het oordeel van de president, alleen worden ingeroepen jegens een derde als dat gerechtvaardigd wordt door omstandigheden waaruit blijkt dat die derde op de één of andere manier betrokken is geweest bij de transporten waarvan de vorderingen nog openstaan. Nu Corus op geen enkele manier te maken heeft gehad met het vervoer waar de vorderingen nog van openstaan, ontbreekt iedere samenhang en kan Dalessi zich in redelijkheid niet op een retentierecht jegens Corus beroepen. Dit geldt zeker nu uit de producties van Corus is gebleken dat het vervoer van de partij aluminium waarvoor het retentierecht wordt ingeroepen reeds is betaald. Ook heeft de president nog meegewogen dat uit de wetsgeschiedenis eveneens blijkt dat het de minister in een geval als dit ten ene male onrechtvaardig voorkomt dat een ontvanger die aan al zijn verplichtingen heeft voldaan, de hem toegezonden zaken niet kan ontvangen omdat uit overeenkomsten, waaraan hij volkomen vreemd is, nog verplichtingen voortvloeien van zijn afzender.’²⁷²

2.4.6.2 *Bijzondere bedingen. De cesser clause*

In de vervoerovereenkomst of de charterparty zijn soms bijzondere bedingen opgenomen. Een voorbeeld is het beding *freight prepaid*. Is een beding *freight prepaid* opgenomen dan kan tegen de ladingontvanger geen contractueel retentierecht worden tegengeworpen.²⁷³ In de charterparty wordt veelal een *lien* bedongen op cargo, huur

271. Het moment van toetreding leidt bij het wegvervoer nog wel eens tot problemen. In *Corus/Dalessi* zien we dat van toetreding sprake is op het moment dat de afgifte van de partij goederen wordt gevorderd. In Hof 's-Gravenhage 8 februari 2005 en Rb. Dordrecht 4 september 2003, *S&S* 2008, 14 (*Asbisc/MAT*) wordt echter opgemerkt dat de ontvanger niet toetreedt tot de vervoerovereenkomst door het vragen van aflevering van de goederen (computerapparatuur) en het aanbieden van vervangende zekerheid (r.o. 11 van het Hof). In Hof Amsterdam 18 februari 1999, *S&S* 1999, 67 (*De Wit/Commandeur*) was sprake van een vervoerder die door de koper was ingeschakeld. De enkele afgifte van de partij bloembollen aan de vervoerder door de verkoper, doet de verkoper nog niet toetreden tot de vervoerovereenkomst (r.o. 4.10 Hof).

272. Hiermee wordt verwezen naar de opmerking van de minister, in PG Boek 8 BW, p. 1103-1104.

273. Dit kan uiteraard alleen in het geval de ladingontvanger een ander is dan de afzender of zijn lasthebber (ontvangstexpediteur). Vgl. HR 16 januari 1998, *NJ* 1999, 284 m.nt. M.H. Claringbould; *S&S* 1998, 53 (*Enarxis*). De ontvangstexpediteur van de bevrachter vordert de lading in eigen naam op. De vervoerder kon een arbitraal beding uit de charterparty tegenwerpen aan de ontvangstexpediteur. Hetzelfde zal analoog hebben te gelden voor het retentierecht. Vgl. art. 511 lid 1 oud-K en de parlementaire geschiedenis bij dit artikel (Memorie van Toelichting, Bijlagen 1919-1920, Kamerstuknummer 448, onderstuknummer 3).

en vracht.²⁷⁴ Het rechtskarakter van een dergelijke *lien* wordt besproken in hoofdstuk 3. Daar zal worden uiteengezet dat een *lien on sub-freight* of *sub-hire* geen retentierecht is, maar slechts een contractuele regeling bevat voor de vraag aan wie de vracht of de huur moet worden betaald in het geval de bevrachter in verzuim blijft met de betaling aan de vervrachter.

Hier nog enkele woorden over de *cesser clause*. *Cesser clauses* zijn ooit omschreven als *curious animals*.²⁷⁵ De *cesser clause* is een clause waarin is opgenomen dat de aansprakelijkheid van de bevrachter, voor bijvoorbeeld overliggend of schadevergoeding, ophoudt met de beëindiging van de inlading.²⁷⁶ De gedachte is dat de ontheffing van aansprakelijkheid van de bevrachter wordt goedge maakt door de toekenning van een retentierecht (*lien*) aan de vervoerder.²⁷⁷ De *cesser clause* leidt ertoe dat het retentierecht in ieder geval niet meer tegen de afzender kan worden tegengeworpen voor de daarin genoemde vorderingen.²⁷⁸ In het nu geldende Burgerlijk Wetboek is de *cesser clause*, in tegenstelling tot het oude recht, niet meer geregeld.²⁷⁹ De kwestie is aan partijen overgelaten.²⁸⁰

In het geval de ladingontvanger de bevrachter is, dan heeft de *cesser clause* tussen hen, bevrachter en vervrachter, geen betekenis.²⁸¹ Is de ladingontvanger een derde dan kan de vervoerder een retentierecht voor alle vorderingen uitoefenen waarvoor de *cesser clause* de bevrachter ontheft van aansprakelijkheid. Het zal dan in veel gevallen gaan om de vracht en kosten gemaakt in de laadhaven, zoals foutvracht, overliggend en dergelijke. Het is daarvoor naar mijn mening niet noodzakelijk dat de hoogte van de vordering uit het cognossement blijkt. Wel zal bij onduidelijkheid

274. Een voorbeeld is art. 23 New York Produce Exchange Form (NYPE 93): 'The Owners shall have a lien upon all cargoes and all sub-freights and/or sub-hire for any amounts due under this Charter Party, including general average contributions, and the Charters shall have a lien on the Vessel for all monies paid in advance and not earned, and any overpaid hire or excess deposit to be returned at once.' Wilson 2010, p. 306-308. Williams 2008, p. 278-280.

275. *Overseas Transportation Co v Mineralimportexport (The Sinoe)* [1971] 1 Lloyd's Rep. 514, 516 (QBD, Donaldson). Het citaat luidt volledig: 'Cesser clauses are curious animals because it is now well established that they do not mean what they appear to say, namely that the charterers' liability shall cease as soon as the cargo is on board. Instead (...) they mean that the charterers' liability shall cease if and to the extent that the owners have an alternative remedy by way of lien on the cargo.'

276. Cleveringa 1961, p. 640-641. Sabaroedin 1955, p. 95. PG Boek 8 BW, p. 500, 502 (art. 8:484 BW). Rb. Rotterdam 3 september 1993, S&S 1996, 79 (Wilant). *Engels recht*: Wilson 2010, p. 308. Baughen 2009, p. 219 e.v. Carver/Colinvaux 1982, nr. 1966. Unctad 1990, nr. 280: 'Cesser clauses seek to cut off the liability of the charterers at the time of shipment and transfer responsibility for fulfilment of the charter to the receivers of the cargo.'

277. Loeff 1981, p. 55-56. Onder het oude recht stuitte dit op moeilijkheden nu de vervoerder geen retentierecht toekwam, zie art. 493 oud-K. Hierover: PG Boek 8 BW, p. 510, 511 (art. 8:489 BW). Scrutton/Boyd 2008, p. 164 noemt de *cesser clause* een 'lien and exemption clause'. Dit geeft nauwkeuriger aan waar het om gaat. De *cesser clause* houdt in dat de aansprakelijkheid van de bevrachter ophoudt na inlading van de zaken, daarvoor in de plaats krijgt de vervoerder een retentierecht (*lien*) op de zaken. *Clink v Radford & Co* [1891] 1 Q.B. 625 (CA). *Fidelitas Shipping v. Exportchleb* [1963] 2 Lloyd's Rep. 113 (CA). *The Sinoe* [1971] 1 Lloyd's Rep. 514 (CA). *The Aegis Britannic* [1987] 1 Lloyd's Rep. 119 (CA).

278. Loeff 1981, p. 55. Hij voegt toe dat de bevrachter die tevens de ontvanger-cognossementhouder is in dat geval wel kan worden aangesproken, niet als bevrachter, maar als cognossementhouder. Vgl. ook Loeff 1973, p. 1097. PG Boek 8 BW, p. 472 (art. 8:441 BW).

279. Art. 511 lid 2 oud-K (zeevervoer) regelde de *cesser clause*. Herziening van verschillende titels van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel enz. Memorie van Toelichting. Tweede Kamer 1919-1920, kamernummer 448, ondernummer 3, bij art. 511 WvK. Art. 846 oud-K (binnenvaart) regelde de *cesser clause* niet omdat een dergelijke clause daar niet gebruikelijk is. Memorie van Toelichting (TK 1934-1935, Kamerstuknummer 196, onderstuknummer 3).

280. Vgl. PG Boek 8 BW, p. 500 (art. 8:484 BW). PG Boek 8 BW, p. 441 (art. 8:415 BW).

281. PG Boek 8 BW, p. 472 (art. 8:441 BW). Loeff 1973, p. 1097-1098. Sabaroedin 1955, p. 104.

over het bestaan en hoogte van de vorderingen de rechter kunnen overgaan tot een restrictieve uitleg van de *cesser clause*, een uitleg *contra proferentem* dus.²⁸²

Een complexe situatie kan optreden wanneer op het cognossement tegelijkertijd een beding *freight prepaid* en een *cesser clause* is te vinden voor vracht en overliggeld. De vracht en het overliggeld waren nog niet betaald en hiervoor wil de vervoerder een retentierecht tegenwerpen aan de cognossementhouder. Dit was aan de orde in de *King Richard*.²⁸³ De rechtbank overweegt dat geen retentierecht voor vracht kon worden uitgeoefend tegen het cognossement op grond van beding *freight prepaid*. Dit beding bracht echter niet met zich mee dat het overliggeld al was betaald, zodat hiervoor wel een retentierecht kon worden uitgeoefend. De uitspraak was uiteraard anders geweest in het geval in het cognossement was opgenomen dat de kosten van overliggeld zijn betaald door de afzender.²⁸⁴

2.4.7 Voorrang

In het voorgaande is enkele malen gewezen op de voorrang die aan het retentierecht is toegekend. Artikel 3:292 BW bevat immers de regel dat de retentor zijn vordering met voorrang kan verhalen boven allen tegen wie hij het retentierecht kan inroepen. Een voorbeeld is de pandhouder die van een bewaarnemer afgifte van de zaak eist. De bewaarnemer oefent echter een retentierecht uit. Artikel 3:292 BW brengt dan met zich mee dat in het geval het retentierecht tegenwerpelijk is aan de pandhouder, eerst de bewaarnemer-retentor zich uit de zaak kan voldoen, waarna de pandhouder zich kan verhalen op het restant. Het vraagstuk van de voorrang ziet dus steeds op de rangorde waarin schuldeisers zich op de zaak van de schuldenaar kunnen verhalen. In het navolgende zal ik slechts de vraag naar voorrang buiten faillissement behandelen en spits ik dit toe op de vervoerder.

Onder het oude recht was de retentor geen voorrang toegekend, de voorrang is ingevoerd met het huidige Burgerlijk Wetboek.²⁸⁵ De voorrang uit artikel 3:292 BW komt alleen toe aan de wettelijke retentierechten. De schuldeiser met een contractueel retentierecht kan zich daarom niet beroepen op de voorrang uit artikel 3:292 BW.²⁸⁶ Bij verhaal op een zaak moet de schuldeiser met een contractueel retentierecht dus ook alle goederenrechtelijk gerechtigden op de zaak, zoals pandhouders en schuldeisers met een wettelijk retentierecht, laten voorgaan.

282. Wilson 2010, p. 308-309. In die richting: Driessen 1973, p. 140. *Cesser clauses* zijn steeds opgenomen in de charterparty. Een probleem is nog wanneer het cognossement een andere regeling geeft voor de desbetreffende vordering, bijvoorbeeld vracht of overliggeld, dan de *cesser clause* in de charterparty. Zie hierover Baughen 2009, p. 220 e.v.

283. Rb. Middelburg 2 januari 1985, S&S 1985, 86 (*King Richard*).

284. Molengraaff 1928, p. 207.

285. Van der Feltz 1896, I, 480 (Memorie van Toelichting bij art. 60 Fw). Naar Belgisch recht heeft de retentor nog steeds geen voorrang: Dirix & De Corte 2006, p. 372. Heyning-Plate 1969, p. 222-223.

286. PG Boek 3 BW, p. 882 (art. 3:290 BW). Dit is ook vanzelfsprekend, omdat voorrang alleen voortvloeit uit de bij de wet aangegeven gronden (art. 3:278 BW). Fesevur 1992a, p. 87. De schuldeiser met een wettelijk retentierecht houdt zijn voorrang in het faillissement (60 Fw). De schuldeiser met een contractueel retentierecht kan zich echter niet op art. 60 Fw beroepen. Anders: Fesevur 1988, p. 224. Dit lijkt mij onjuist. Vgl. Cahen 1969-1970, p. 138. Wessels 2003, p. 297. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 521. *Duits recht*: Oepen 2011.

De schuldeiser die een retentierecht in de zin van artikel 3:290 BW kan uitoefenen, kan zich beroepen op de voorrang uit artikel 3:292 BW. Dit betekent dat de fysieke distributeur, de stuwadoor, de cargadoor en de bewaarnemer, voor zover hen een (wettelijk) retentierecht toekomt, zich kunnen beroepen op de voorrangsregel uit artikel 3:292 BW. Hetzelfde geldt voor de expediteur in ruime zin die zich immers ook op artikel 6:52 BW kan beroepen.

De voorrangsregel uit artikel 3:292 BW geldt naar mijn mening evenzo voor de uitoefening van een retentierecht door de expediteur in enge zin, omdat Boek 8 BW op dit punt niet afwijkt van de algemene regeling.²⁸⁷ De gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek brengt dan met zich mee dat artikel 3:292 BW ook geldt voor de expediteur die zich op het retentierecht uit artikel 8:69 lid 2 BW beroept.

Hetzelfde geldt voor de vervoerders die zich op het retentierecht uit de algemene regeling van het vervoer, artikel 8:30 lid 2 BW, kunnen beroepen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de spoor- en luchtvervoerder. Ook voor de wegvervoerder moet dat worden aangenomen, omdat de regeling in artikel 8:1131 lid 2 BW niet afwijkt van de algemene regeling. Ten aanzien van de uitoefening van een retentierecht door de vervoerder over zee en in de binnenvaart is een beroep op de voorrang uit artikel 3:292 BW betwist.²⁸⁸ Ik ga in het navolgende steeds uit van het zeevervoer en verwijs in de noten naar de regeling in de binnenvaart.

Snijders heeft opgemerkt dat de voorrang van de retentor die in Boek 3 geregeld is, niet in Boek 8 van toepassing is.²⁸⁹ Hij wijst daarbij op artikel 8:210a BW waar, naar zijn zeggen, is bepaald dat het retentierecht niet van toepassing is ter zake van zeevervoer.²⁹⁰ Het genoemde artikel heeft echter niet betrekking op het vervoer van zaken, maar op de voorrechten op zeeschepen. Ten aanzien van voorrechten op binnenschepen geldt het Verdrag van Genève, dat het scheppen van voorrechten op binnenschepen boven de in het Protocol bij dit Verdrag genoemde, onmogelijk maakt. De wetgever betwijfelt daarom of de voorrang van de retentor op een binnenschip toegelaten zou zijn. Deze gedachte heeft de wetgever dan in artikel 8:210a BW ook doorgetrokken naar zeeschepen door in genoemd artikel te bepalen dat de voorrang van het retentierecht uit artikel 3:292 BW niet op zeeschepen van toepassing is.²⁹¹ Een beroep op artikel 8:210a BW is echter niet relevant ten aanzien van zaken aan boord van zeeschepen.²⁹²

Wel relevant in deze kwestie is artikel 8:222 lid 2 BW.²⁹³ Dit artikel luidt als volgt:

287. Haak & Zwitser 2003, p. 498.

288. Haak & Zwitser 2003, p. 389-390 menen dat de retentor uit Boek 8 BW zich kan beroepen op de voorrang uit art. 3:292 BW. Enzo: Haak 1997b, p. 92. Anders: W. Snijders, *Vervoersrecht in boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 33.

289. W. Snijders, *Vervoersrecht in boek 8 BW* (verslag) 1998, p. 33.

290. Art. 8:210a BW (zeevervoer) en 8:820a BW (binnenvaart).

291. PG Boek 8 BW, p. 280 (art. 8:210a BW). Vgl. Rb. Rotterdam 10 juni 2008, *S&S* 2010, 123 (*Fortuna*). Hof 's-Gravenhage 7 augustus 1996, *S&S* 1997, 8; NJ 1997, 678 (*Soliman Reys*).

292. Flach 2001, p. 40 stelt dat de voorrang van het retentierecht wel bij schepen is uitgesloten (8:210a en 8:820a BW), maar dat deze uitsluiting van het voorrangsrecht van het retentierecht niet geldt voor zaken aan boord van een schip.

293. Art. 8:222 lid 2 BW (zeevervoer) en 8:832 lid 2 BW (binnenvaart).

Artikel 8:222 lid 2 BW

Op ten vervoer ontvangen zaken zijn bevoorrecht de vorderingen uit een met betrekking tot die zaken gesloten vervoerovereenkomst, dan wel uit artikel 488 of artikel 951 voortvloeiend, doch slechts voor zover aan de vervoerder door artikel 489 of artikel 954 een recht op de zaken wordt toegekend. Deze vorderingen nemen daartoe rang na die welke zijn genoemd in het eerste lid en in de artikelen 204 en 794, doch vóór alle andere vorderingen, waaraan bij deze of enige andere wet een voorrecht is toegekend.

Dit artikel is opgenomen in de afdeling die betrekking heeft op voorrechten aan boord van zeeschepen. In het artikellid is geregeld dat vorderingen waarvoor een retentierecht in de zin van artikel 8:489 of 8:954 BW op de zaken is toegekend, zijn bevoorrecht. De vervoerder heeft daarom een voorrecht op de vracht, overliggend en andere vorderingen waarvoor hij een retentierecht kan invoeren.²⁹⁴ Men kan zich afvragen of de toekenning van een dergelijk voorrecht aan de zeevervoerder en de binnenvaarder inderdaad niet een beroep op de voorrang uit artikel 3:292 BW uitsluit. Het is immers niet met elkaar te verenigen dat een vordering waarvoor retentierecht wordt uitgeoefend, enerzijds bevoorrecht is in de zin van Boek 8 BW en anderzijds voorrang heeft in de zin van Boek 3 BW. Beide regelingen kunnen tot een andere verhaalspositie van de vervoerder leiden. Een dergelijke opvatting zou betekenen dat aan de voorrechten in Boek 8 BW geen betekenis toekomt, omdat de retentor in Boek 3 BW een zeer hoge voorrang is toegekend, namelijk boven een ieder aan wie hij het retentierecht kan tegenwerpen.

Historisch gezien is de toekenning van voorrechten voor vorderingen betreffende het vervoer van zaken over zee of in de binnenvaart te verklaren. Artikel 318h oud-K vermeldt dat bevoorrechte inschulden op de lading zijn vorderingen uit de overeenkomst van vervoer. Het is deze oude regeling waarbij Boek 8 BW aansluiting zoekt.²⁹⁵ Onder het oude recht kon de vervoerder echter geen retentierecht invoeren.²⁹⁶ De bescherming van de vervoerder vond daarom niet plaats door middel van een retentierecht, maar door de regeling van de voorrechten. Met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is echter een retentierecht met voorrang ingevoerd. Dit maakt onverklaarbaar waarom de wetgever in Boek 8 BW het retentierecht wil koppelen aan het voorrecht. Met de invoering van de voorrang bestaat immers aan deze koppeling geen behoefte.

De gedachte dat artikel 3:292 BW niet geldt voor de retentierechten in Boek 8 BW en dat daarvoor in de plaats een voorrecht aan de retentor is toegekend, leidt bovendien tot ongewenste rechtsgevolgen. In artikel 318h oud-K wordt opgemerkt dat de bevoorrechte inschulden op de lading voorrang hebben boven pand. Dat betekent dat de vervoerder zich voor de pandhouder op de zaak mag verhalen. Eenzelfde rangorde volgt ook uit artikel 3:292 BW, maar waarschijnlijk niet uit

294. Ook kosten van de vervoerder voor zover hij als zaakwaarnemer is opgetreden, in de zin van art. 8:488 of 8:951 BW, zijn bevoorrecht. Vgl. in dit opzicht HR 23 februari 1996, *StS* 1996, 69; *NJ* 1997, 276 m.nt. ThMdB (*Athenian Olympics*). Art. 8:222 lid 1 BW geeft ten aanzien van de kosten van hulpverlening en avarij-grosse een hoger voorrecht. De voorrechten op de zaken aan boord van een zeeschip nemen meestal rangorde na het hypotheekrecht of de voorrechten op het zeeschip.

295. PG Boek 8 BW, p. 294-295.

296. Art. 493 oud-K (zeevervoer) en 833 oud-K (binnenvaart).

artikel 8:222 lid 2 BW. In artikel 8:222 lid 2 BW wordt namelijk wel aan de vordering waarvoor een retentierecht kan worden ingeroepen, voorrecht toegekend, zonder echter nog de rangorde van dit voorrecht af te zetten tegen het pandrecht. Artikel 8:222 lid 2 BW geeft slechts aan dat de bevoorrechte vorderingen rang nemen na bijvoorbeeld vorderingen uit hulpverlening en avarij-grosse en nog enkele vorderingen, maar vóór alle vorderingen, waaraan bij deze of enige andere wet een voorrecht is toegekend. Een pandrecht heeft echter geen voorrecht, maar voorrang, zodat strikt genomen het pandrecht niet onder dit artikel valt. Om de rangorde tussen het pandrecht en dit voorrecht dan te kunnen bepalen, moet teruggegrepen worden op artikel 3:279 BW, waar is geregeld dat het pandrecht boven voorrecht gaat. Dat zou betekenen dat artikel 8:222 lid 2 BW belangrijk afwijkt van artikel 3:292 BW. De algemene regeling uit artikel 3:292 BW laat de retentor in beginsel voorgaan boven de pandhouder, terwijl artikel 8:222 lid 2 BW deze rangorde omdraait. Deze rechtsgevolgen lijken mij ongewenst.²⁹⁷

De oplossing voor dit probleem ligt mijn inziens in het toekennen van een beperkte betekenis aan artikel 8:222 lid 2 BW. Dit past in de gelaagde structuur van de wet waarbij ook de wegvervoerder en de expediteur een beroep op artikel 3:292 BW toekomt. De zeevervoerder en de binnenvaarder zouden hiervan niet uitgesloten moeten worden. De regeling van de voorrechten op zee- en binnenschepen in Boek 8 BW is geënt op het Verdrag van Genève uit 1965, dat betrekking heeft op de inschrijving van binnenschepen.²⁹⁸ De wetgever heeft dit verdrag, dat alleen betrekking heeft op binnenschepen, in Boek 8 BW doorgetrokken naar de zeeschepen.²⁹⁹

Dit verdrag kent een uitgewerkte regeling van voorrechten waarvan door de nationale rechter niet mag worden afgeweken. Hoewel dit verdrag betrekking heeft op zakelijke rechten op binnenschepen, is ze ook relevant voor rechten op zaken aan boord van binnenschepen, namelijk in gevallen van stapelvervoer. Van stapelvervoer is sprake wanneer een schip als lading een ander zee- of binnenschip vervoert. In het geval men zich dan zou willen verhalen op het vervoerde schip, dan moet de regeling van de voorrechten zich ook uitstrekken tot de vorderingen die voortvloeien uit het vervoer van de zaak. Toepassing van artikel 3:292 BW zou dan immers in strijd komen met de dwingendrechtelijke rangorde van zakelijke rechten zoals die is neergelegd in het verdrag.³⁰⁰ Artikel 8:222 lid 2 BW moet daarom voor deze situatie van stapelvervoer worden gezien als een gerechtvaardigde afwijking van de algemene regeling van voorrang in artikel 3:292 BW.³⁰¹

297. Daarmee ontstaat in Boek 8 BW de impasse die bij art. 3:292 BW opgelost is. Immers toepassing van art. 8:222 lid 2 BW heeft tot gevolg dat de vervoerder wel een retentierecht aan de pandhouder kan tegenwerpen, maar zich niet op de zaken zal willen verhalen, omdat zijn vordering een lagere rang inneemt dan het pandrecht. Met het oog op deze impasse heeft de wetgever aan de retentor een hoge voorrang toegekend. PG Boek 3 BW, p. 889 (art. 3:292 BW).

298. *Convention relative à l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure* (Overeenkomst inzake de inschrijving van binnenschepen), Genève, 25-01-1965. Belangrijk hierbij is ook Protocol No. 1 betreffende de zakelijke rechten op binnenschepen. Het verdrag is te vinden in Trb. 1966, 228 en ingevoerd op 24-06-1982, Trb. 1982, 83.

299. PG Boek 8 BW, p. 251-253.

300. In gevallen van stapelvervoer moet dus de ratio achter art. 8:210a BW niet alleen worden gebruikt voor rechten op schepen, maar ook voor rechten op zaken aan boord van schepen.

301. Daarmee past art. 8:222 lid 2 BW ook goed op het eerste lid, waar het gaat om een voorrecht vorderingen ter zake van hulpverlening en avarij-grosse. Hierbij plaatst de wetgever deze vorderingen expliciet in het kader van stapelvervoer. PG Boek 8 BW, p. 298 (art. 8:222 BW). Dezelfde gedachte moet dan ook worden doorgetrokken naar het tweede lid.

Artikel 8:222 lid 2 BW moet naar mijn mening beperkt worden tot deze gevallen van stapelvervoer en niet daarbuiten worden toegepast. Het genoemde artikel zou dus naar mijn mening niet moeten worden toegepast op gewone lading aan boord van het schip. Artikel 8:222 lid 2 BW geeft zelf ook blijk van een dergelijke beperkte betekenis door slechts de rangorde af te bakenen ten aanzien van een aantal andere zakelijke rechten die wel onder het Verdrag van Genève vallen. Artikel 8:222 lid 2 BW moet daarom naar zijn zin en strekking worden bepaald tot situaties die onder het Verdrag van Genève vallen. Buiten deze situaties om is steeds artikel 3:292 BW toepasselijk. Dat betekent dat de vervoerders over zee en in de binnenvaart zich op de voorraangsregeling uit artikel 3:292 BW kunnen beroepen. Daarmee worden alle logistieke dienstverleners op gelijke wijze behandeld: ze kunnen zich immers alle beroepen op artikel 3:292 BW.

2.4.8 Engels recht

Het Engelse recht kent verschillende *common law liens*, retentierechten die van rechtswege ontstaan, zonder dat er sprake is van een algemene regeling. De vervoerder heeft naar *common law* een *lien* voor vracht, avarij-grosse en kosten gemaakt ter bescherming van de lading.³⁰² Onder deze laatste categorie kosten worden onder meer kosten uit hulpverlening verstaan.³⁰³ Onder 'vracht' mag echter niet worden verstaan andere kosten, zoals foutvracht en kosten als gevolg van overliggen of stilliggen. Is een beding *freight prepaid* in het cognossement opgenomen dan kan geen retentierecht jegens de ladingontvanger worden ingeroepen. De *common law lien* strekt zich niet uit tot vorderingen uit eerdere vervoerovereenkomsten. Het staat de vervoerder vrij om een contractueel retentierecht (*contractual lien*) te bedingen. Een contractueel retentierecht kan voor alle vorderingen, dus ook voor vorderingen uit eerdere vervoerovereenkomsten, worden bedongen. Het Engelse recht maakt traditioneel een onderscheid tussen *common carriers* en de *private carrier*. Het belang daarvan is daarin gelegen dat de *common law lien* zich in ieder geval uitstrekt tot de *common carrier*, maar het is onzeker of het zich ook uitstrekt tot de *private carriers*.³⁰⁴ In het laatste geval kan de *private carrier* zich alleen beroepen op een contractueel retentierecht.

De *common carrier* komt nog maar zelden voor en het is de vraag of er nog een is overgebleven.³⁰⁵ Een *common carrier* wordt wel omschreven als volgt: 'A common carrier is one who holds himself out as being prepared to carry for reward the goods of any person who wishes to employ his services without reserving to himself the right to refuse the goods tendered.'³⁰⁶

302. Wilson 2010, p. 303. Scrutton 2008, p. 340, nr. A184. Scrutton/Boyd 2008, art. 184. Carver/Colinvaux 1982, nr. 2010. Voor de vracht: Palmer & Hudson 2004, p. 586, nr. 686. Palmer 2009, nr. 27-038. *Stapley v Towing Masters Pty Ltd (t/as) Dynamic Towing* [2009] NSWCA 382, ov. 72.

303. Naar Nederlands recht wordt hier wel gesproken van 'kosten onderweg'. Van 't Zelfde 2003, p. 126. Van 't Zelfde 2004, p. 282. Kennelijk is hier sprake van aansluiting bij art. 8:488 BW. Ik denk dat het artikel verdergaat dan wat het Engelse recht voorstaat. Naar Nederlands recht vallen onder deze 'kosten onderweg' ook de kosten van opslag en verkoop van lading. PG Boek 8 BW, p. 508 (art. 8:488 BW). Naar Engels recht is mij niet bekend of deze kosten ook onder de *common law lien* vallen.

304. Clarke & Yates 2008, nr. 1.333. Vgl. Carver/Colinvaux 1982, nr. 1993.

305. McBain 2005, p. 547, 596.

306. Palmer 2009, nr. 27-027. Palmer & Hudson 2004, nr. 502, 541.

De literatuur neemt meestal aan dat de zeevervoerder en de vervoerder in de binnenvaart zich op een *common law lien* kan beroepen.³⁰⁷ Voor de wegvervoerder is het niet geheel zeker of hij zich kan beroepen op een *common law lien*, nu hij zich in de algemene voorwaarden laat aanduiden als een *private carrier*.³⁰⁸ Uiteraard kunnen zij wel steeds een beroep doen op een contractueel retentierecht.

De vervoerder kan zich ook beroepen op een *common law lien* in zoverre zijn handelen de zaken in waarde hebben doen toenemen, zoals door reparatie.³⁰⁹ Daar zal echter bij het vervoer niet snel sprake van zijn.

2.4.9 Duits recht

Het retentierecht is naar Duits recht te vinden in de al behandelde §§ 273 BGB en 369 HGB. Daarnaast is voor de vervoerder (*Verfrachter*) in het zeerecht een retentierecht te vinden in § 614 lid 2 HGB. Verder komt de vervoerder een beroep toe op een wettelijk pandrecht uit § 441 HGB. Het artikel is opgenomen in de algemene regeling van het vervoer en kan daarom door de vervoerder in binnenvaart, weg en lucht worden ingeroepen (407 lid 3 HGB).³¹⁰ Het wettelijk pandrecht van de expediteur (464 HGB) en dat van de bewaarnemer (475b HGB) verwijzen ook naar § 441 HGB. Voor de zeevervoerder (*Verfrachter*) is een wettelijk pandrecht te vinden in § 623 HGB.³¹¹ Het staat de vervoerder vrij om zich naast het wettelijk pand- en retentierecht op een contractueel pand- en retentierecht te beroepen.³¹²

Hieronder wordt eerst het wettelijke pandrecht van de vervoerder in § 441 HGB behandeld en vervolgens het retentierecht en pandrecht van de vervoerder, in §§ 614-615 HGB en § 623 HGB. De laatstgenoemde artikelen hebben alleen betrekking op het zeevervoer.

In § 441 HGB is het wettelijke pandrecht van de vervoerder opgenomen.

§ 441 lid 1 HGB: Pfandrecht

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen sowie wegen unbestrittener Forderungen aus anderen mit dem Absender abgeschlossenen Fracht-, Speditions- oder Lagerverträgen ein Pfandrecht an dem Gut. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Begleitpapiere.

Het pandrecht kan worden uitgeoefend voor alle vorderingen die met het vervoer van de zaken samenhangen. Daarbij valt onder meer te denken aan vracht, tol en overliggeld. De vervoerder kan het pandrecht jegens de ontvanger uitoefenen, ongeacht of de ontvanger deze vorderingen verschuldigd is of niet. Evenzo kan de

307. Voor de binnenvaart, zie Clarke & Yates 2008, nr. 4.250.

308. Clarke & Yates 2008, nr. 1.259, 1.333. Claringbould 1987, p. 217. Road Haulage Association Ltd. Conditions of Carriage, preamble. De reden dat vervoerders niet graag een *common carrier* zijn, is de risicoaansprakelijkheid die de *common carrier* heeft voor alle verlies en schade gedurende het vervoer. McBain 2005, p. 547 e.v.

309. Palmer 2009, nr. 16-051 en 15-077.

310. Voor de vervoerder in de binnenvaart is dit ook opgenomen in § 26 Binnenschiffahrtsgesetz (BinSchG). Schmidt 2010, p. 21.

311. Over de ontwikkeling van de wettelijke pandrechten, zie Sachse 1969.

312. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 1. Prüssmann/Rabe 2000, § 623 HGB, nr. 16.

vervoerder het pandrecht ten opzichte van de afzender inroepen, ongeacht of de afzender deze vorderingen verschuldigd is.³¹³ Het kan zijn dat een duurovereenkomst of raamovereenkomst is gesloten waaronder het vervoer wordt gebracht. In dat geval kan slechts een pandrecht worden uitgeoefend voor het traject waarvoor de kosten zijn gemaakt.³¹⁴

Onder omstandigheden kan ook voor niet met het vervoer samenhangende vorderingen, oude vorderingen dus, een pandrecht worden uitgeoefend. Dit pandrecht voor oude vorderingen kan zowel aan de afzender als aan de ontvanger worden tegengeworpen.³¹⁵ Het moet dan gaan om 'unbestrittener Forderungen' die zijn ontstaan uit eerder aangegane vervoer-, expeditie- of opslagovereenkomsten. Met 'unbestritten' wordt bedoeld die vorderingen die door de wederpartij niet zijn bestreden, door de wederpartij zijn erkend of in rechte zijn vastgesteld.³¹⁶

Naar Duits recht wordt bovengenoemd onderscheid tussen vorderingen die met het vervoer van de zaken samenhangen en andere vorderingen, *konnexe Forderungen* en *inkonnexe Forderungen* genoemd. Dit onderscheid is van groot belang voor de totstandkoming van het pandrecht. Het genoemde artikel, § 441 HGB, is een wettelijk pandrecht. Dat betekent dat het van rechtswege tot stand komt. Wel is vereist dat de vervoerder te goeder trouw is met betrekking tot de bevoegdheid van zijn wederpartij om de zaken te verpanden. Een regeling hieromtrent is neergelegd in § 366 HGB. Dit artikel heeft zowel betrekking op het pandrecht dat door wilsovereenstemming tot stand komt, als op het pandrecht dat van rechtswege tot stand komt. Hierin worden lichtere eisen aan de totstandkoming van een pandrecht gesteld.

Een pandrecht komt tot stand voor *konnexe* en *inkonnexe Forderungen* in geval de vervoerder mag menen dat zijn wederpartij, de afzender, eigenaar is ten aanzien van het goed en derhalve beschikkingsbevoegd.³¹⁷ In zoverre is het artikel in overeenstemming met het BGB (§ 1204 BGB) en ook met het Nederlandse recht (3:98 jo. 3:84 BW). In § 366 HGB, wordt echter verdergegaan en geregeld dat een pandrecht ook tot stand komt voor *konnexe Forderungen* wanneer de vervoerder te goeder trouw mocht menen dat de afzender bevoegd is de zaken ten vervoer over te geven. Hier wordt dus niet de eis gesteld dat de wederpartij eigenaar van de zaken moet zijn, maar slechts dat hij bevoegd is de zaken ten vervoer over te geven. Dat wordt snel aangenomen.

-
313. MünchKomm HGB (Schmidt) 2009, § 441 HGB, nr. 7-8. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 9. Brüning-Wildhagen 2000, p. 15-16. BGH 08.03.1955, BGHZ 17, 1, 3. OLG Hamm 26.11.1992, *Transportrecht* 1993-7/8, p. 310, 312.
314. MünchKomm HGB (Schmidt) 2009, § 441 HGB, nr. 10. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 9. Anders: v. Waldstein & Holland 2007, § 441 HGB, nr. 7. Brüning-Wildhagen 2000, p. 17. Dit was aan de orde in BGH 10.06.2010, *Transportrecht* 2010-7/8, p. 303-308; E.T.L. 2010-5, p. 547-561. In lagere instantie: OLG Köln 30.05.2008, *Transportrecht* 2009-1, p. 37-43. Hierover: Schmidt 2010, p. 33 e.v.
315. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 10.
316. MünchKomm HGB (Schmidt) 2009, § 441 HGB, nr. 11-12. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 11. Czerwenka 1997, p. 358. Een Pfandrecht kan niet jegens de schuldenaar worden ingeroepen voor een vordering die de schuldeiser-retentor op een derde heeft en die niet van doen heeft met de verrichte handeling aan de zaak. BGH 23.03.1956, BGHZ 20, 231.
317. Hieronder valt ook het geval dat de afzender door de eigenaar beschikkingsbevoegdheid verleend heeft gekregen (§ 185 BGB). Van een dergelijk geval zal bij *inkonnexe Forderungen* niet snel sprake zijn.

Een pandrecht voor *inkonnexe Forderungen* kan echter alleen ontstaan in het geval de wederpartij eigenaar is van de zaken.³¹⁸ Omdat in de meeste gevallen de vervoerder contracteert met een expediteur, zal hij slechts voor *konnexe Forderungen* een pandrecht kunnen tegenwerpen aan de afzender en de ontvanger. Voor de meeste gevallen komt het Duitse recht op dit punt dus overeen met het Nederlandse recht en is het beperkt tot huidige vorderingen. Het belangrijkste onderscheid is daarin gelegen dat het niet de eis stelt dat de ontvanger de vordering verschuldigd moet zijn en onder omstandigheden toelaat dat het wettelijke pandrecht ook voor oude vorderingen kan worden ingeroepen.³¹⁹

Na deze bespreking van § 441 HGB komen we toe aan §§ 614-615 HGB, waar het retentierecht van de zeevervoerder is geregeld.

§ 614 HGB: Zahlungspflicht des Empfängers; Auslieferungspflicht des Verfrachters

(1) Durch die Annahme der Güter wird der Empfänger verpflichtet, nach Maßgabe des Frachtvertrags oder des Konnossements, auf deren Grund die Empfangnahme geschieht, die Fracht nebst allen Nebengebühren sowie das etwaige Liegegeld zu bezahlen, die ausgelegten Zölle und übrigen Auslagen zu erstatten und die ihm sonst obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen.

(2) Der Verfrachter hat die Güter gegen Zahlung der Fracht und gegen Erfüllung der übrigen Verpflichtungen des Empfängers auszuliefern.

In lid 1 is vermeld welke vordering de ontvanger moet voldoen. Het betreft de vracht en alle overige kosten die hiermee samenhangen. Onder vracht wordt verstaan de kosten die het schip maakt met het vervoer van de zaken (kosten onderweg) en de kosten gemaakt bij inlading en lossing.³²⁰ In het artikel wordt verder het liggeld en de tol genoemd. In § 615 HGB wordt toegevoegd de kosten van avarijschade en berging van of hulp aan het schip. Voor zover er kosten zijn die niet onder de wettelijke regeling van §§ 614-615 HGB vallen, kan een contractueel retentierecht worden bedongen dat deze leemte vult.³²¹

Is een cognossement uitgegeven, dan moet de ontvanger de vracht en de overige kosten alleen betalen voor zover dit uit het cognossement blijkt. Voor het overliggeld kan dit geschieden door opname van een *cesser clause* of het beding 'absolute lien on the cargo for demurrage'. Niet moet het bestaan van de vordering expliciet op het cognossement zijn aangekend,

318. MünchKomm HGB (Schmidt) 2009, § 441 HGB, nr 15-17. Koller 2010, § 441 HGB, nr. 5-6; 10-12. Andresen 2004, p. Vgl. BGH 10.06.2010, *Transportrecht* 2010-7/8, p. 303-308; E.T.L. 2010-5, p. 547-561. In lagere instantie: OLG Köln 30.05.2008, *Transportrecht* 2009-1, p. 37-43. Schmidt 2010, p. 22 e.v. Tiedtke 1985, p. 227 e.v. Risch 2005, p. 110-111. Didier 2004, p. 814-815. Demuth 2001, p. 757. Vgl. ook OLG Karlsruhe 20.2.2004, *Transportrecht* 2004-11/12, p. 467-468. Vergelijk over § 366 HGB, ook Reinicke 1989. Een bijzonder geval is BGH 18.5.1995, *Transportrecht* 1995-10, p. 383-384.

319. Voorbeelden van een wettelijk pandrecht voor oude vorderingen zijn BGH 18.04.2002, *BGHZ* 150, 326 en BGH 21.04.2005, *Transportrecht* 2005-7/8, p. 309-311, waarover Bräuer 2006.

320. Prüssmann/Rabe 2000, Vor § 614 HGB, nr. 1.

321. Prüssmann/Rabe 2000, § 614 HGB, nr. 21.

het is voldoende als de verplichting tot het betalen van overliggeld op het cognossement is opgenomen.³²²

In § 614 lid 2 HGB wordt toegevoegd dat de vervrachter de goederen alleen behoeft uit te leveren *Zug um Zug*. De vervrachter behoeft de zaken dus pas af te leveren nadat de verschuldigde vorderingen zijn voldaan.³²³ In § 614 lid 2 HGB wordt daarom een retentierecht gelezen. De ontvanger moet betalen en kan geen zekerheid stellen.³²⁴ Voor de betaling van avarij-grosse, de kosten van berging of hulpverlening kan echter wel zekerheid worden gesteld (§ 615 HGB).³²⁵

Het retentierecht uit § 614-615 HGB wijkt af van de algemene regeling van het retentierecht in § 273 BGB en § 369 HGB. Het retentierecht van de vervrachter is beperkt tot huidige vorderingen en kan zich niet uitstrekken tot vorderingen die voortvloeien uit eerdere vervoerovereenkomsten.³²⁶ Het retentierecht van de koopman, § 369 HGB, dat zich wel uitstrekt tot oude vorderingen, is niet toepasselijk.

Op dit uitgangspunt is echter een belangrijke uitzondering te maken. Het kan zijn dat de ontvanger de lading weigert. In dat geval blijft de bevrachter alle kosten verschuldigd aan de vervrachter (§ 627 HGB). De relatie tussen vervrachter en bevrachter valt dus buiten het bereik van § 614-615 HGB, zodat hiervoor teruggegrepen moet worden naar § 369 HGB. Dat betekent dat de vervrachter ook voor oude vorderingen een retentierecht aan de bevrachter kan tegenwerpen.³²⁷ Het is deze oplossing die ik hierboven ook naar Nederlands recht heb voorgesteld.

De vraag of § 273 BGB, het algemene retentierecht uit het burgerlijk recht, op het zeevervoer toepassing kan hebben, wordt nauwelijks behandeld. Rabe meent van wel en geeft het voorbeeld van de ontvangstexpediteur die een voortdurende rechtsverhouding heeft met de vervoerder en daaruit steeds de lading van de vervoerder aanneemt. In dat geval zou § 273 BGB toepassing kunnen hebben. Rabe voegt echter onmiddellijk toe dat hiermee strijd ontstaat met § 614 lid 2 HGB, dat immers het retentierecht beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op het vervoer van de zaken en niet voortvloeien uit eerdere vervoerovereenkomsten. In § 614 lid 2 HGB valt daarom een afwijking van § 273 BGB te zien, zodat dit algemene artikel niet tegen de ladingontvanger kan werken.³²⁸

In § 623 HGB wordt de rechtspositie van de vervrachter verder versterkt met een wettelijk pandrecht.

322. Prüssmann/Rabe 2000, § 614 HGB, nr. 16-17.

323. Het artikel komt daarmee overeen met het algemene artikel, § 420 HGB.

324. In zoverre wijkt dit retentierecht af van de artikelen § 273 BGB en § 369 HGB.

325. § 615 HGB: Zurückbehaltungsrecht des Verfrachters. 'Der Verfrachter ist nicht verpflichtet, die Güter auszuliefern, bevor die darauf haftenden Beiträge zur großen Haverei, Bergelohn einschließlich Bergungskosten bezahlt oder sichergestellt sind.' Prüssmann/Rabe 2000, § 614 HGB, nr. 21, § 615 HGB, nr. 2.

326. Dat § 614 HGB afwijkt, volgt uit § 369 lid 3 HGB. Prüssmann/Rabe 2000, § 614 HGB, nr. 23.

327. Naar Duits recht ontstaat dan wel meteen het probleem dat het retentierecht uit § 369 HGB slechts toepassing kan vinden in geval de wederpartij van de vervrachter, de bevrachter, eigenaar is van de zaken. Dat zal meestal niet het geval zijn en dus kan de vervrachter zich in veel gevallen niet op dit artikel beroepen.

328. Prüssmann/Rabe 2000, § 614 HGB, nr. 24.

§ 623 lid 1 HGB: Gesetzliches Pfandrecht des Verfrachters
 (1) Der Verfrachter hat wegen der in § 614 erwähnten Forderungen ein Pfandrecht an den Gütern.

Het pandrecht kan voor de in § 614 HGB genoemde vorderingen worden ingeroepen. Het kan dus worden uitgeoefend voor vracht, overliggeld, tol en overige kosten. Het pandrecht kan echter niet worden ingeroepen voor de kosten genoemd in § 615 HGB, de kosten van avarij-grosse, berging en hulpverlening. Het artikel strekt zich verder niet uit tot oude vorderingen.³²⁹ Er is hier sprake van een afwijking van § 441 HGB, waar het pandrecht van de vervoerder is geregeld.

In het ontwerp voor een nieuw Duits zeerecht wordt de zeevervoerder wel een pandrecht voor oude vorderingen toebedeeld, in analogie met § 441 HGB.³³⁰ Verder kan de vervrachter een dergelijk pandrecht contractueel bedingen. In dat geval gelden de algemene regels van pandrecht en moet de bevrachter eigenaar zijn van de zaken wil een pandrecht tot stand komen.³³¹

Het wettelijk pandrecht uit § 623 HGB komt op dezelfde manier tot stand als het wettelijk pandrecht genoemd in § 441 HGB. Ook hier is sprake van een verlichting van de eis van goede trouw. De goede trouw behoeft zich niet te richten op de vraag of de wederpartij, de bevrachter, eigenaar is van de zaken. Het is voldoende als de vervrachter ervan uitgaat dat zijn wederpartij beschikkingsbevoegd is ten aanzien van de zaken. Aan deze eis is al vlug voldaan. Voldoende is als de vervrachter mocht menen dat de aflader bevoegd was de zaken aan hem over te geven.³³²

2.4.10 Bevindingen

Alle onderzochte rechtstelsels maken de uitoefening van een retentierecht door de vervoerder jegens zijn wederpartij mogelijk voor huidige en oude vorderingen. Niet altijd geeft de wettelijke regeling van het retentierecht die ruimte, maar omdat de onderzochte rechtstelsels steeds een contractueel retentierecht voor alle vorderingen toelaten, is het gevolg steeds dat de vervoerder een retentierecht voor huidige en oude vorderingen kan tegenwerpen aan zijn wederpartij.

Naar Engels recht kan de vervoerder een retentierecht van rechtswege uitoefenen voor vracht, avarij-grosse en de kosten uit hulpverlening. Voor het overige moet de vervoerder een contractueel retentierecht bedingen. Het Nederlandse recht gaat verder en strekt zich uit voor al hetgeen verschuldigd is voor het vervoer. Hierop bestaat een uitzondering in de algemene regeling (8:30 BW) en het zeevervoer (8:489 BW) dat een beperking kent tot al hetgeen door de ontvanger verschuldigd is. Deze beperking kent het Duitse recht niet. In deze paragraaf is bepleit om in

329. Rabe acht dit ongelukkig, nu met het Transportrechtsreformgesetz over de gehele breedte, voor vervoerder, opslagbedrijf en expediteur, het wettelijk pandrecht is uitgebreid, zodat dat hier ook voor de hand had gelegen. De wetgever heeft echter expliciet niet met het Transportrechtsreformgesetz het zeevervoer willen aanpassen. Prüssman/Rabe 2000, § 623 HGB, nr. 5-7.

330. § 495 ontwerp-HGB. Dit artikel en het gehele voorstel zijn in te zien op de website transportrecht.org en ook op de website bmj.bund.de, onder de titel 'Abschlussbericht der Sachverständigengruppe zur Reform des Seehandelsrechts'.

331. In dat geval is van toepassing de algemene regeling van het pandrecht in het BGB, § 1204 BGB. Prüssman/Rabe 2000, § 623 HGB, nr. 16-17.

332. In § 623 lid 3 HGB wordt daarom verwezen naar § 366 HGB. Ik heb dit artikel hierboven besproken. Prüssman/Rabe 2000, § 623 HGB, nr. 4.

dit opzicht het Duitse recht over te nemen. Naar Nederlands recht zal de zeevervoerder hiervoor een contractueel retentierecht moeten bedingen. Een contractueel retentierecht heeft echter belangrijke nadelen ten opzichte van het wettelijke retentierecht. Zo kent het contractuele retentierecht geen voorrang (3:292 BW en 60 Fw). Het Nederlandse recht blijft in dit opzicht achter bij het Duitse recht.

Het Duitse recht staat verder onder omstandigheden een wettelijk pandrecht toe voor oude vorderingen. Naar Nederlands recht is dat niet mogelijk. Er is daarom bepleit dat de vervoerder in de relatie met de afzender een beroep kan doen op artikel 6:52 BW. Wanneer men dit niet wil aanvaarden, komt hem in ieder geval een beroep op een contractueel retentierecht toe. De vervoerder doet er daarom goed aan een retentierecht voor oude vorderingen te bedingen.

2.5 Conclusie

Het handelsverkeer is gebaat bij duidelijke rechtsregels die de verhoudingen tussen partijen invullen. Deze regels dienen zoveel mogelijk overeen te komen met de veronderstelde wil van partijen. Uit dit hoofdstuk blijkt dat het retentierecht uit Boek 8 BW op belangrijke punten niet aan deze eis voldoet.

Alle logistieke dienstverleners bedingen in hun algemene voorwaarden een retentierecht voor alle vorderingen die zij op hun wederpartij hebben uitstaan. De wettelijke retentierechten dienen naar mijn mening zoveel mogelijk aan te sluiten bij dit gegeven.

De regeling van de opschortingsrechten, artikel 6:52 BW, kent een billijke regeling. Op het opschortingsrecht kunnen de fysieke distributeur, de bewaarnemer, de stuwadoor en de cargadoor een beroep doen, evenals de expediteur in ruime zin. Een opschortingsrecht kan voor huidige en oude vorderingen worden ingeroepen. De expediteur in enge zin kan een retentierecht uitoefenen voor vorderingen die betrekking hebben op het doen vervoeren van goederen. Voor andere vorderingen uit nevenwerkzaamheden dient hij een beroep op artikel 6:52 BW te doen. Artikel 8:69 BW is beperkt tot huidige vorderingen, terwijl artikel 6:52 BW zich uitstrekt tot oude vorderingen. Omdat de kosten voor het verrichten van nevenwerkzaamheden gewoonlijk (veel) hoger zijn dan de kosten voor het doen vervoeren van de goederen, is de regeling van de expeditie min of meer bevredigend. Voor oude vorderingen voor doen vervoeren kan de expediteur een contractueel retentierecht bedingen.

De vervoerder kan een retentierecht uitoefenen voor huidige vorderingen. De algemene regeling van het vervoer (8:30 BW) en de zeevervoerder (8:489 BW) perken dit verder in door te stellen dat het moet gaan om vorderingen door de ontvanger verschuldigd. Deze inperking acht ik ongeoorloofd. Door middel van een contractueel retentierecht kan worden bereikt, dat hij voor alle vorderingen die gemaakt zijn voor het vervoer een retentierecht kan uitoefenen. De vervoerder komt verder slechts een retentierecht toe voor huidige vorderingen en niet voor oude vorderingen. Daarmee wordt de vervoerder anders behandeld dan de bewaarnemer of de expediteur in ruime zin. Betoogd wordt daarom dat in de verhouding tot de afzender de vervoerder een retentierecht moet kunnen uitoefenen voor oude vorderingen. Dit kan door middel van een contractueel retentierecht. Daarnaast betoog ik dat hij een beroep kan doen op artikel 6:52 BW, in weerwil van de opvatting van de wetgever op dit punt.

De vervoerrechtelijke retentierechten strekken zich uit tot nog niet opeisbare vorderingen. Het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW beperkt zich tot opeisbare vorderingen. Betoogd werd dat de uitbreiding tot niet opeisbare vorderingen geen zin heeft, behoudens voor avarij-grosse.

Door middel van verschillende bedingen kan nader worden ingevuld of een retentierecht kan worden uitgeoefend of niet. Het beding dat het loon of de vracht verschuldigd is na de aflevering, brengt met zich mee dat geen retentierecht mag worden uitgeoefend voor deze vordering bij de aflevering. Hetzelfde geldt voor het beding dat het loon of de vracht vooruitbetaald is. Ook in dat geval kan geen retentierecht worden uitgeoefend.

Ook naar Engels recht en Duits recht kan een retentierecht (of wettelijk pandrecht) voor huidige en oude vorderingen worden uitgeoefend. De internationale eenstemmigheid op dit punt brengt mij tot de conclusie dat het wenselijk is dat in de vervoerrechtelijke verdragen een retentierecht wordt opgenomen. Op dit moment is dat niet het geval. Vooral enkele oudere, niet in werking getreden, verdragen bevatten een interessante regeling. Inspiratie bieden vooral de United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade en de Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods.

Het eerste verdrag geeft een minimumregeling. De operator kan voor iedere vordering die betrekking heeft op de goederen een retentierecht uitoefenen. Het verdrag laat contractuele uitbreidingen ongemoeid. Deze regeling is aantrekkelijk wanneer nog wordt toegevoegd dat het verdrag ook uitbreidingen in de wet, zoals ten onzent artikel 6:52 BW, ongemoeid laat. Het laatstgenoemde verdrag bevat een opmerking over de bescherming van de ladingontvanger. Een retentierecht mag jegens de ladingontvanger slechts worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken en niet voor oude vorderingen. Dit is ook de ratio geweest achter de inperking van de vervoerrechtelijke retentierechten in Boek 8 BW tot huidige vorderingen.

Een combinatie van deze twee regelingen zou door de gehele logistieke dienstverlening wenselijk zijn. Ten opzichte van de contractuele wederpartij kan dan voor huidige en oude vorderingen een retentierecht worden uitgeoefend. Ten opzichte van de derde, die aflevering van de lading vordert, kan dan slechts een retentierecht voor huidige vorderingen worden ingeroepen. Een dergelijke regeling in de verdragen zou naar mijn mening, inpasbaar zijn in het Nederlandse, Engelse en Duitse recht.

Hoofdstuk 3

Zekerheid door macht over een zaak

3.1 Inleiding

Het handelsverkeer kenmerkt zich doordat zaken snel van hand tot hand worden doorgegeven. Dat is eerder aangeduid met de term ‘vlot handelsverkeer’.¹ In de meeste gevallen gaat met het overgeven van de zaken aan een volgende schakel in de logistieke keten de macht over de zaken verloren en daarmee eindigt tevens het retentierecht of pandrecht; het uitoefenen van de macht over de zaken is immers een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een vuistpandrecht of retentierecht op de zaken.²

Het tenietgaan van het zekerheidsrecht als gevolg van het verlies van de macht over de zaken, betekent dat de logistieke dienstverlener vanaf dat moment zekerheid voor het aan hem verschuldigde loon ontbeert. Uiteraard kan de dienstverlener dit voorkomen door de zaken eenvoudigweg niet door te geven aan de volgende schakel totdat zijn vordering is betaald. De logistieke dienstverlener plaatst daarmee de bescherming van zijn eigen belang boven het algemene belang van een vlot handelsverkeer. Een dergelijke houding zal commercieel gezien echter vaak niet haalbaar zijn. De klant wil de zaken zo spoedig mogelijk onder zich krijgen en de betaling wordt later geregeld. De logistieke dienstverlener zal daarom in de praktijk gewoonlijk de zaken overgeven aan de volgende schakel in de logistieke keten. Zoals vermeld, eindigt op dat moment in beginsel zijn retentierecht of vuistpandrecht. De schuldeiser zal daarom andere wegen moeten bewandelen om voldoende zekerheid te behouden.

Een schuldeiser kan zijn schuldenaar verzoeken een zekerheidsstelling of garantie af te geven. Een vervoerder levert de zaken bijvoorbeeld pas af aan de ladingontvanger wanneer die de vracht betaalt of voldoende zekerheid stelt. In hoofdstuk 2 is een andere manier doorgelicht om de logistieke dienstverlener voldoende zekerheid te bieden. Dat kan door het retentierecht zich ook te doen uitstrekken tot oude vorderingen. De logistieke dienstverlener heeft dan niet alleen zekerheid voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken die hij onder zich heeft (*debitum cum re iunctum*), maar ook voor vorderingen op zaken die hij in het verleden onder zich heeft gehad. De dienstverlener moet dan uiteraard wel een nieuwe partij zaken onder zich hebben.

De macht over een zaak markeert het begin en einde van het retentierecht en het vuistpandrecht. Vanaf het ogenblik dat de macht over de zaak wordt uitgeoefend, kan het zekerheidsrecht worden ingeroepen, uiteraard voor zover ook is voldaan aan de andere eisen gesteld aan de totstandkoming van het zekerheidsrecht. Het zekerheidsrecht eindigt in beginsel op het moment dat de macht over de zaak

1. Zie hoofdstuk 1.

2. Zie hierna, paragraaf 3.3.

verloren gaat. De centrale vraag in dit hoofdstuk is daarom de vraag wanneer de schuldeiser macht over de zaken uitoefent. Dit zal vooral in de context van het retentierecht worden besproken. Daarnaast zullen steeds, vergelijkenderwijs, enkele opmerkingen worden gemaakt over het pandrecht.

Macht over een zaak kan onmiddellijk of middellijk zijn (3:107 BW). In het laatste geval houdt de middellijke houder indirect de macht over de zaak, via de onmiddellijke houder. De uitoefening van middellijke macht over de zaken kan men zien als een mogelijke oplossing voor het probleem om voldoende zekerheid te behouden na overgave van de zaken. De volgende schakels in de logistieke keten blijven de zaken dan houden voor de eerdere schakel. Daarmee behoudt de schuldeiser de middellijke macht over de zaken en dat is voldoende voor het totstandkomen van een pand- of retentierecht op de zaken. Het zekerheidsrecht blijft in deze constructie rusten op de zaken die door de keten heengaan, omdat alle volgende schakels gaan houden voor de voorgaande schakel(s). Deze oplossing, zekerheid door middellijke macht over de zaken, wordt uitgebreid in dit hoofdstuk behandeld. Daarnaast wordt kort besproken of het stil pandrecht een oplossing kan zijn. Bij het stil pandrecht is macht over de zaken immers niet vereist. Ook na overgave van de zaken aan een volgende schakel blijft dan toch zekerheid behouden. De hier genoemde constructies kunnen een oplossing bieden voor het probleem van de logistieke dienstverlener in zijn zoektocht naar voldoende zekerheid.

De keerzijde hiervan is echter dat gemakkelijk gestapelde zekerheidsrechten kunnen ontstaan. In nagenoeg ieder geval waarin de middellijke houder een zekerheidsrecht kan inroepen, zal ook de onmiddellijke houder een zekerheidsrecht kunnen inroepen. Dergelijke gestapelde zekerheidsrechten kunnen tot het resultaat leiden dat de laatste schakel, meestal de koper, wordt geconfronteerd met een zo hoge vordering dat het de waarde van de zaken te boven gaat. De koper zal dan ontvangst van de zaken weigeren. Het fenomeen van gestapelde zekerheidsrechten kan het vlot handelsverkeer dus doen stokken. Dit brengt met zich mee, dat het van belang is dat de middellijke houder zich alleen dan op een retentierecht kan beroepen in gevallen waarin de stapeling van zekerheidsrechten geen bezwaar op zal leveren, bijvoorbeeld wanneer degene die meer dan één zekerheidsrecht krijgt tegengeworpen heeft ingestemd met het bestaan van meerdere zekerheidsrechten op de zaak. Dit hoofdstuk handelt dus over de uitoefening van een zekerheidsrecht zonder macht over de zaak (stil pandrecht) of met onmiddellijke of middellijke macht op de zaak. Gedurende de uitoefening van de macht over een zaak kan de schuldeiser een beroep doen op zijn zekerheidsrecht en kan hij op deze wijze een inbreuk maken op een vlot handelsverkeer. De meeste aandacht zal in het vervolg uitgaan naar het retentierecht; het pandrecht wordt aanvullend besproken.³ Paragraaf 3.2 behandelt het object van het retentierecht. In het handelsverkeer draait het dan om roerende zaken, geld, papieren en waardepapieren. In paragraaf 3.3 wordt vervolgens de relatie tussen macht over de zaken en het retentie- en pandrecht uitgewerkt. Hier komt ook aan bod hoe na overgave van de zaken, het zekerheidsrecht eindigt. Paragraaf 3.4 richt zich nader op het middellijk houderschap en maakt een onderscheid tussen verschillende vormen van houderschap. In de paragrafen 5, 6 en 7 wordt dit onderscheid verder uitgediept. Paragraaf 3.5 stelt het

3. Hoofdstuk 5 behandelt het pandrecht op zaken en hoofdstuk 7 ziet op vormen van middellijk houderschap bij het pandrecht op cognossement.

gebruik van hulppersonen aan de orde. In dat geval heeft de opdrachtgever de middellijke macht over de zaken en kan hij een retentierecht uitoefenen. Paragraaf 3.6 gaat in op logistieke ketens waarbij sprake is van tussenpersonen. In dat geval houdt de latere schakel in beginsel niet voor de eerdere schakel. Een retentierecht kan dan ook niet worden uitgeoefend. Het stil pandrecht kan hier wellicht wel ingeroepen worden. Paragraaf 3.7 houdt zich bezig met situaties waarin zaken onder een vervoerder liggen en hoe vervolgens een retentierecht door een middellijk houder wordt gepretendeerd. Daarbij komt ook het retentierecht op cognossement aan de orde. Paragraaf 3.8 eindigt met een conclusie.

3.2 Object van het zekerheidsrecht

3.2.1 Roerende zaken en geld

Macht over zaken is een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van een retentierecht of vuistpandrecht. De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is op welk type roerende zaken in het handelsverkeer macht wordt uitgeoefend. Paragraaf 3.3 gaat dan vervolgens in op de vraag wanneer er sprake is van uitoefening van macht. In deze paragraaf gaat het dus om een beschrijving van het object van het zekerheidsrecht. Onder het object of voorwerp van het zekerheidsrecht wordt verstaan datgene waar het pand- of retentierecht op rust. Een pand- of retentierecht kan rusten op roerende zaken, chartaal geld, papieren en waardepapieren. In het navolgende worden deze categorieën langsgelopen.

Op een roerende zaak kan een retentierecht of pandrecht worden uitgeoefend.⁴ In de logistieke dienstverlening leidt dit tot weinig vragen. Een enkele keer is uitleg van de algemene voorwaarden noodzakelijk om te bepalen of bepaalde zaken onder een contractueel retentierecht of pandrecht vallen. Er is enige rechtspraak over de vraag of de algemene voorwaarden van de wegvervoerder, de Algemene Vervoercondities (AVC), zich ook uitstrekken tot het voertuig waarin de lading wordt vervoerd. Het gaat dan om de uitoefening van een retentierecht op een vrachtwagen of oplegger. Uitleg van de AVC leidt meestal tot de conclusie dat een retentierecht op het voertuig inderdaad mogelijk is.⁵

De zaak moet voldoende bepaalbaar zijn. Op soortzaken is een pandrecht niet mogelijk. Een pandrecht is wel mogelijk op een aandeel in een aanwijsbare gemeenschap van soortzaken. Pandrecht op een deel van een bij een opslagbedrijf opgeslagen voorraad vloeistof is daarmee mogelijk als het geheel aanwijsbaar is, omdat het in een tank is opgeslagen.⁶ Hetzelfde zal naar analogie hebben te gelden voor het retentierecht.⁷ Een zekerheidsrecht is verder mogelijk op zaken met een nega-

4. Zie art. 3:227-228 BW en 3:236-237 BW voor het pandrecht en art. 3:290 BW (of een van de artikelen m.b.t. een vervoerrechtelijk retentierecht) voor het retentierecht. Aarts 1990, nr. 308 e.v.

5. Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2001, S&S 2002, 77 (ALH/Van Seumeren). Pres. Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, S&S 1998, 28 (Hairsine/Slootmaker's). Rb. Rotterdam 27 augustus 2009, LjN BJ6251.

6. HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (Nieuwe Matex). Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 508. Molenaar 1991, p. 19. Vgl. verder HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 m.nt. HD (Teixeira de Mattos). De vragen zijn vooral van belang voor de vermenging, natrekking en zaaksvorming. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 140-141.

7. Aldus wordt onder meer bereikt dat de vervoerder een retentierecht kan uitoefenen op vermengde vloeistoffen in een schip, die toebehoren aan meer dan één eigenaar. Anders: Fesevur 1992a, p. 46.

tieve vermogenswaarde, maar zal niet voor de hand liggen wegens problemen in de executie.⁸ Op gestolen zaken kan een zekerheidsrecht worden uitgeoefend, voor zover de pandhouder of retentor de zaken te goeder trouw onder zich heeft gekregen.⁹ Een zekerheidsrecht kan niet worden uitgeoefend op roerende zaken die inbreuk maken op een intellectueel eigendomsrecht.¹⁰

Het retentierecht kan ook worden uitgeoefend op chartaal geld voor zover het voldoende bepaalbaar is.¹¹ Dit is vooral van belang voor het remboursbedrag. Bij een rembourszending dient de vervoerder de koopprijs van de ontvanger te vorderen bij aflevering van de goederen. De vervoerder betaalt dit remboursbedrag dan weer aan de afzender. Met het retentierecht op het remboursbedrag wordt bereikt dat de vervoerder het geld niet hoeft af te geven aan de afzender, wanneer deze nog vorderingen heeft uitstaan op de vervoerder.¹² Een retentierecht op giraal geld is niet mogelijk, omdat giraal geld geen stoffelijk object vormt dat voor menselijke beheersing vatbaar is (3:2 BW).

3.2.2 De lien op subvracht en subhuur is geen retentierecht

Een retentierecht op chartaal geld is mogelijk, voor zover het is afgescheiden. In een overeenkomst tot bevrachting wordt geregeld een *lien on cargo, sub-freight* en *sub-hire* bedongen. Het eerste kan eenvoudigweg worden gekwalificeerd als een retentierecht op zaken. De vraag is echter of een *lien* op subvracht of subhuur ook kan worden vertaald als een retentierecht. Zou dat het geval zijn, dan zou dit een voorbeeld zijn van een retentierecht op geld. Hieronder zal ik echter uiteenzetten dat daarvan geen sprake is.

Een voorbeeld van een *lien* in een *charterparty*, is het volgende beding uit de *New York Produce Exchange Time Charter* (NYPE) van 1993, een overeenkomst van tijdbevrachting:

Artikel 23 NYPE 93: Liens

The Owners shall have a lien upon all cargoes and all sub-freights and/or sub-hire for any amount due under this Charter Party, including general average contributions (...).

Met subvracht (*sub-freight*) wordt bedoeld op de vracht die de cognossementhouder verschuldigd is aan de bevrachter uit de overeenkomst van tijdbevrachting. Dat is het geval wanneer de bevrachter zelf een cognossement uitgeeft en daarmee optreedt als vervoerder. De cognossementhouder is dus de vracht niet verschuldigd aan de

8. Toch kan het onder omstandigheden van belang zijn. Zo is het denkbaar dat de vervoerder een retentierecht uitoefent op zaken met een negatieve waarde. Daarmee kan druk worden uitgeoefend op de ontvanger om de vracht te betalen. De ontvanger heeft zich immers meestal ten opzichte van een derde verbonden om bepaalde handelingen aan de zaken te verrichten (bijvoorbeeld het vernietigen ervan).

9. Vgl. de art. 3:86, 3:238 en 3:291 BW.

10. Pres. Rb. Rotterdam 7 januari 2000, *S&S* 2000, 53; *BIE* 2000, 106; *IER* 2000, 33 (*Adidas/Hapag-Lloyd*). In Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, *IER* 2006, 90 (*Adidas/China Shipping*) komt ditzelfde probleem zijdelings aan de orde. De problematiek is geregeld in de art. 28 Auteurswet en 2.22 BVIE.

11. Het moet dus een afgescheiden hoeveelheid geld betreffen. Fesevur 1992a, p. 46. Thors 1934, p. 62-63. Vgl. in ander verband: HR 26 juni 1914, *NJ* 1914, p. 1025-1028 (*Schaap/Nypels*).

12. Hof Amsterdam 18 februari 1999, *S&S* 1999, 67; *KG* 1999, 84 (*De Wit/Commandeur*). Rb. Rotterdam 30 november 2000, *S&S* 2002, 33 (*Bux/NPD*).

(reder-)vervrachter uit de charterparty. Met de *lien* op subvracht wordt de reder gerechtigd om betaling te vorderen aan hemzelf voor vracht die verschuldigd is aan de bevrachter.¹³

Bij subhuur (*sub-hire*) gaat het om huur die een onderbevrachter (bijv. een reisbevrachter) verschuldigd is aan zijn wederpartij (de reisvervrachter, mogelijk tevens tijdbevrachter). Het gaat om subhuur, dat wil zeggen niet huur die verschuldigd is aan de (reder-)tijdvervrachter zelf, maar huur die verschuldigd is aan de wederpartij, de reisvervrachter/tijdbevrachter. De reder-(tijd)vervrachter wil voor deze huur, die niet aan hem maar aan de tijdbevrachter verschuldigd is, een *lien* uitoefenen.

De term *lien* wordt meestal vertaald met retentierecht. Dat zou betekenen dat de reder een retentierecht op subvracht en subhuur toekomt. Dat lijkt echter in dit geval niet mogelijk en wel om twee redenen.¹⁴ In de eerste plaats is een retentierecht op vorderingen niet mogelijk. In de tweede plaats bevindt deze subvracht of subhuur zich niet in de macht van de reder. Van der Wiel kwalificeert dit daarom als een (stil) pandrecht.¹⁵ In dat geval is een authentieke of geregistreerde onderhandse akte noodzakelijk (3:237 BW). In de praktijk wordt daaraan niet voldaan.¹⁶ Beter lijkt mij daarom de opvatting dat een *lien* op subvracht of subhuur niet moet worden gezien als een zekerheidsrecht, maar slechts als een contractueel beding.¹⁷ In het beding is het recht voor de reder opgenomen om de vordering te innen die normaal verschuldigd is aan de bevrachter. Doet de reder mededeling aan de cognossementhouder dat hij de vordering niet meer dient te betalen aan de bevrachter maar aan de reder, dan is hij hiertoe gehouden.¹⁸

3.2.3 Papieren en waardepapieren

In het handelsverkeer spelen documenten een belangrijke rol. Een retentierecht kan op papier worden uitgeoefend; ook wanneer deze geen executiewaarde hebben.¹⁹ Het belang van de schuldenaar om te beschikken over het papier kan echter

13. Carver/Colinvaux 1982, nr. 2013. Een *lien on sub-freight* kwam voor in Arbitrale beslissing 14 april 1988, *SES* 1990, 53 (*Ideomar/Gerald Metals*).
14. De *lien on the cargo* kan wel vertaald worden met retentierecht. Van der Wiel 2008, p. 191. Zorab 1928, p. 232, 292.
15. Van der Wiel 2008, p. 189.
16. Ook naar Engels recht speelt het kwalificatieprobleem van een *lien on sub-freight*. Sommigen zien hierin een *charge*, waarvoor echter registratie noodzakelijk is. Wilford, Coghlin & Kimball 2003, nr. 3.33. *The Ugland Trailer* [1985] 2 Lloyd's Rep. 372 (ChD). *The Annangel Glory* [1988] 1 Lloyd's Rep. 45 (QBD). Om de eis van registratie te ontlopen wordt ook de gedachte van een *equitable charge* geopperd. *The Nanfri* [1979] 1 Lloyd's Rep. 201, 210 (LJ Russell of Killowen). *The Cebu* [1983] 1 Lloyd's Rep. 302 (QBD). *The Cebu (No. 2)* [1990] 2 Lloyd's Rep. 316 (QBD). *The Attika Hope* [1988] 1 Lloyd's Rep. 439 (QBD).
17. Naar Engels recht komt die gedachte ook voor. *Re Brumark Investments Ltd* [2001] 2 A.C. 710, 727-728 (per Lord Millett). *Samsun Logix v. Oceantrade* [2008] 1 Lloyd's Rep. 450 (QBD). Bowtle 2002, p. 290. Oditah 1989, p. 197. Twijfelend: Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 12.53, 12.56, 12.65-12.70.
18. In het cognossement zal meestal een daartoe strekkende bepaling zijn opgenomen.
19. Sniijders & Rank-Berenschot 2007, p. 602. Haak & Zwitser 2003, p. 133-134. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Fesevur 1988, p. 130-138. Fesevur 1992a, p. 45-47. Tjittes 1992. PG Boek 7 BW, p. 384-385. Anders: Van der Grinten 1993, p. 68. Aarts 1990, nr. 315 e.v. Aarts 1986, p. 133. *Engels recht*: Bridge 2002, p. 170, 171. In de wet wordt een retentierecht op documenten expliciet verleend aan de expediteur (8:69 lid 2 BW) en de wegvervoerder (8:1131 lid 2 BW). In de algemene voorwaarden van logistieke dienstverleners wordt meestal een retentierecht op documenten bedongen. Rechtspraak voor het retentierecht op papieren zonder executiewaarde. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640 m.nt. WMK (*Middendorff/Kouwenberg*): retentierecht op advocatendossier. Polak 1994. Van

zwaarder wegen dan het belang van de schuldeiser. In dat geval kan voortgezette uitoefening van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en dient de schuldeiser het papier terug te geven aan de schuldenaar.²⁰

In de lagere rechtspraak heeft zich onder meer voorgedaan het retentierecht op logboeken, *tonnage certificates* en andere scheepsdocumenten. Een retentierecht kan verder worden uitgeoefend op facturen, ontvangstbewijzen, verzekeringscertificaten en vervoerdocumenten, zoals de vrachtbrief, de *mate's receipt*, en het volgbriefje.²¹ Een pandrecht op papieren zonder executiewaarde ligt niet voor de hand, omdat het pandrecht immers strekt tot voldoening van een geldsom (3:227 BW). Een retentierecht of pandrecht is verder mogelijk op waardepapieren en daarmee ook op het cognossement en de *delivery order*.²²

3.2.4 Weigering van afgifte van het cognossement door de vervoerder is geen retentierecht

In de rechtspraak doet zich soms het geval voor dat de vervoerder geen cognossement wil afgeven aan de afzender. Hij is hiertoe gehouden (8:399 BW), maar kan dit om verschillende redenen niet doen.²³

Geregeld duikt het probleem op dat de afzender verzoekt om een schoon cognossement dat de vervoerder niet wil afgeven omdat er sprake is van een defect aan de goederen. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een geschil ten aanzien van het gewicht of de hoeveelheid van de lading.²⁴ Een tweede belangrijke categorie is die

Mierlo 1994a. Van Mierlo 1994b. Tjittes 1995. Tromp 2001, p. 391-396. Vóór dit arrest: Knoop 1984. Aarts 1986. Aarts 1990, p. 306-309. Geen retentierecht werd aanvaard in: Ktg. Alphen aan den Rijn 13 juli 1971, Prg 1972, 722 m.nt. A.Th.E. Kastein (*Jansen/Pijper*). Rb. Middelburg 29 september 1982, NJ 1983, 302; KG 1982, 175. Rb. Breda 12 januari 1973, NJ 1974, 8. Rb. 's-Gravenhage 30 juni 1977, NJ 1977, 554. Rb. Rotterdam 22 november 1994, NJ 1995, 641; KG 1994, 455 (*Bok/Nauta Dutilh*). Pres. Rb. Arnhem 31 december 1996, KG 1997, 51 (*Bemelmans q.q./Berends*). Een retentierecht op het dossier werd wel aanvaard in: Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1993, KG 1993, 258. Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 1992, KG 1992, 312, dit is een vervolg op Pres. Rb. Breda 11 april 1991, KG 1991, 176. Rb. Groningen 3 juli 1991, NJ 1992, 241; KG 1991, 322. Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 november 1983, KG 1984, 40. Pres. Rb. Amsterdam 3 maart 1983, KG 1983, 109. Rb. Zwolle 14 december 1982, NJ 1983, 303; KG 1983, 25. Rb. Amsterdam 5 maart 1974, NJ 1974, 403. Hof Amsterdam 28 december 1995, NJ 1998, 450 (*De Jong q.q./Stibbe*). Ktr. Amersfoort 5 januari 2005, Prg 2005, 83 (*Jongerus/Van Hoogevest*). Engelse recht: *solicitor's lien* (een *common law lien*). Hierover: Hudson 1998. Bridge 2002, p. 171. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2006, p. 72 (nr. 3.63).

20. HR 15 april 1994, NJ 1995, 640 m.nt. WMK (*Middendorff/Kouwenberg*), r.o. 3.5.
21. Vrz. Rb. Rotterdam, 8 mei 2003, S&S 2003, 139 (*Morgan/DPS*). Rb. Rotterdam 29 september 2004, S&S 2005, 68 (*Conti Blue*). Zie Jack 1993, p. 181, 254 voor een retentierecht op een zeevrachtbrief. Art. 684 oud-K regelde het retentierecht van de makelaar in zeeverzekering op de polis voor de door hem aan de verzekeraar betaalde premie.
22. HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Hof 's-Gravenhage 27 januari 2009, S&S 2009, 60 (*Afovos of Schilinsky/Wirtz*). Vgl. ook art. 7.7.3.2 ontwerp-BW (retentierecht commissair op toonderpapier), te vinden in PG Boek 7 BW, p. 385. Zie hierover: Fesevur 1992a, p. 46. Duits recht, § 369 HGB, het *Zurückbehaltungsrecht* van de Kaufmann laat een retentierecht op waardepapieren toe. Ook de wettelijke pandrechten van de vervoerder (§ 441 HGB), expediteur (§ 464 HGB) en het opslagbedrijf (§ 475b HGB) stellen dat een pandrecht op documenten mogelijk is.
23. Over de verplichting van de vervoerder om een cognossement af te geven, zie Claringbould 1997, p. 134-135.
24. Over de verhouding tussen *mate's receipts* en cognossementen, zie Rb. Rotterdam 9 november 1990, S&S 1991, 99 (*Suiker Unie/Mark Spirit Marine*) en Rb. Rotterdam 28 september 1984, S&S 1985, 27 (*Pacific Violet*). Hof 's-Gravenhage 7 september 1983, S&S 1984, 28 (*Penelope*). Pres. Rb. Rotterdam 22 juli 1981, S&S 1982, 13 (*Penelope*). Hierover nader Zwitser 2008a en Zwitser 2008b. Voor de vordering tot afgifte van een schoon cognossement, zie ook Pres. Rb. Amsterdam 24 augustus 1982, S&S 1984,

waarin sprake is van een *freight prepaid*-cognossement. De vervoerder weigert soms afgifte van het cognossement wanneer de vracht niet vooruit is betaald.²⁵ Een dergelijke weigering vindt soms plaats in de context waarin de verkoper een cognossement met een bepaalde inhoud moet presenteren aan de bank.²⁶ De weigering van afgifte van het cognossement heeft dan voor de afzender-verkoper het gevolg dat hij niet krijgt uitbetaald door de bank.

In beide genoemde gevallen is er mijns inziens niet sprake van een retentierecht. Het zou immers betekenen dat een retentierecht zou ontstaan op eigen zaken. In de literatuur wordt meestal, naar mijn mening terecht, geleerd dat een retentierecht slechts mogelijk is op zaken die toebehoren aan een ander.²⁷ Het terughouden van een cognossement door de vervoerder kan dan niet worden gekwalificeerd als een retentierecht, maar hoogstens als een opschortingsrecht (6:52 BW), meer specifiek de *exceptio non adimpleti contractus* (6:262 BW).

Hieraan kan men het volgende toevoegen. In het geval de goederen niet zijn aan-geleverd 'in apparent good order and condition' kan de vervoerder niet verplicht worden een schoon cognossement af te geven. Hem komt slechts de verplichting toe om een cognossement af te geven dat overeenstemt met de werkelijkheid (8:399 lid 1 BW). Omdat de afzender niet het recht heeft op afgifte van een schoon cognossement, is er ook niet sprake van het terughouden van een schoon cognossement.²⁸ Wanneer er sprake is van een *freight prepaid*-cognossement is uitleg van de vervoer-overeenkomst noodzakelijk voor de vraag of de vervoerder mag weigeren het cognossement af te geven. Wanneer partijen hebben bedoeld dat eerst de vracht wordt betaald en vervolgens het cognossement zal worden afgegeven, dan behoeft het cognossement niet te worden afgegeven. Dit is echter geen retentierecht, maar de *enac* (6:262 BW). Meestal wordt een dergelijk beding *freight prepaid* op het cognossement geplaatst, zonder dat daadwerkelijk vooruit wordt betaald. De vervoerder is

102 (Karl Leonhardt). Pres. Rb. Rotterdam 14 februari 1984, S&S 1984, 75 (El Obeid). Met betrekking tot het gewicht van de lading: Hof Amsterdam 15 mei 2008 en Rb. Amsterdam 25 januari 2006, S&S 2009, 39 (Smyrna). En in geval van foutvracht: Pres. Rb. Rotterdam 12 en 26 november 1998, S&S 1999, 108 (Lodil/Coreck).

25. Rb. Arnhem 22 augustus en 24 oktober 2007, S&S 2008, 59 (Maersk/Hyka). Hierover: Zwitser 2009b, p. 130. Een bijzonder geval is *The Nanfri* [1979] 1 Lloyd's Rep. 201 waarin de reder de kapitein opdracht gaf om geen *freight prepaid* cognossementen meer af te geven en dat de charterparty in het cognossement zou worden geïncorporeerd. De reden is dat de reder bevreesd was dat zij door een *freight prepaid*-beding haar *lien on sub-freight* zou verliezen. Dit vormde echter een probleem voor de charterers, die het verzoek kregen om *freight prepaid*-cognossementen af te geven. Beslist wordt dat de *lien-clausule* in het cognossement niet ziet op de *lien on sub-freight* uit de charterparty. Vgl. Aikens, Lord & Boold 2006, nr. 12.53.
26. Pres. Rb. Rotterdam 30 augustus 1979, S&S 1981, 69 (Basrah). In Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1982, S&S 1982, 122 (Camille B) ging het om een bank die weigerde uit te betalen, zolang de verkoper niet het juiste cognossement presenteerde. De vervoerder weigerde echter vervangende cognossementen af te geven met daarop een bepaalde bestemmingshaven, nu er in het land van de bestemmingshaven oorlog was uitgebroken. In Pres. Rb. Rotterdam 4 december 1979, S&S 1980, 55 (Archangelos G) wordt overwogen dat de vervoerder moet overgaan tot afgifte van een schoon cognossement tegen zekerheidsstelling, mede in verband met het gestelde accreditief.
27. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Fesevur 1992a, p. 47. Anders: Aarts 1990, p. 163.
28. De vervoerder zal in beginsel alleen genegen zijn om een schoon cognossement af te geven in het geval de afzender een garantie (*letter of indemnity*) stelt. De afzender kan dit echter niet afdwingen van de vervoerder. Onjuist lijkt mij daarom Pres. Rb. Rotterdam 4 december 1979, S&S 1980, 55 (Archangelos G) waar werd overwogen dat de vervoerder moet overgaan tot afgifte van een schoon cognossement tegen zekerheidsstelling, mede in verband met het gestelde accreditief. Een dergelijke oplossing is misschien wel commercieel wenselijk, maar niet juridisch afdwingbaar.

in dit geval waarschijnlijk gehouden om het cognossement af te geven. De vervoerder die betaling van de vracht wil afdwingen dient beslag te leggen.

3.3 Uitoefening van macht over de zaken

3.3.1 Retentierecht en macht over de zaken

Macht over de zaak is een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van het retentierecht. Deze uitoefening van macht kan zowel onmiddellijk als middellijk zijn.²⁹ Is er sprake van onmiddellijke macht over de zaken dan heeft de retentor de zaken direct onder zich. In geval van middellijke macht over de zaken houdt een derde de zaken voor de retentor. De Hoge Raad heeft meermaals geoordeeld dat een retentierecht zowel bij directe als bij indirecte macht over de zaken mogelijk is. Dit geschiedde steeds in de context van een retentierecht op een onroerende zaak.³⁰ Zoals zal blijken kan deze rechtspraak naar mijn mening ook worden gebruikt om de macht over roerende zaken te verklaren. In voornoemde rechtspraak ging het steeds om de vraag of de schuldeiser op een voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de zaak uitoefent. In de zaak *Rabobank/Fleuren* merkt de Hoge Raad op:

‘3.3 (...) Een schuldeiser kan, voorzover hier van belang, slechts een retentierecht op een zaak uitoefenen, indien hij houder van die zaak is — dat wil zeggen daarover direct of indirect de naar verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht uitoefent — in dier voege dat, in de terminologie van art. 3:290 BW, ‘afgifte’ nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende te brengen. Het houderschap van de schuldeiser eindigt — zoals art. 3:294 naar analogie van art. 3:117 lid 2 meebrengt — niet zolang de zaak niet in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende komt. (...)’

Een retentierecht kan slechts bestaan bij het uitoefenen van de onmiddellijke of middellijke macht over de zaken. De Hoge Raad legt drie criteria aan waaraan kan worden getoetst of er sprake is van uitoefening van macht: de verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 3:108 BW.³¹ De Hoge Raad voegt hieraan toe dat dit voor het retentierecht betekent dat afgifte van de zaak nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen.

29. Heyning-Plate 1969, p. 185-186. Fesevur 1988, p. 99, 196. Fesevur 1992a, p. 47. Aarts 1990, nr. 276, 342. Dirix & De Corte 2006, nr. 542. Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 1931, NJ 1931, p. 1445 (*Van der Donck/Moenus*). Hof Arnhem 3 mei 1978, NJ 1979, 422 (*OTOS/Dorrestein*). Vgl. ook de noot van Beekhuis, onder HR 1 mei 1964, NJ 1965, 339 (*Echo*). Zie ook de rechtspraak uit de volgende noot die betrekking heeft op een retentierecht op onroerend goed. Daarbij overweegt de Hoge Raad steeds dat voor een retentierecht directe of indirecte macht over de zaken is vereist.

30. HR 5 december 2003, NJ 2004, 340 m.nt. WMK (*Rabobank/Fleuren*). HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters/Kantoor van de Toekomst*). HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 m.nt. WMK (*Deen/Van der Drift*). HR 15 februari 1991, NJ 1991, 628 m.nt. WMK (*Agema/WUH*).

31. Art. 3:108 BW: ‘Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.’

Bij deze overweging valt op te merken dat een detentieverhouding in de logistieke dienstverlening zich vaak voordoet in de uitvoering van een overeenkomst, zoals bewaarneming of vervoer.³² Het recht op afgifte kan hier voortvloeien uit de bijzondere overeenkomst, maar kan ook zijn geregeld in de wet. Zo heeft de vervoerder volgens de wet de verplichting om de zaken af te leveren (8:21 BW) en de bewaarner heeft de verplichting om de zaken op een gegeven moment terug te geven (7:600 BW). Van groot belang voor het hierna te houden betoog is om in te zien dat bij middellijk houderschap er sprake is van meerdere rechten op afgifte: de onmiddellijke houder heeft de verplichting de zaken af te geven aan de middellijke houder en de middellijke houder heeft de verplichting de zaken af te geven aan een derde, middellijke houder of bezitter. Degene die een retentierecht op de zaken pretendeert, ongeacht of hij onmiddellijk of middellijk houder is, zal dus steeds de verplichting hebben om de zaken op een gegeven moment af te geven.

De uitoefening van de macht moet steeds *rechtmatig* zijn wil een retentierecht uitgeoefend kunnen worden. Dit vloeit voort uit de rechtsgrond van het retentierecht, de redelijkheid en billijkheid.³³ Niet in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid is wanneer de schuldeiser op onrechtmatige wijze zaken onder zich neemt en vervolgens hiervoor een retentierecht inroept. Een voorbeeld is de dief. Hij oefent wel macht over de zaken uit, hij is immers bezitter, maar heeft daarmee nog geen retentierecht op de zaken. Ook aan andere houders en bezitters te kwader trouw is geen retentierecht toegekend.³⁴

De vraag naar de rechtmatige macht over de zaken heeft zich voorgedaan in de zaak *Van der Wal/Duinstra*.³⁵ Het ging om een gestolen boot die in opslag lag bij de botenstalling van Van der Wal. De eigenaar van de boot, Duinstra, eist de boot op van Van der Wal. Van der Wal verweert zich hiertegen en pretendeert een retentierecht op de boot (art. 3:124 BW jo. 3:120 lid 3 BW). De Hoge Raad overweegt dat Van der Wal niet gekwalificeerd kon worden als een houder te goeder trouw en daarom geen retentierecht kon tegenwerpen. De reden was dat Van der Wal niet zomaar mocht uitgaan van de bevoegdheid van degene met wie hij de overeenkomst gesloten had. Omdat Van der Wal niet kon aangeven wie de identiteit van zijn wederpartij is, is er sprake geweest van onvoldoende onderzoek aan de zijde van Van der Wal en kon hij niet worden gekwalificeerd als een houder te goeder trouw. Rechtmatige uitoefening van macht ontbreekt ook wanneer de schuldeiser eigenmachtig, tegen de wil van de schuldenaar, zich de macht over de zaken verschafft. Een dergelijk handelen komt soms voor onder logistieke dienstverleners. Een vervoerder neemt de zaken ten vervoer in ontvangst, maar alleen met tot doel een retentierecht uit te oefenen. In de lagere rechtspraak is enkele malen overwogen dat de redelijkheid en billijkheid in een dergelijk geval de uitoefening van een re-

32. Van der Lelij 1996, p. 24, 27-29.

33. Dat de rechtsgrond van het retentierecht de redelijkheid en billijkheid is, wordt algemeen aanvaard. Vgl. bijv. Fesevur 1988, p. 28. Haak 1997b, p. 86. Huyghe 2011, p. 66.

34. Art. 3:121 BW geeft geen retentierecht aan de bezitter niet te goeder trouw. PG Boek 3 BW, p. 451 (art. 3:121 BW). Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 501. Anders: Fesevur 1992a, p. 56-57. De bezitter te goeder trouw is wel een retentierecht toegewezen (3:120 lid 3 BW).

35. HR 20 september 2002, NJ 2004, 171 m.nt. HJS; S&S 2003, 25 (*Van der Wal/Duinstra*). Over dit arrest: Fesevur 2003. Indien de bezitter te goeder trouw is, kan hij wel een retentierecht inroepen (3:120 lid 3 BW). HR 22 januari 2008, NJ 2008, 300 m.nt. P.A.M. Mevis.

retentierecht verbieden.³⁶ Ik zou menen dat zulks terecht is. Een retentierecht is bedoeld om te voorkomen dat de schuldeiser de zaken moet afleveren zonder dat hem de kosten die het gevolg zijn van zijn feitelijke handeling aan de zaken zijn voldaan. Dat betekent bijvoorbeeld voor de vervoerder dat een retentierecht aan het einde van het vervoer, in de loshaven, wordt uitgeoefend en in beginsel niet in de laadhaven.³⁷ In het geval een schuldeiser geen handeling aan de zaken uitvoert, worden ook geen kosten aan de zaken gemaakt en moet geen retentierecht worden toegestaan, ook niet voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad. Een schuldeiser die zich toch op de zaken wil verhalen, moet beslag leggen.

Een ingewikkeld probleem is aan de orde wanneer de machtsuitoefening onrechtmatig is jegens de één, maar niet jegens een ander. In een dergelijk geval kan een retentierecht wel tegen de één, maar niet tegen de ander worden ingeroepen. Een voorbeeld in de rechtspraak is het ter beschikking stellen van een oplegger aan een derde door een huurder die daartoe onbevoegd was.³⁸ In de overeenkomst tussen de eigenaar en de huurder was namelijk opgenomen dat de huurder onbevoegd was de oplegger aan derden ter beschikking te stellen. In dit geval gebeurde dat toch en was de derde op de hoogte van de onbevoegdheid van de huurder. In dat geval kan de derde geen retentierecht tegenwerpen aan de eigenaar in het geval deze de oplegger opeist. De vraag was hier echter of de huurder, dan wel de curator van de failliete huurder, een retentierecht tegengeworpen kon krijgen. De curator stelde dat de huurder onbevoegd was de oplegger ter beschikking te stellen en dat de derde daarvan op de hoogte was (omdat de algemene voorwaarden van de eigenaar aan de derde zijn overlegd), zodat een retentierecht tegen hem niet kon worden ingeroepen.³⁹ De rechter oordeelt hier dat de derde niet behoefde te twijfelen aan de bevoegdheid van de huurder. Naar mijn mening zal de derde ook een retentierecht kunnen inroepen tegen de huurder, of diens curator, in het geval de derde wel moest twijfelen aan deze bevoegdheid. De derde handelt dan wel onrechtmatig jegens de eigenaar van de oplegger, maar niet jegens de huurder die de oplegger vrijwillig aan de derde overgaf.

3.3.2 Retentierecht en verlies van macht over de zaken. Afstand van retentierecht

De schuldeiser, tevens retentor, kan de macht over de zaken op verschillende wijze verliezen. Hij kan in de eerste plaats de macht over de zaken vrijwillig opgeven, maar ook kan hij de macht onvrijwillig kwijtraken.

36. Rb. Leeuwarden 25 juli 1985, *StS* 1986, 101 (*Boch/Wiersma*). Pres. Rb. Leeuwarden 2 augustus 1993, *StS* 1994, 77 (*Kodak/Hoekstra*). Muller 1997, p. 21-22.

37. Vgl. Bugden & Lamont-Black 2010, nr. 25-06.

38. Rb. Rotterdam 27 augustus 2009, *LJN* BJ6251.

39. Het ging hier om uitleg van art. 23 lid 1 AVC 2002: 'De vervoerder heeft jegens ieder, die daarvan afgifte verlangt, een retentierecht op zaken en documenten, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft. Dit recht komt hem niet toe indien hij op het tijdstip dat hij de zaken ten vervoer ontving, reden had te twijfelen aan de bevoegdheid van de afzender de zaken ten vervoer ter beschikking te stellen.' Een letterlijke lezing van laatstgenoemde zin laat toe dat deze zin niet alleen ziet op de relatie tussen de schuldeiser en een oudere derde (in aansluiting op art. 3:291 lid 2 BW en 8:1131 lid 3 BW), maar ook op de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar.

Wanneer de houder van de zaken, een logistieke dienstverlener, vrijwillig de macht over de zaken opgeeft, eindigt het retentierecht. Een voorbeeld is de zaak *Eljuma*⁴⁰ waarin de schuldeiser het teruggehouden schip vrijgeeft aan de schipper om daarmee te gaan varen, maar hier naderhand nadeel van ondervindt. Omdat de macht over het schip vrijwillig is opgegeven, is het retentierecht geëindigd. De wet geeft een regeling ten aanzien van het eindigen van het retentierecht voor de situatie dat de zaak in de macht van de schuldenaar of rechthebbende komt (3:294 BW).⁴¹

Artikel 3:294 BW

Het retentierecht eindigt doordat de zaak in de macht komt van de schuldenaar of de rechthebbende, tenzij de schuldeiser haar weer uit hoofde van dezelfde rechtsverhouding onder zich krijgt.

De achtergrond van dit artikel is dat de zaak uit de macht van de schuldenaar of rechthebbende moet zijn gebracht wil een retentierecht tot stand kunnen komen. Komt de zaak dan weer in de macht van de schuldenaar of rechthebbende, dan eindigt het retentierecht. De zaak kan dan niet meer op grond van artikel 3:295 BW worden opgeëist van de schuldenaar of rechthebbende.⁴²

Het retentierecht gaat ook teniet wanneer de retentor vrijwillig de macht over de zaken opgeeft door het aan een derde over te geven. Deze figuur is niet in de wet geregeld, maar kan worden aangeduid als afstand van retentierecht. Dit fenomeen doet zich veel voor in logistieke ketens. Een expediteur geeft de lading over aan een vervoerder. In dat geval verliest de expediteur vrijwillig de macht over de lading en doet daarmee afstand van zijn retentierecht.

De schuldeiser kan worden geconfronteerd met het onvrijwillig verlies van de zaken doordat de schuldenaar, de rechthebbende of een derde de zaken eigenmachtig en onrechtmatig tot zich neemt. Voor het retentierecht geeft artikel 3:295 BW een regeling.

Artikel 3:295 BW

Raakt de zaak uit de macht van de schuldeiser, dan kan hij haar opeisen onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar.

Komen de zaken in de handen van een derde dan kan de retentor deze zaken opeisen door middel van een actie tot revindicatie.⁴³ Moeilijker ligt het geval waarin

40. Rb. Rotterdam 5 juli 1985, NJ 1987, 14 (*Eljuma*). Vgl. verder Rb. Rotterdam 21 april 2009, S&S 2011, 39 (*Bornrif*).

41. PG Boek 3 BW Invoering, p. 1392 (art. 3:294 BW). Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 731.

42. De vordering tot afgifte kan dus niet tegen de eigenaar van de zaken worden ingesteld. HR 20 september 2002, NJ 2004, 171 (*Van der Wal/Duinstra*), conclusie van procureur-generaal Hartkamp, ov. 11. Aarts 1990, nr. 270. Fesevur 1992a, p. 75. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 518-519. Art. 3:295 BW vertoont daarmee een parallel met de bezitter (3:125 BW) en met de pandhouder (3:258 lid 1 BW). De wet voegt in art. 3:294 BW nog toe dat het retentierecht herleeft op het ogenblik dat de schuldeiser de zaken 'uit hoofde van dezelfde rechtsverhouding onder zich krijgt'. In het handelsverkeer zal hier niet snel sprake van zijn, zodat ik die verder buiten bespreking laat. Rb. Rotterdam 9 januari 1976, NJ 1977, 157 (*Brand/Bank of Apollo II*). HR 8 november 2002, NJ 2002, 623 (*Sanders/Govers*).

43. Vgl. PG Boek 3 BW, p. 890 (art. 3:294 BW). Het recht op afgifte van de retentor kan samenlopen met het recht van de eigenaar, de schuldenaar of een beperkt gerechtigde op afgifte van de zaken. De redelijkheid en billijkheid zullen dan in beginsel met zich meebrengen dat het recht op afgifte van de retentor voorgaat. PG Boek 3 BW, p. 891 (art. 3:295 BW). PG Boek 3 BW Invoering, p. 1392

de schuldenaar of rechthebbende de zaak eigenmachtig onder zich heeft gebracht. Op grond van artikel 3:294 BW lijkt dan immers het retentierecht te eindigen. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat de schuldeiser de zaken dan door middel van een actie uit onrechtmatige daad (6:162 BW) weer onder zich kan krijgen.⁴⁴ In de rechtspraak heeft deze situatie, waarin de wederpartij of een derde de zaken eigenmachtig onder zich neemt, zich enkele malen voorgedaan.⁴⁵ Deze gevallen hadden betrekking op een schip dat op een werf in aanbouw of reparatie was. De eigenaar van het schip nam het schip op een gegeven ogenblik eigenmachtig onder zich. De rechter overwoog dat op grond van artikel 3:294 BW het retentierecht was geëindigd. De schuldeiser kon daarom de zaak niet opeisen op grond van artikel 3:295 BW, nu het retentierecht niet meer bestond. Omdat de eigenaar onrechtmatig had gehandeld door eigenmachtig en tegen de wil van de werf de zaak in zijn macht te brengen, kon de werf de boot ingevolge artikel 6:162 BW opnieuw opeisen. De schuldeiser kan de zaken dus in ieder geval weer opeisen van de eigenaar op grond van een actie uit artikel 6:162 BW. Naar mijn mening gaat het retentierecht echter niet verloren in die gevallen dat de schuldenaar of rechthebbende de zaken op onrechtmatige wijze onder zich neemt.⁴⁶ Dit standpunt heeft tot gevolg dat de schuldeiser-retentor de zaken ook kan opeisen op grond van artikel 3:295 BW.

Het is op dit punt van belang de opmerkingen van procureur-generaal Hartkamp in zijn conclusie onder *Van der Wal/Duinstra* te bespreken (ov. 11-13), waar de Hoge Raad blijkens r.o. 4.5 van zijn arrest kennelijk mee instemt.

Hij begint (terecht) met de stelling dat de vordering tot afgifte uit artikel 3:295 BW niet tegen de eigenaar kan worden ingesteld. De reden is dat het retentierecht eindigt op het moment dat het in de macht van de eigenaar terechtkomt (3:294 BW), zodat artikel 3:295 BW niet meer kan worden ingeroepen.⁴⁷ Indien de eigenaar echter de zaak op onrechtmatige wijze aan de schuldeiser/retentor ontnemt, dan moet worden aangenomen dat artikel 3:295 BW nog wel kan worden ingeroepen. Hartkamp wijst op de wetsgeschiedenis waar de buitenstaander op rechtmatige wijze de macht op de zaken moet hebben verkregen en eigenrichting door de schuldenaar en rechthebbende moet worden voorkomen.⁴⁸ Verder zijn wetsystematische argumenten aan te voeren. Hartkamp wijst op artikel 3:125 lid 2 BW waar de bezitter de zaak van de rechthebbende kan terug-eisen wanneer deze 'met geweld of op heimelijke wijze' het bezit heeft

(art. 3:294 BW). Daarnaast kan de derde die de zaken onder zich krijgt te goeder trouw zijn en niet van het bestaan van een retentierecht afweten. In dat geval wordt de derde op grond van art. 3:86 BW beschermd en kan geen retentierecht aan hem worden tegengeworpen. Dit volgt uit de woorden 'onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar'. PG Boek 3 BW, p. 891 BW (art. 3:295 BW). Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 731.

44. PG Boek 3 BW Invoering, p. 1392-1393.

45. Rb. Utrecht 29 januari 1999, *S&S* 2000, 101 (*Ritmeester/Van Ginkel*). Rb. Zwolle 15 maart 2001, *S&S* 2002, 61 (*Zuiderzee*). Hof 's-Hertogenbosch 4 november 1965, *NJ* 1967, 46 (*Echo*). Rb. Dordrecht 5 maart 2009, *S&S* 2010, 115 (*Van Uden/Seats and Sofas*).

46. Elders 1985, p. 5. Noot Beekhuis, bij HR 1 mei 1964, *NJ* 1965, 339 (*Echo*). Anders: Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 731. Fesevur 1988, p. 200. Aarts 1990, nr. 274.

47. Hartkamp merkt daarbij op dat art. 3:295 BW heeft te gelden als een verduidelijking van art. 3:294 BW. Zie verder PG Boek 3 BW, p. 891 (art. 3:295 BW).

48. PG Boek 3 BW, p. 890 (art. 3:294 BW).

ontnomen. Deze analogie lijkt me terecht.⁴⁹ De situatie dat de eigenaar op onrechtmatige wijze de zaak onttrekt van de retentor, moet worden onderscheiden van de situatie dat de retentor de macht over de zaak vrijwillig of onvrijwillig verliest. In dat geval eindigt het retentierecht (artikel 3:294 BW) en kan geen retentierecht worden tegengeworpen aan de eigenaar (geen toepassing van artikel 3:295 BW). In *Van der Wal/Duinstra* heeft Van der Wal een boot onder zich. Omdat Van der Wal verdacht wordt van diefstal heeft de politie deze boot in beslag genomen, waarna deze aan Duinstra wordt teruggegeven. De strafzaak tegen Van der Wal wordt vervolgens geseponeerd wegens gebrek aan bewijs. Van der Wal meent dat hij de zaak vervolgens van de eigenaar Duinstra kan opeisen op grond van artikel 3:295 BW. Nu hier niet sprake was van onrechtmatige ontneming van de zaken van de retentor, was het retentierecht tenietgegaan en kon het ook niet worden opgeëist van de eigenaar (3:295 BW). Dat Van der Wal onvrijwillig de boot moest afgeven aan de politie doet hier niet aan af.

Met dit onderscheid tussen het door de eigenaar op onrechtmatige wijze ontnemen van macht over de zaken en het vrijwillig of onvrijwillig verlies van macht over de zaken kan ik instemmen. Wel moet worden bedacht dat in de meeste gevallen dat sprake is van onvrijwillig verlies van macht er tevens sprake is van onrechtmatig handelen. In bovengenoemde rechtbankuitspraken waarin de eigenaar een schip van een werf eigenmachtig weghaalt, is steeds sprake van onrechtmatig handelen van de eigenaar. In dat geval kan niet alleen de actie uit artikel 6:162 BW worden ingesteld, maar ook de actie uit artikel 3:295 BW.⁵⁰

3.3.3 Uitoefening en verlies van macht over de zaken bij een vuistpandrecht

De regeling van vuistpandrecht loopt op dit punt parallel aan het retentierecht. Ook de pandhouder dient de zaken in zijn macht te hebben (3:236 BW). Hieronder kan zowel onmiddellijke macht als middellijke macht worden verstaan. Houdt een derde de zaak voor de pandhouder dan is een noodzakelijke voorwaarde dat de zaak uit de macht van de pandgever is geraakt. De derde mag dan niet afgeven aan de pandgever zonder toestemming van de pandhouder.⁵¹

De schuldeiser kan de zaken eigenmachtig, tegen de wil van de schuldenaar, onder zich hebben gebracht. Het is dan de vraag of een pandrecht tot stand komt, wegens het ontbreken van een goederenrechtelijke overeenkomst. Ook wanneer wordt aangenomen dat het pandrecht wel tot stand komt, kan het inroepen van een pandrecht onder deze omstandigheden worden gekwalificeerd als misbruik van recht (3:13 BW). Verder kan het pandbeding buiten werking worden gesteld op

49. Vgl. ook de noot van Snijders, onder *Van der Wal/Duinstra*, nr. 3. Anders: Fesevur 2003, p. 57-58.

50. Terecht merkt Hartkamp op dat de zinsnede uit art. 3:295 BW: 'onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar', hier niet aan afdoet. 'Deze formulering betekent niet dat de actie niet tegen de eigenaar kan worden ingesteld, maar dat de retentor bij het terugvorderen van de zaak aan dezelfde beperkingen is gebonden als een eigenaar, zodat de actie bijv. afstuit op een door art. 3:86 beschermde verkrijging; zie PG Boek 3, p. 891.' (ov. 12).

51. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 528. Vgl. de zinsnede uit art. 3:236 lid 1 BW. De zaak dient te worden gebracht 'in de macht van de pandhouder of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen'. Zie verder hoofdstuk 7.

grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW).⁵² Dit zal het geval kunnen zijn wanneer de logistieke dienstverlener de zaken onder zich neemt met de enkele bedoeling om zijn pandrecht uit te oefenen zonder de overeenkomst, waartoe hij zich verbonden heeft, uit te willen voeren.⁵³

In de wet is geregeld op welk moment het pandrecht eindigt. Een vuistpandrecht eindigt op het moment dat de zaak in de macht van de pandgever komt (3:258 lid 1 BW).⁵⁴ Geeft de pandhouder de macht over de zaken vrijwillig op door de zaken aan een derde over te geven, dan eindigt het pandrecht eveneens. Dit kan worden gekwalificeerd als afstand van pandrecht. De wet bevat dienaangaande een regeling in artikel 3:258 lid 2 BW. Daarin is geregeld dat afstand van pandrecht kan geschieden bij enkele overeenkomst, waarbij de toestemming van de pandhouder uit een schriftelijke verklaring dient te blijken. Dit vormvereiste van een schriftelijke verklaring past niet goed in het handelsverkeer. Dienstverleners geven zaken door aan een derde zonder dat ze een schriftelijke verklaring afgeven waarin wordt verklaard dat ze afstand doen van pandrecht. Naar mijn mening moet daarom als voldoende worden gezien dat het enkele overgeven van de zaken aan een derde met de kennelijke bedoeling om de macht over de zaken op te geven (en zonder een stil pandrecht op de zaken te pretenderen) moet leiden tot de conclusie dat er sprake is van afstand van pandrecht.

Bovenstaande regels van afstand van pandrecht kunnen niet worden overgebracht op de situatie dat de pandhouder de macht is kwijtgeraakt op onrechtmatige wijze. Dit kan het geval zijn doordat een derde eigenmachtig, tegen de wil van de pandhouder, zich de macht over de zaken heeft verworven. De pandhouder kan in dat geval de zaken van de derde opeisen.⁵⁵ Komt de zaak op onrechtmatige wijze, tegen de wil van de pandhouder, in de macht van de pandgever, dan gaat het pandrecht in weerwil van artikel 3:258 BW niet teniet.⁵⁶ De pandhouder kan de zaken dan ook van de pandgever opeisen.

3.4 Vormen van middellijk houderschap

3.4.1 Verbintenis tot afgifte van zaken door de middellijke houder

In de praktijk is de vraag naar het onmiddellijk houderschap geen probleem. Doordat de schuldeiser de zaken onder zich houdt en niet afgeeft, toont hij immers duidelijk aan dat hij de macht over de zaken uitoefent. Dat ligt anders voor de vraag of iemand een middellijk houder is. In de logistieke dienstverlening kan het moeilijk zijn uit te maken of de schuldeiser de zaken heeft doorgegeven aan een

52. Haak & Zwitser 2003, p. 403. Muller 1997, p. 21-22.

53. In dit geval wordt immers een nevenverbintenis, de verbintenis tot verpanding, gezien als de hoofdverbintenis, terwijl de hoofdverbintenis in werkelijkheid vervoer, expeditie of anderszins was. Daarop kan de wil van de schuldenaar/pandgever niet zijn gericht. De logistieke dienstverlener die verhaal wil halen, moet daarom of beslag leggen of de hoofdverbintenis uitvoeren en pas bij de afgifte van de zaken zijn nevenverbintenis (de verpanding) invoeren.

54. Het pandrecht eindigt niet wanneer op de zaak een stil pandrecht wordt gevestigd (3:258 lid 1 BW).

55. Dat volgt uit het absolute karakter van het pandrecht, het pandrecht kan aan iedere derde worden tegengeworpen. De actie tot afgifte van de zaak laat zich gronden op art. 3:245 BW. Groene Serie Vermogensrecht (bijgewerkt tot 01-09-2009), art. 3:245 BW, nr. 4. PG Boek 3 BW, p. 770 (art. 3:245 BW). Bij samenloop van een actie van de pandhouder en pandgever, zal de pandhouder voorgaan. De redenering is hier identiek als bij het retentierecht.

56. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 143.

volgende schakel onder opgave van zijn macht over de zaken of dat hij heeft bedoeld dat de volgende schakel de zaken voor hem gaat houden. Wanneer hij de macht over de zaken heeft opgegeven, dan gaat tevens zijn retentierecht teniet. Heeft hij echter de macht over de zaken behouden, dan kan hij zich nog steeds beroepen op een retentierecht.⁵⁷ In de vorige paragraaf is geconstateerd dat een retentierecht zich alleen voordoet in het geval de schuldeiser een verplichting heeft tot afgifte van de zaken (3:290 BW). Dit vereiste blijkt van nut te zijn voor het geven van een antwoord op de vraag wie de macht over de zaken uitoefent. Van belang is daarbij onderscheid te maken tussen vier soorten gevallen. Ik ontleen deze aan het Engelse recht, waar de *bailment*, gewoonlijk vertaald met houderschap⁵⁸, in vier gevallen wordt onderscheiden. Deze onderscheiding in vier gevallen zal ook voor het Nederlandse recht vruchtbaar blijken te zijn.

3.4.2 De bailment naar Engels recht

Bij *bailment* kan voor zichzelf gehouden worden of voor een ander. Aan het hoofd van de keten staat de *bailor* ('bezitter'). Hij kan de macht over de zaken uitoefenen via een ander, *bailee* ('houder') genoemd. Deze *bailee* kan op zijn beurt ook de onmiddellijke macht over de zaken doorgeven aan een derde, de *sub-bailee*. Net als naar Nederlands recht het houderschap moet worden onderscheiden van vertegenwoordiging of lastgeving, zo moet naar Engels recht de *bailment* worden onderscheiden van de *agency* ('vertegenwoordiging'). *Bailment* vloeit niet voort uit contract en daarom is het ook niet nodig dat er tussen *bailor* en *bailee* een overeenkomst is gesloten.⁵⁹

De leidinggevende uitspraak op dit gebied is *The Pioneer Container*,⁶⁰ hierin merken de rechters op dat een *bailee* vrijwillig de macht over zaken die toebehoren aan een ander uitoefent. Daarmee heeft de houder (*bailee*) ook de zorg voor de goederen. Op de houder kunnen echter geen verplichtingen die onredelijk zijn worden opgelegd, tenzij de voorwaarden waaronder *bailment* is aangegaan de instemming van de eigenaar hebben.⁶¹

57. Uiteraard alleen voor zover ook aan de andere vereisten is voldaan. Naast macht over de zaken is dat, het bestaan van een (opeisbare) vordering en samenhang tussen vordering en zaak. Zie hoofdstuk 2.

58. Zwolve 2006, p. 223. Zwitser 2000b, p. 82. Vgl. Palmer 2009, p. 2.

59. Bugden & Lamont-Black 2010, p. 192. Palmer 2009, p. 10-11. Zwitser 2000b, p. 83. *East West Corporation v. DKBS 1912* [2002] 2 Lloyd's Rep. 182 (QBD).

60. *The Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324 (PC).

61. *The Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324, 342: 'They incline to the opinion that a sub-bailee can only be said for these purposes to have voluntarily taken into his possession the goods of another if he has sufficient notice that a person other than the bailee is interested in the goods so that it can properly be said that (in addition to his duties to the bailee) he has, by taking the goods into his custody, assumed towards that other person the responsibility for the goods which is characteristic of a bailee. This they believe to be the underlying principle. Moreover, their Lordships do not consider this principle to impose obligations on the sub-bailee which are onerous or unfair, once it is recognised that he can invoke against the owner terms of the sub-bailment which the owner has actually (expressly or impliedly) or even ostensibly authorised. In the last resort the sub-bailee may, if necessary and appropriate, be able to invoke against the bailee the principle of warranty of authority.'

Bij een *bailment* kunnen twee, maar ook meerdere personen betrokken zijn. Een voorbeeld van een *bailment* tussen twee personen geeft het pandrecht. Een eigenaar geeft de zaken in pand aan de pandhouder, waarna de laatstgenoemde gaat houden voor de eigenaar. Bij *bailment* kunnen echter ook drie of meer personen zijn betrokken. Er is dan sprake van *constructive bailment*, dus middellijk houderschap of bezit. Gevallen van dit type staan in dit hoofdstuk centraal.

Palmer maakt naar Engels recht een verhelderend onderscheid tussen vier soorten *constructive bailment*.⁶² Er kan sprake zijn van (i) *sub-bailment*, (ii) *bailment by attornment*, (iii) *springing or substitutional bailment*, en (iv) *quasi-bailment*. Over al deze vormen enige woorden.

Palmer definieert *sub-bailment* als volgt:

‘A true sub-bailment may be defined as that relationship which arises whenever a bailee of goods transfers possession to a third party for a limited period or a specific purpose, on the understanding (express or implied) that his own position as bailee is to persist throughout the subsidiary disposition.’⁶³

Bij *sub-bailment* blijft de middellijk houder de macht over de zaken houden. De onmiddellijke houder krijgt de zaken slechts voor een bepaalde tijd of voor een bepaald doel onder zich. Deze categorie kan men naar Nederlands recht omschrijven als het inschakelen van een hulppersoon. Degene die een hulppersoon inschakelt, is aansprakelijk voor de gedragingen van zijn hulppersoon (6:76 BW). Naar Nederlands recht kan daarom gemakkelijk worden onderkend wanneer er sprake is van een geval van *sub-bailment*, namelijk in die gevallen waarin een persoon aansprakelijk is voor de gedraging van zijn hulppersoon en zijn hulppersoon de macht over de zaak uitoefent. In deze gevallen oefent degene die de hulppersoon inschakelt, de middellijke macht uit over de zaak en kan hij dus ook een retentierecht invoeren. Dit moet worden onderscheiden van de figuur van *springing bailment*. Hierbij krijgt de derde de onmiddellijke macht over de zaken zonder dat de tussenpersoon de macht over de zaken behoudt. De derde gaat de zaken dan rechtstreeks houden voor de bezitter (*bailor*). Palmer geeft het voorbeeld van iemand die belooft het transport te verzorgen voor de zaken van een vriend. In dat geval zal hij, nadat hij de zaken heeft overgegeven aan de vervoerder, niet meer verantwoordelijk zijn voor de zaken.⁶⁴ Daarmee is het onderscheid tussen *sub-bailment* en *springing bailment* duidelijk. In het eerste geval is er wel sprake van middellijke macht over de zaken, in het tweede geval niet. De hoofdvraag is steeds of de bezitter en de eerste houder hebben bedoeld dat de verplichtingen van de eerste houder voortduren nadat de zaken aan een tweede houder zijn overgegeven.⁶⁵

De derde figuur is de *quasi-bailment*. Het gaat hier om een groep gevallen waar strikt genomen niet sprake is van (middellijk) houderschap, maar hier toch op lijkt. Het kan het gemakkelijkst worden toegelicht met een voorbeeld. Een expediteur kan

62. Palmer 2009, p. 1239 e.v. Bugden & Lamont-Black 2010, p. 174-175.

63. Palmer 2009, p. 1240. Bugden & Lamont-Black 2010, p. 175. Bekende gevallen van *sub-bailment* zijn *Morris v. Martin* [1965] 2 Lloyd's Rep. 63 en *The Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324.

64. Palmer 2009, p. 1245. *Kamidian v Wareham Holt* [2008] EWHC 1483 (Comm); 2008 WL 2596003.

65. Palmer 2009, p. 1245: ‘The primary question: did the bailor and the principal bailee intend that the latter’s duties should continue to be owed through the subsequent bailment?’

het vervoer voor een derde regelen zonder zelf de macht over de zaken te verkrijgen. Er is hier een belangrijk verschil met de *springing bailment*. Bij deze figuur heeft de expediteur wel de macht over de zaken uitgeoefend, maar is deze met het overgeven van de zaken verloren gegaan. Bij *quasi-bailment* heeft de tussenpersoon in het geheel niet de macht over de zaken gehad.⁶⁶

Een vierde figuur is de *bailment by attornment*. Dit kan worden vergeleken met de Nederlandse *traditio longa manu* (3:115 sub c BW). De zaken liggen hierbij onder een derde. Vervolgens stelt de eigenaar-bezitter door middel van een *attornment* de zaken in de macht van een ander. Deze laatste zal dan de middellijke macht over de zaken verkrijgen. Bekende voorbeelden zijn de bewaarneming en het vervoer, waarbij de zaken onder een opslagbedrijf of vervoerder liggen en vervolgens door de eigenaar van de zaken worden overgedragen aan een koper of in pand gegeven aan een bank.⁶⁷

Deze vier vormen zijn van groot belang voor het Nederlandse recht, omdat ze zich alle vier naar Nederlands recht kunnen voordoen. Dat wordt hierna kort gedemonstreerd en vervolgens in de volgende paragrafen uitgewerkt.

3.4.3 Hulp- en tussenpersonen in logistieke ketens en zaken onder een derde

In de goederenstroom wordt veel gebruikgemaakt van hulp- en tussenpersonen. Een hulppersoon is een persoon die de verbintenis uitvoert waartoe de schuldenaar zich heeft verbonden.⁶⁸ Een voorbeeld is de hoofdvervoerder die een ondervoerder inschakelt of een bewaarnemer die gebruikmaakt van de diensten van een onderbewaarnemer. In deze situatie is steeds sprake van middellijk houderschap. De schuldenaar heeft immers de verplichting de zaken weer terug te geven aan de schuldeiser. De hoofdbewaarnemer heeft de verplichting om de zaak terug te geven aan de bewaargever. Een ander voorbeeld is de opdrachtnemer die schilderswerkzaamheden verricht aan een schip. Omdat hij het schip niet kan opslaan, geeft hij het schip in bewaring bij een daartoe gespecialiseerd bedrijf totdat de opdrachtgever de schilderswerkzaamheden heeft betaald. Het recht van retentie zal hier slagen omdat de schilder-opdrachtnemer de verplichting op zich heeft gehouden om het schip, na betaling, terug te geven. De opdrachtnemer heeft dus de middellijke macht over het schip, waarbij de derde het schip houdt voor de opdrachtnemer.⁶⁹ Naast de opdrachtnemer kan ook de derde als onmiddellijk houder van de zaak een retentierecht inroepen. In paragraaf 3.5 zullen meer voorbeelden volgen waarin hulppersonen betrokken zijn. De gevallen waarbij gebruik wordt gemaakt van een hulppersoon zijn steeds gevallen die naar Engels recht bekendstaan als

66. Palmer 2009, nr. 23-011 – 23-012. Een geval van *quasi-bailment* wordt besproken in Palmer 1988, p. 34-42. *Metaalhandel JA Magnus BV v. Ardfiels Transport Ltd* [1988] 1 Lloyd's Rep. 197. *Transcontainer Express Ltd. V. Custodian Security Ltd.* [1998] 1 Lloyd's Law Reports (CA).

67. Over de *attornment*, onder meer Goode/McKendrick 2010, p. 46-48, 290.

68. Vgl. art. 6:76 BW: 'Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk.' Daarnaast kan gewezen worden op art. 6:171 BW.

69. Hof Arnhem 3 mei 1978, NJ 1979, 422 (*OTOS/Dorrestein*). Vergelijk ook Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 1931, NJ 1931, p. 1445 (*Van der Donck/Moenus*) waar een vertegenwoordiger van de eigenaar van de zaken, de zaken laat opslaan in het pakhuis van een expediteur en daarmee zijn retentierecht niet verliest.

sub-bailment. In aansluiting op deze Engelse terminologie zal ik hierna ook wel spreken van onderhouderschap.

Geheel anders is de situatie bij tussenpersonen. Een tussenpersoon verplicht zich tot een verbintenis die ongelijk is aan de volgende persoon in de logistieke keten. Een voorbeeld is de expediteur (in ruime zin) die bepaalde zaken in bewaarneming geeft. De bewaarnemer verricht hier een andere prestatie, namelijk opslag, dan de expediteur, het doen opslaan van de zaken. Met het sluiten van de overeenkomst heeft de expediteur zijn prestatie ten behoeve van de zaak verricht. Hij heeft niet de verplichting om ook de zaken op te slaan. Dit betekent gewoonlijk dat de expediteur in de overeenkomst met zijn opdrachtgever niet meer de verplichting heeft om de zaken aan de opdrachtgever terug te geven op het moment dat de bewaarneming tot een einde komt. Omdat houderschap en de verplichting tot afgifte van de zaken onlosmakelijk samenhangen, betekent dit dat de expediteur niet (meer) de middellijke macht over de zaken heeft op het moment dat de zaken bij de bewaarnemer liggen. Uiteraard heeft de bewaarnemer wel de verplichting om de zaken terug te geven (7:600 BW). Deze verplichting heeft de bewaarnemer uit overeenkomst ten opzichte van de expediteur als zijn contractuele wederpartij. In goederenrechtelijk opzicht houdt de bewaarnemer de zaak echter rechtstreeks voor de eigenaar, omdat de expediteur niet kan worden gekwalificeerd als middellijk houder. Naar Engels recht werd dit geval aangeduid als *springing bailment*, wat ik naar Nederlands recht zou willen vertalen met 'overspringend houderschap'. Het houderschap van de expediteur gaat verloren op het moment dat hij de zaken aan de bewaarnemer overgeeft.

Het is verder mogelijk dat de expediteur in het geheel niet de macht over de zaken heeft gehad. De expediteur heeft alleen de overeenkomst met de bewaarnemer gesloten, terwijl de zaken rechtstreeks door de eigenaar aan de bewaarnemer worden overgegeven. Er is dan sprake van *quasi-bailment* (quasi-houderschap). De expediteur heeft nooit de macht over de zaken uitgeoefend en kan daarom niet worden gekwalificeerd als middellijk houder van de zaak. De bewaarnemer houdt hier rechtstreeks voor de bezitter. In de genoemde gevallen kan alleen de laatste houder van de zaak retentierecht uitoefenen. De voorgaande schakel in de logistieke keten heeft immers niet de middellijke macht op de zaak en kan dus ook geen retentierecht invoeren. In paragraaf 3.6 komt dit nader aan de orde.

Een derde situatie is die waarin de zaken onder een derde liggen, zoals een vervoerder of een bewaarnemer. De vraag is dan wie gekwalificeerd kan worden als middellijk houder. De eigenaar geeft bijvoorbeeld een *cognossement* over aan een bank. Betoogd zal worden dat de bank in dat geval als middellijk houder van de zaak gekwalificeerd kan worden. Dit type geval is de *bailment by attornment* of houderschap *longa manu*. De onmiddellijke houder blijft gedurende de gehele tijd onmiddellijk houder, terwijl de persoon van de middellijke houder uitwisselbaar is. In dit geval kan zowel de onmiddellijke houder als de middellijke houder een retentierecht invoeren. Dit komt aan de orde in paragraaf 3.7.

3.5 Zekerheid bij gebruik van hulppersonen

3.5.1 Hulppersonen in het vervoer en retentierecht

Hulppersonen komen veel voor in de logistieke dienstverlening. In het bijzonder zijn veel hulppersonen betrokken bij het uitvoeren van het vervoer. Deze paragraaf is daarom gewijd aan het vervoer. In paragraaf 3.5.2 worden meer algemene opmerkingen gemaakt.

Het uitgangspunt is dat de macht over de zaken eindigt op het moment dat een vervoerder de zaken overgeeft aan een andere vervoerder. Daarmee eindigt ook het retentierecht. Een voorbeeld is de zeevervoerder die de zaken doet overslaan in een binnenschip. In dat geval gaat het retentierecht van de zeevervoerder teniet omdat de macht over de zaken verloren gaat.⁷⁰ De binnenschipper komt uiteraard wel een retentierecht toe, hij heeft immers de macht over de zaken verkregen. Hij kan dit retentierecht uitoefenen voor vorderingen die betrekking hebben op het binnentraject; geen retentierecht kan hij uitoefenen voor nog openstaande vorderingen van de zeevervoerder. De vervoerder kan dus in beginsel geen retentierecht uitoefenen voor vorderingen uit vervoertrajecten waar hij niet bij betrokken was. Terecht merkt Heyning-Plate op dat een strikte interpretatie van de verouderde retentierechten is geboden, om te voorkomen dat de ontvanger geconfronteerd wordt met een opeenstapeling van retentierechten.⁷¹

De macht over de lading blijft behouden in het geval de vervoerder gebruikmaakt van een hulppersoon die het vervoer feitelijk uitvoert. Voorwaarde is dat de vervoerder toestemming heeft van zijn wederpartij om gebruik te maken van hulppersonen. In de praktijk wordt een dergelijke clausule meestal in de algemene voorwaarden opgenomen of zal deze voortvloeien uit de geldende handelsgebruiken. Bekende gevallen waarbij hulppersonen worden ingeschakeld, zijn ondervervoer en multimodaal vervoer.⁷² De feitelijke vervoerders zijn hierbij hulppersonen van de hoofdvervoerder, respectievelijk de multimodale vervoerder.⁷³ In dit geval behoudt de hoofdvervoerder respectievelijk de multimodale vervoerder de macht over de zaken.⁷⁴ Deze kunnen dan ook een retentierecht inroepen. Daarnaast komt ook aan de onmiddellijke houder, de feitelijke vervoerder, een retentierecht toe. Er is dus sprake van een situatie met gestapelde retentierechten. De hoofdvervoerder en de ondervervoerder kunnen een retentierecht uitoefenen voor het loon dat aan hoofdvervoerder én ondervervoerder is verschuldigd.⁷⁵ Hetzelfde geldt voor het

70. Heyning-Plate 1973, p. 160.

71. Heyning-Plate 1973, p. 160.

72. Bij ondervervoer contracteert de hoofdvervoerder met een afzender om door middel van één bepaalde modaliteit te vervoeren, bijv. zee- of wegvervoer. Hij heeft daarbij de bevoegdheid gekregen om (een deel van) het vervoer niet zelf uit te voeren, maar te laten doen door een ondervervoerder. De ondervervoerder vervoert dan daadwerkelijk de zaken naar de losplaats. Dat was bijv. aan de orde in *The Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324. Bij multimodaal vervoer verbindt iemand zich tot het vervoeren van zaken. Hij is echter slechts een papieren vervoerder die het daadwerkelijke vervoer in de regel uitbesteedt aan anderen. Het vervoer kan dan over iedere modaliteit (lucht, spoor, weg, water) plaatsvinden.

73. Bij opvolgend vervoer is de opvolgend vervoerder geen hulppersoon. Bij doorvervoer kan, maar hoeft niet, de doorvervoerder een hulppersoon te zijn van de voorvervoerder. Deze figuren komen aan de orde in paragraaf 3.5.

74. Palmer 2009, nr. 16-051.

75. Zo ook het Duitse recht, zie § 442 lid 1 HGB in combinatie met Transportrechtreformgesetz, *Bundestags-Drucksache* 13/8445, p. 81. Hier wordt in de toelichting op § 441 HGB opgemerkt dat de

multimodaal vervoer. De multimodale vervoerder en de feitelijke vervoerder kunnen een retentierecht inroepen voor hetgeen gedurende het multimodaal vervoertraject is verschuldigd.⁷⁶ Het gaat steeds om een vordering die betrekking heeft op het vervoer van de zaken en daarmee om een vordering in de zin van artikel 8:489 lid 2 BW of een ander vervoerrechtelijk retentierecht.

Naast ondervoer en multimodaal vervoer, kan ook sprake zijn van doorvervoer. Doorvervoer in het zeetransport is voor het Nederlandse recht verouderd, omdat zijn rol is overgenomen door het multimodale vervoer. Doorvervoer lijkt sterk op multimodaal vervoer, maar niet noodzakelijk is dat het vervoer zich voltrekt over verschillende modaliteiten (zee, binnenwater, weg, spoor, lucht). Van doorvervoer is sprake als een vervoerovereenkomst is afgesloten van de ene plaats naar de andere, waarbij het vervoertraject is opgedeeld in verschillende trajecten en minstens een deel van dit traject zeevervoer bevat. De andere delen van het vervoer kunnen, maar behoeven niet over zee te gaan.⁷⁷ De doorvervoerder vervoert dus tot een bepaald punt in het overeengekomen vervoertraject, waarna de goederen worden overgeladen in een ander schip of voertuig en de reis wordt vervolgd. De doorvervoerder is daarbij aansprakelijk voor het gehele vervoertraject. De verplichtingen van de doorvervoerder worden doorgaans neergelegd in een doorcognossement (*through bill of lading*). De doorvervoerder verplicht zich daarbij aan het einde van het gehele vervoertraject de zaken af te geven. In dat geval moet worden aangenomen dat hij, analoog aan de casus van ondervoer en multimodaal vervoer, de macht over de zaken niet verliest op het moment dat hij de zaken overgeeft aan een opvolgend vervoerder. Zowel de doorvervoerder als de opvolgende vervoerder kan een retentierecht uitoefenen voor de vordering die betrekking heeft op het gehele vervoertraject.⁷⁸ De doorvervoerder bleef immers middellijk houder van de lading op het moment dat hij de lading overgaf aan de opvolgende vervoerder. Omdat hij de macht over de zaken behoudt, kan hij ook een retentierecht inroepen. Soms is er sprake van een oneigenlijke vorm van doorvervoer. De doorvervoerder bedingt dan in het cognossement dat hij alleen aansprakelijk is voor zijn eigen traject, om verder als expediteur het laatste stuk van het traject te regelen.⁷⁹ De aansprakelijkheid van de doorvervoerder eindigt

laatste vervoerder voor de vorderingen van de eerdere vervoerders een pandrecht kan uitoefenen. 'Erfasst sind damit insbesondere sowohl der Fall, daß mehrere Frachtführer die Beförderung tatsächlich ausführen, als auch der, daß der Hauptfrachtführer in vollem Umfang Unterfrachtführer einsetzt.' Koller 2009.

76. Zo impliciet, art. 9 van de Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods. Aan de forwarding agent wordt hier, blijkens het Explanatory Report, een *right of retention* toegekend. (U.P.L. 1966 – Paper: XXXVI Forwarding Agency – Doc. 43).
77. Vgl. Scrutton/Boyd 2008, p. 332. Gaskell, Asariotis & Baatz 2000, p. 16. Hoeks 2009, p. 82. Een voorbeeld is de clause zoals die voorkwam op het cognossement in *The Rafaela S* [2003] 2 Lloyd's Rep. 113. *The Rafaela S* [2005] 1 Lloyd's Rep. 347; [2005] 2 A.C. 423 (HL).
78. Zo ook het Duitse recht, zie § 442 lid 1 HGB en het Engelse recht. Carver/Colinvaux 1982, p. 1394, nr. 2021. Scrutton/Boyd 2008, art. 191. *The Hibernian* [1907] P. 277. Anders: PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW), ik kom hier nog op terug.
79. De Wit 1995, nr. 6.15 – 6.33. Strikt genomen zal er alleen in het geval de doorvervoerder voor het gehele traject als vervoerder optreedt, sprake zijn van een doorcognossement (*through bill of lading*).

dan op het moment dat hij de zaken overgeeft aan de opvolgende vervoerder. In het geval de doorvervoerder de lading overgeeft aan de opvolgende vervoerder, verliest hij de macht over de zaken. Hij kan dan ook geen retentierecht meer invoeren. Slechts de opvolgende vervoerder kan een retentierecht invoeren. In paragraaf 3.6.2 zal ik demonstreren hoe in dat geval de opvolgende vervoerder een retentierecht kan invoeren voor de vordering die betrekking heeft op het gehele vervoertraject.⁸⁰

Hiervoor ging het steeds om het gebruik van een hulppersoon die optrad als vervoerder. De hulppersoon voerde de verplichting uit waartoe de vervoerder zich had verbonden. Het is echter ook mogelijk dat de vervoerder gebruikmaakt van hulppersonen die zelf geen vervoerder zijn. Het uitgangspunt is opnieuw dat vóór de inontvangstneming van de goederen en ná de aflevering ervan, de vervoerder geen macht over de zaken heeft. Een retentierecht komt de vervoerder dan niet toe. Het tijdstip waarop de inontvangstneming of aflevering van de goederen plaatsheeft, is overgelaten aan de wil van partijen.⁸¹ Partijen kunnen overeenkomen dat de zaken voordat ze in het schip geladen zijn al in de macht van de vervoerder zijn of dat de macht van de vervoerder over de zaken voortduurt nadat de zaken uit het schip zijn gelost. De uitoefening van macht over de zaken door de vervoerder, terwijl de zaken zich nog buiten het schip bevinden, komt voor wanneer de vervoerder zich bedient van een hulppersoon, zoals een stuwadoor of bewaarnemer (*terminal*).

In de wet is opgenomen dat de vervoerder de zaken kan laten opslaan bij een bewaarnemer in het geval de ontvanger niet komt opdagen in de loshaven (8:490 BW).⁸²

Artikel 8:490 BW

1. Voor zover hij die jegens de vervoerder recht heeft op aflevering van vervoerde zaken niet opkomt, weigert deze te ontvangen of deze niet met de vereiste spoed in ontvangst neemt, voor zover op zaken beslag is gelegd, alsmede indien de vervoerder gegronde redenen heeft aan te nemen, dat een houder van een cognossement die als ontvanger opkomt, desalniettemin niet tot de aflevering gerechtigd is, is de vervoerder gerechtigd deze zaken voor rekening en gevaar van de rechthebbende bij een derde op te slaan in een daarvoor geschikte bewaarplaats of lichter. Op zijn verzoek kan de rechter bepalen dat hij deze zaken, desgewenst ook in het schip, onder zichzelf kan houden of andere maatregelen daarvoor kan treffen.

Treedt de doorvervoerder voor een deel van het vervoertraject op als expeditie dan kan er geen sprake zijn van een doorcognossement, er wordt dan wel gesproken van een *false through bill of lading*. Vgl. Hoeks 2009, p. 82. De Wit 1995, nr. 6.31. Zie verder art. 517v oud-K en HR 16 januari 1970, NJ 1970, 201 m.nt. GJS (Zeeland).

80. Anders: PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW).

81. Vgl. PG Boek 8 BW, p. 67 (art. 8:21 BW): 'Wannéer deze inontvangstneming en aflevering plaatsvinden is niet in de wet vast te leggen, doch moet van geval tot geval aan de hand van de feitelijke omstandigheden worden vastgesteld.' Zie hierover ook HR 23 maart 1995, NJ 1996, 317 m.nt. R.E. Japikse; S&S 1995, 74 (Mars) en HR 5 september 1997, NJ 1998, 63 m.nt. R.E. Japikse; S&S 1997, 121 (Sriwijaya).

82. Art. 8:490 BW (zee), 8:955 BW (binnenvaart), 8:1132 BW (weg), 8:1197 BW (verhuizer). Op grond van art. 8:490 lid 2 BW mag de bewaarnemer niet afgeven dan na toestemming van de vervoerder. Het retentierecht blijft hiermee behouden. PG Boek 8 BW, p. 515, 517 (art. 8:490 BW).

2. De derde-bewaarnemer en de ontvanger zijn jegens elkaar verbonden, als ware de omtrent de bewaring gesloten overeenkomst mede tussen hen aangegaan. De bewaarnemer is echter niet gerechtigd tot afgifte dan na schriftelijke toestemming daartoe van hem, die de zaken in bewaring gaf.

De bewaarnemer wordt door de vervoerder ingeschakeld in de gevallen genoemd in artikel 8:490 lid 1 BW. Een bekend geval is wanneer de ladingontvanger niet komt opdagen. De vervoerder kan de lading dan laten opslaan voor rekening van de rechthebbende in een daarvoor geschikte bewaarplaats (lid 1). Daarbij mag de bewaarnemer niet afgeven dan na toestemming van de vervoerder (lid 2). In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat de vervoerder hiermee het recht van retentie behoudt.⁸³ Kennelijk bedoelt de wetgever hiermee uit te drukken dat de vervoerder de macht over de zaken niet heeft verloren op het moment dat de zaken uit het schip werden gelost en in het pakhuis werden opgeslagen. Dat lijkt mij juist. De vervoerder kan de zaken onder zich houden (8:490 lid 1 BW)⁸⁴ of bij een derde opslaan. De derde moet daartoe worden gezien als een hulppersoon van de vervoerder. De vervoerder heeft met het opslaan van de zaken onder een derde nog niet aan zijn afleveringsverplichting voldaan. Dat is pas het geval wanneer hij de goederen vrijgeeft aan de ladingontvanger. De vervoerder heeft daarmee nog steeds een verplichting tot afgifte van de zaken en daaruit kan worden geconcludeerd dat er wel sprake zal zijn van macht over de zaken en dus komt een retentierecht tot stand.

Niet alleen de bewaarnemer, maar ook de stuwadoor kan een hulppersoon zijn van de vervoerder. Bij het laden en lossen spelen stuwadoors een belangrijke rol. De stuwadoor kan zijn ingeschakeld door de verkoper of koper of diens expediteur. In dat geval heeft de vervoerder in beginsel niet de macht over de zaken op het moment dat de stuwadoor de zaken onder zich heeft, de stuwadoor is immers in dat geval niet de hulppersoon van de vervoerder. Hetzelfde geldt voor het geval dat de vervoerder de zaken op last van de douaneautoriteiten van een bepaald land moet afgeven aan een stuwadoor. Ook dan heeft hij in beginsel niet meer de feitelijke macht over de zaken.

Dat is anders in het geval de stuwadoor is ingeschakeld door de vervoerder. De stuwadoor kan worden ingeschakeld door de reder voor het stuwen van de lading in het schip of het lossen van de lading uit het schip.⁸⁵ In dat geval is de stuwadoor hulppersoon van de vervoerder. De vervoerder is daarom aansprakelijk voor fouten gemaakt door de stuwadoor. Eveneens behoudt de vervoerder de middellijke macht over de zaken op het moment dat de stuwadoor de zaken onder zich krijgt. Zowel de stuwadoor als de vervoerder kunnen in dat geval een retentierecht uitoefenen. In de loshaven zal deze middellijke macht over de zaken vaak na verloop van tijd eindigen. Een opmerking moet daarbij gemaakt worden over de rol van de cargadoor in deze. In veel gevallen is de cargadoor van de vervoerder bij de aflevering betrokken.⁸⁶ Deze cargadoor kan in naam van de vervoerder, maar ook in eigen naam

83. PG Boek 8 BW, p. 515, 517 (art. 8:490 BW).

84. Na toestemming van de rechter (lid 1). Vgl. PG Boek 8 BW, p. 516 (art. 8:490 BW).

85. Voor de lossing, zie HR 5 september 1997, NJ 1998, 63 m.nt. R.E. Japikse; S&S 1997, 121 (Sriwijaya) en voor de inlading, zie Rb. Rotterdam 7 mei 1993, S&S 1994, 42 (Odin 1) en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, S&S 1994, 97 (Odin 2).

86. Zoals in HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 m.nt. G; S&S 1986, 120 (Deka-Hanno/Citronas of Khaly-Freezer).

handelen. Vaak wil de vervoerder dat de vervoerovereenkomst een einde neemt en dat de stuwadoor voor rekening van de ladingbelanghebbende de zaken opslaat. De cargadoor kan dan in eigen naam en ten behoeve van de ladingontvanger optreden.⁸⁷ De vervoerovereenkomst neemt dan een einde. Dat betekent ook dat de vervoerder geen verplichting tot afgifte meer heeft onder de vervoerovereenkomst. In dat geval moet worden aangenomen dat de vervoerder de macht over de zaken heeft verloren en dat hij geen retentierecht meer kan inroepen.

3.5.2 Gebruik van hulppersonen buiten het vervoer. Toestemming

Ook buiten het vervoer wordt gebruikgemaakt van hulppersonen. De bewaarnemer maakt gebruik van een onderbewaarnemer en de expediteur schakelt een andere expediteur in. Voor zover de hulppersoon een verbintenis uitvoert waartoe de schuldenaar zich heeft verbonden (art. 6:76 BW), kan de schuldenaar een retentierecht inroepen omdat hij in dat geval de middellijke macht heeft over de zaken. Wel moet een bevoegdheid aanwezig zijn om gebruik te maken van een hulppersoon. De bevoegdheid tot het inschakelen van hulppersonen wordt meestal in de algemene voorwaarden bedongen.⁸⁸ In deze paragraaf wil ik nog eens wijzen op het belang dat een bevoegdheid tot het inschakelen van hulppersonen aanwezig moet zijn.

De bevoegdheid tot het inschakelen van hulppersonen was kennelijk aanwezig in *Datema/Pereira q.q.*⁸⁹ Eigenaar CET schakelt voor de export van moeren en bouten expediteur Hellman in. Hellman sluit op zijn beurt, voor de import in Nederland, een overeenkomst met expediteur Datema. De opslag van de bouten en moeren kan Datema niet allemaal zelf aan, en hij laat een deel opslaan bij VNG en Vierhaven. CET gaat failliet en de curator legt beslag op de goederen die bij Datema liggen. Datema verweert zich met een beroep op zijn retentierecht. De curator stelt dat de moeren en bouten die bij VNG en Vierhaven zijn opgeslagen niet meer in de macht van Datema zijn, zodat geen retentierecht meer kan worden uitgeoefend (3:294 BW). De arbiters oordelen echter dat de zaken die bij VNG en Vierhaven waren opgeslagen, in de macht van Datema zijn gebleven. VNG en Vierhaven hielden de moeren en bouten immers voor Datema. Datema bleef daarom middellijk houder. De moeren en bouten bleven in de macht van Datema. Het retentierecht blijft aldus behouden. De beslissing is juist, omdat Datema niet alleen handelde als expediteur, maar ook als bewaarnemer.⁹⁰ De bewaarnemers VNG en Vierhaven moeten dan

87. Haak & Zwitser 2003, p. 510. Breukers 1987, p. 661.

88. Vgl. art. 2.3 Algemene voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Terminal Operators (VRTO 2009): 'De Opdrachtgever laat aan de Terminal Operator de vrije hand om in het kader van de Werkzaamheden dan wel andere activiteiten derden in te schakelen (...).' Zie ook art. 1 lid 4 Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004): 'De expediteur heeft het recht de uitvoering van de opdracht en/of de daarmee samenhangende werkzaamheden te doen geschieden door derden of met werknemers van derden (...).'

89. Arbitrale beslissing 15 oktober 1993, S&S 1994, 96 (*Datema/Pereira q.q.*).

90. Zie de feiten genoemd in deze uitspraak: 'Hellman sloot op haar beurt een overeenkomst met Datema op grond waarvan de laatste als ontvangend expediteur zou optreden. Datema nam hierbij de totale behandeling van de uit Zuid-Afrika ontvangen goederen, onder welke behandeling o.m. waren begrepen het verzorgen van douaneformaliteiten, controle, het verzorgen van truckvervoer van het zeeschip naar de opslagloodsen, de inslag in de loodsen, de opslag zelf, alsmede de uitslag uit de loods na verkoop door CET. Datema verrichtte deze handelingen gedeeltelijk zelf en besteedde andere delen op eigen naam en voor eigen rekening aan derden uit. Zo werden de moeren en bouten deels bij Datema opgeslagen, en deels bij derden (VNG Service Centre BV te Rotterdam,

ook worden gekwalificeerd als onderbewaarnemers. De onderbewaarnemers VNG en Vierhaven kunnen worden gezien als hulppersonen van Datema. Dit is de reden dat Datema de macht over de zaken bleef behouden en een retentierecht kon inroepen.

Het kan zijn dat de eigenaar expliciet of impliciet weigert toestemming te geven tot het inschakelen van hulppersonen.⁹¹ Schakelt de logistieke dienstverlener, in weerwil hiervan, toch een hulppersoon in, dan ontstaat de volgende situatie. De derde krijgt de zaken onder zich en wordt daardoor houder. Is de derde ervan op de hoogte dat de bevoegdheid van zijn opdrachtgever ontbreekt, dan kan de derde geen retentierecht inroepen tegen de oudere derde (3:291 lid 2 BW).⁹² Ook de opdrachtgever kan geen retentierecht tegenwerpen aan de eigenaar voor vorderingen die voortvloeien uit het inschakelen van de tussenpersoon.⁹³

3.5.3 Gestapelde retentierechten

In gevallen waarin een hulppersoon is ingeschakeld, heeft niet alleen de onmiddellijke houder, maar ook de middellijke houder een retentierecht op de zaken. De middellijke houder kan immers afgifte van de zaken eisen van zijn hulppersoon. De middellijke houder op zijn beurt heeft zich verbonden jegens een derde die weer van hem afgifte van zaken kan eisen. Tegen deze verplichting tot afgifte van de zaken kunnen de onmiddellijke en de middellijke houder zich verweren door middel van een retentierecht. De vraag komt dan op voor welke vorderingen het retentierecht kan worden ingeroepen.

De middellijke houder kan een retentierecht uitoefenen voor alle kosten die hij door middel van zijn hulppersoon heeft gemaakt met betrekking tot de zaak. De middellijke houder kan verder op grond van artikel 6:52 BW een retentierecht uitoefenen voor oude vorderingen die hij op zijn schuldenaar heeft.⁹⁴

De schuldenaar kan besluiten niet de middellijke houder-schuldeiser aan te spreken, maar de hulppersoon rechtstreeks aan te spreken tot aflevering van de zaken.

Omdat de hulppersoon de zaken houdt voor de middellijke houder, mag hij niet afgeven dan na toestemming van de middellijke houder. Dat zal meestal pas het geval zijn wanneer de schuldenaar de vorderingen betaalt die de schuldeiser door middel van zijn hulppersoon heeft gemaakt ten aanzien van de zaak. De schuldeiser zal verder geen toestemming geven om de zaak aan de schuldenaar af te geven voor zover de schuldenaar de oude vorderingen die de schuldeiser op hem heeft, nog niet heeft betaald (art. 6:52 BW). De hulppersoon kan echter geen retentierecht aan de schuldenaar tegenwerpen voor oude vorderingen die hij heeft op de middel-

hierna te noemen: VNG, en Vierhaven BV te Ridderkerk, hierna te noemen: Vierhaven). In feite fungeerde Datema als distributiecentrum voor de Europa-export van CET.'

91. Vgl. art. 7:603 lid 2 BW dat toestemming van de bewaargever vereist om de zaak aan een derde in bewaring te geven.

92. Zie hierover hoofdstuk 4. De onbevoegdheid van de opdrachtgever kan overigens worden weggenomen in het geval de eigenaar bekrachtigt (art. 3:69 BW). Dit kan ook impliciet gebeuren doordat de eigenaar niet optreedt tegen het inschakelen van de hulppersoon en daarmee impliciet instemt. Onder omstandigheden kan de derde wel een retentierecht tegenwerpen aan de schuldenaar. Zie hierboven paragraaf 3.3.1.

93. Naar mijn mening kan hij onder omstandigheden wel een retentierecht inroepen voor oude vorderingen. De onrechtmatigheid strekt zich immers niet uit over het gehele handelen van de opdrachtgever.

94. Voor de afwijkende regeling van de vervoerder en de expeditie van Boek 8 BW, zie hoofdstuk 2.

lijke houder. De schuldenaar is immers een oudere derde ten opzichte van de hulppersoon en daarom kan hij in beginsel alleen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak een retentierecht uitoefenen (3:291 lid 2 BW).⁹⁵ De hulppersoon mag de zaak niet afgeven aan een derde zonder toestemming van de middellijke houder. Doet hij dit toch, dan pleegt hij wanprestatie.

Een illustratie van voorgaande is te vinden in het geval *Fladderak/Van der Vlist*.⁹⁶ Hierbij houdt de onmiddellijke houder geen rekening met het retentierecht van de middellijke houder. Dat leidt tot aansprakelijkheid van de onmiddellijke houder. Fladderak komt met eigenaar Oakwell overeen een neushoed, een machineonderdeel, te verpakken en vervoeren naar Frankrijk. In de tussentijd slaat Fladderak de neushoed op en sluit daartoe een overeenkomst van bewaarneming met Van der Vlist. In zijn relatie met de eigenaar Oakwell heeft Fladderak nog een vordering openstaan. Fladderak sommeert daarom Van der Vlist om de neushoed niet af te geven aan derden. Op een gegeven moment geeft Van der Vlist de neushoed toch aan een derde (een koper van Oakwell) af. Fladderak spreekt daarop Van der Vlist aan en voert aan dat Van der Vlist daarmee het retentierecht van Fladderak frustreert. Van der Vlist hield de zaken immers voor Fladderak; op deze manier kon Fladderak een retentierecht op de zaken uitoefenen. Van der Vlist wordt aansprakelijk gesteld doordat hij door afgifte van de zaak aan een derde het retentierecht van Fladderak frustreert. Fladderak kan daarom Van der Vlist aanspreken niet alleen voor de vordering die betrekking heeft op de neushoed, maar voor alle vorderingen die Fladderak op Oakwell heeft (3:290 jo. 6:52 BW).

In het geval de schuldenaar tekortschiet in zijn verplichtingen ten opzichte van de schuldeiser, zal de schuldeiser tot executie willen overgaan. Hetzelfde geldt voor het geval dat de hulppersoon zijn vordering op zijn opdrachtgever niet voldaan ziet. In dat geval dient de retentor een executorialie titel te verkrijgen. Hier is van belang te bepalen welke rangorde de twee retentierechten (van de middellijke en de onmiddellijke houder) ten opzichte van elkaar innemen. Wie mag zich het eerst uit de opbrengst voldoen? Naar mijn mening dient de onmiddellijke houder zich eerst te kunnen voldoen en dan pas de middellijke houder. Het is immers de onmiddellijke houder die de prestatie ten aanzien van de zaken heeft verricht en daarom bescherming verdient. Artikel 3:292 BW geeft hiertoe een regeling. In dit artikel is opgenomen dat de schuldeiser zijn vordering met voorrang op de zaak kan verhalen boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. De hulppersoon kan, wanneer hij niet wordt betaald door de opdrachtgever, zijn retentierecht tegenwerpen aan de opdrachtgever. Zijn retentierecht gaat daarom voor boven het retentierecht van de opdrachtgever.

95. Zie nader hoofdstuk 4.

96. Rb. Rotterdam 17 januari 2002, *S&S* 2002, 135 (*Fladderak/Van der Vlist*). In de Engelse zaak *Societa Anonima Angelo Castelletti v. Transmaritime Ltd.* [1953] 2 Lloyd's Rep. 440 (QBD) was een zelfde soort geval aan de orde. De eerste expediteur sprak hier de tweede expediteur aan die tegen de uitdrukkelijke opdracht van de eerste expediteur de lading had vrijgegeven aan de koper, waardoor het retentierecht van de eerste expediteur teniet was gegaan. Hierover ook: Hill 1972, nr. 360.

Een soortgelijke oplossing is te vinden in het Duitse recht. In het *Handelsgesetzbuch* is een wettelijk pandrecht geregeld voor de vervoerder (441 HGB)⁹⁷. Naar Duits recht is het mogelijk dat meerdere personen tegelijkertijd een dergelijk wettelijk pandrecht op de zaken hebben, bijvoorbeeld naast de vervoerder ook een expediteur en een bewaarnemer. In § 443 HGB is dan een regeling opgenomen voor het geval er sprake is van meerdere wettelijke pandrechten op hetzelfde goed. Ik geef dit artikel weer:

§ 443 HGB: Rang mehrerer Pfandrechte

(1) Bestehen an demselben Gut mehrere nach den §§ 397, 441, 464, 475b und 623 begründete Pfandrechte, so geht unter denjenigen Pfandrechten, die durch die Versendung oder durch die Beförderung des Gutes entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor.

(2) Diese Pfandrechte haben Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrecht des Kommissionärs und des Lagerhalters sowie vor dem Pfandrecht des Spediteurs, des Frachtführers und des Verfrachters für Vorschüsse.

Uit lid 1 wordt duidelijk dat in het geval meer pandrechten op de zaak rusten, het later ontstane pandrecht voorgaat boven het eerdere. Hiermee doorbreekt het Duitse recht de hoofdregel van de prioriteitsregel (*prior tempore, potior iure*). Deze regeling kan worden overgenomen voor de situatie dat gebruik wordt gemaakt van een hulppersoon.

De theoretische verklaring van de doorbreking van de prioriteitsregel is gelegen in toestemming. De opdrachtgever stemt erin toe dat de hulppersoon macht verkrijgt over de zaak om een prestatie ten aanzien van de zaak te kunnen verrichten.

Daarmee aanvaardt de opdrachtgever ook dat de hulppersoon een retentierecht kan uitoefenen voor het verschuldigde loon dat het gevolg is van het verrichten van de prestatie. Bij verhaal op de zaak zal het retentierecht van de hulppersoon dan ook voorgaan boven het retentierecht van de opdrachtgever.

3.5.4 Vuistpandrecht bij gebruik van een hulppersoon

Een logistieke dienstverlener bedingt steeds een pandrecht in zijn algemene voorwaarden. Contracteert hij met een eigenaar, dan zal het pandrecht op de zaak tot stand komen voor zover aan alle vereisten is voldaan.⁹⁸ Het pandrecht gaat in beginsel verloren op het moment dat hij de zaak aan een derde overgeeft.⁹⁹ Dit is

97. Zie hoofdstuk 2.

98. Art. 3:98 jo. 3:84 BW: titel, beschikkingsbevoegdheid en levering. Zie hoofdstuk 5.

99. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.33. Dirix & De Corte 2006, p. 318. Vgl. ook art. 1198 lid 3 oud-BW: 'Het [pandrecht] gaat te niet, wanneer het pand uit de magt van den pandhouder geraakt.' Asser/Scholten 1945, p. 440. Het vrijwillig opgeven van de macht door de pandhouder kan als een stilzwijgende afstand van pandrecht worden beschouwd. Raakt de pandhouder de zaken op onvrijwillige wijze kwijt, dan kan zij de zaken van een ieder opeisen. Dat is ook het geval als de pandgever tegen de wil van de pandhouder in de macht over de lading verkrijgt. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 142. Baur/Stürner 2009, p. 765. Een bijzonder geval is Rb. Haarlem 11 mei 1993 en 25 januari 1994, S&S 1996, 291 (*Nedlloyd Air Cargo/Singapore Airlines*). Hierin ging het om diefstal uit een loods. De pandhouder sprak daarop de eigenaar van de loods aan uit onrechtmatige daad, nu zij door de diefstal haar pandrecht is kwijtgeraakt. De rechtbank stond dit niet toe.

anders wanneer een derde de zaak gaat houden voor de pandhouder. De pandhouder behoudt in dat geval de (middellijke) macht over de zaak. We zouden dan kunnen spreken van een vuistpandrecht met de verlengde arm.¹⁰⁰

De onmiddellijke houder, de hulppersoon, verkrijgt in beginsel geen pandrecht op de zaken omdat zijn opdrachtgever niet beschikkingsbevoegd zal zijn.¹⁰¹ Wel kan hij een retentierecht op de zaak uitoefenen. Bij verhaal op de zaak zal het retentierecht voorrang hebben boven het pandrecht (3:292 BW). De problemen lopen voor het overige analoog aan het hierboven behandelde retentierecht.

3.6 Zekerheid bij gebruik van tussenpersonen

3.6.1 Geen behoud van retentierecht in logistieke ketens

In logistieke ketens geeft de dienstverlener de zaken door aan een volgende schakel na het verrichten van de prestatie aan de zaken. Hij geeft daarmee de macht over de zaken op en kan daarom geen retentierecht meer invoeren. In de vorige paragraaf werd dit type geval aangeduid als overspringend houderschap (*springing bailment*) of als quasi-houderschap (*quasi-bailment*).

Een veelvoorkomend type geval is het vervoer onder vrachtbrief, waarbij de expediteur de zaken overgeeft aan een vervoerder.¹⁰² Na het overgeven van de zaken gaat de vervoerder de zaken houden voor de eigenaar en niet voor de expediteur, ook niet indien de expediteur staat aangetekend als afzender op de vrachtbrief. Wel heeft de vervoerder uit hoofde van de overeenkomst een verplichting tot afgifte van de zaken aan de expediteur-afzender. Een dergelijke contractuele verplichting leidt echter niet noodzakelijkerwijs tot de gevolgtrekking dat er sprake is van middellijk houderschap.¹⁰³ Voor middellijk houderschap is immers steeds nodig dat de expediteur zelf ook een verplichting tot afgifte van zaken heeft ten aanzien van de eigenaar. Dat zal meestal niet het geval zijn. Het is immers in beginsel alleen de vervoerder die zich verplicht de lading af te leveren; de expediteur heeft een dergelijke verplichting niet. Daaruit zou ik willen concluderen dat de expediteur, indien hij als afzender staat vermeld op een vrachtbrief, geen middellijke macht over de zaken heeft wanneer de lading in het schip zit, dientengevolge komt hem ook geen retentierecht toe.

Men zou dit in voorkomende praktijkgevallen, wat onnauwkeurig maar wellicht verhelderend, ook anders kunnen beargumenteren. In beginsel oefenen steeds die personen macht uit over de zaken, indien zij aansprakelijk gesteld kunnen worden indien schade ontstaat aan de zaken. De

100. Veerbeek 2007, p. 65.

101. Zie hoofdstuk 5 voor een nadere uitwerking.

102. Een dergelijke situatie komt bijvoorbeeld voor in HR 28 juni 1996, NJ 1997, 494, m.nt. WMK; S&S 1996, 101 (*Moksel/KVV*) en HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61 (*VGC/GE SeaCo*).

103. Dat geldt ook voor andere contractuele of wettelijke regels. De vraag of er sprake is van houderschap moet onafhankelijk van de overeenkomst worden gezien. Doorslaggevend is niet dat voor rekening van de expediteur werd opgeslagen. Ook is niet doorslaggevend dat de bewaargever onder omstandigheden onverwijld de teruggave kan vorderen (7:605 BW). Het aannemen van middellijk houderschap kan tot een probleem leiden wanneer de eigenaar de zaken wil doorverkopen. Moet hij dan ingevolge art. 3:115 sub c BW niet alleen mededeling doen aan de bewaarnemer, maar ook aan de expediteur?

expediteur kan in het onderhavige geval niet aansprakelijk worden gesteld voor een schade die is ontstaan tijdens het vervoer. Daaruit kan men afleiden dat de expediteur ook niet de macht over de zaken zal uitoefenen.

3.6.2 Contractuele mogelijkheden

In logistieke ketens hebben de voorgaande schakels niet de middellijke macht over de zaken. Slechts de laatste schakel oefent de macht over de zaken uit. Toch kunnen voorgaande schakels zich proberen te beschermen. Ze kunnen met de laatste schakel overeenkomen dat deze de zaken niet vrijgeeft aan de ontvanger, dan na betaling van de vorderingen van alle voorgaande schakels. Dit thema komt ook aan de orde in het volgende hoofdstuk.¹⁰⁴ Op deze plaats worden nog enkele opmerkingen gemaakt over het oneigenlijke doorvervoer (*false through carriage*), omdat het doorvervoer eerder aan de orde is geweest (§ 3.5.1).

Gewoonlijk verbindt de doorvervoerder (*false through carriage*) zich tot het vervoer over het gehele overeengekomen traject.¹⁰⁵ De doorvervoerder behoeft zich echter niet per se te verbinden voor het gehele traject als vervoerder op te treden. Hij kan ook als expediteur met de (opvolgende) vervoerder een vervoerovereenkomst sluiten.¹⁰⁶ Hij treedt dan niet meer zelf op als vervoerder. In strikte zin is er dan ook geen sprake meer van doorvervoer, omdat de doorvervoerder niet voor het gehele traject als vervoerder optreedt. Ondanks dat het niet doorvervoer in de eigenlijk zin van het woord betreft, zal ik hierna gemakshalve blijven spreken van (oneigenlijk) doorvervoer.

Het uitgangspunt is, zoals hiervoor bleek (§ 3.6.1), dat indien een tussenpersoon de zaken overgeeft aan een volgende tussenpersoon hij de macht over de zaak verliest. Indien de doorvervoerder voor een gedeelte van het vervoertraject als expediteur een overeenkomst met een vervoerder sluit, dan volgt daaruit dat hij de macht over de lading verliest op het moment dat hij de zaken overgeeft aan deze vervoerder. Hij, de expediteur-doorvervoerder, kan na de overgave van de lading dan geen retentierecht meer inroepen.

Hij kan in dat geval op een andere manier zekerheid verkrijgen. In het (oneigenlijke) doorcognossement (*false through bill of lading*) moet hij daartoe opnemen dat de laatste vervoerder een retentierecht kan tegenwerpen aan de ladingontvanger voor kosten gemaakt tijdens het gehele vervoertraject, dus ook voor kosten die zijn gemaakt door de doorvervoerder. Een dergelijk resultaat is niet onredelijk, omdat de

104. Zie hoofdstuk 4, § 4.2.4.7.

105. Bijvoorbeeld vervoer van New York naar Parijs. Het gedeelte New York – Rotterdam zal dan over zee plaatsvinden, terwijl het gedeelte Rotterdam – Parijs over de weg plaatsvindt. Er wordt dan een doorcognossement New York – Parijs uitgegeven. In de praktijk is ook geregeld sprake van luchtvrachtbrieven waarbij sprake is van doorvervoer. Niet het gehele traject gaat dan door de lucht, ze wordt meestal opgevolgd door een gedeelte over de weg.

106. HR 16 januari 1970, NJ 1970, 201 m.nt. GJS (*Zeeland*). Dit lijkt sterk op multimodaal vervoer, toch wijkt de rechtspositie van de multimodaal vervoerder iets af van de (oneigenlijke) doorvervoerder. Bij multimodaal vervoer neemt de multimodaal vervoerder in beginsel aansprakelijkheid op zich voor het gehele transport. Bij (oneigenlijk) doorvervoer zal de doorvervoerder zijn aansprakelijkheid in de regel beperken tot zijn eigen lijn (vgl. art. 517v oud-K en Selvig 1979, p. 370). In overeenstemming met dit verschil heb ik voor de multimodaal vervoerder betoogd dat hij middellijk houder blijft gedurende het gehele transport, maar de doorvervoerder die als expediteur een overeenkomst sluit met een vervoerder verliest de macht over de zaken na de overgave ervan aan de volgende vervoerder.

ladingontvanger uit het doorcognossement kan opmaken over welk vervoertraject de lading is vervoerd. Het is dan redelijk dat de ontvanger een retentierecht tegenwerpen kan krijgen voor alle kosten die het gevolg zijn van het vervoer over dit traject. Het feit dat meerdere vervoerders bij het vervoer betrokken zijn geweest, doet hieraan niet af.¹⁰⁷ Met een dergelijke clause in het cognossement verkrijgt de doorvervoerder een bepaalde mate van zekerheid. Met het vorderen van aflevering van de lading treedt de ladingontvanger immers toe tot de vervoerovereenkomst als neergelegd in het cognossement en wordt hij schuldenaar van de kosten voor het gehele vervoer ten opzichte van de laatste vervoerder. Die kan dan vervolgens de geïnde vordering naar rato verdelen onder de verschillende betrokken vervoerders.

De hier uitgewerkte opvatting komt overeen met het Duitse recht. Van belang is hier § 442 HGB:¹⁰⁸

§ 442 lid 1 HGB: Nachfolgender Frachtführer

Hat im Falle der Beförderung durch mehrere Frachtführer der letzte bei der Ablieferung die Forderungen der vorhergehenden Frachtführer einzuziehen, so hat er die Rechte der vorhergehenden Frachtführer, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. Das Pfandrecht jedes vorhergehenden Frachtführers bleibt so lange bestehen wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

De laatste opvolgende vervoerder kan de vorderingen van de voorgaande vervoerders innen. Hij kan ook hun rechten uitoefenen, in het bijzonder het pandrecht. De voorvervoerders behouden dus hun pandrecht ondanks dat de zaken zijn overgegeven aan de opvolgend vervoerder. Koller stelt dat deze voorvervoerders niet de middellijke macht over de zaken behoeven te hebben.¹⁰⁹ Er is dus sprake van een stil pandrecht voor de voorgaande vervoerders.

Op dit punt zou ik het Duitse recht niet willen overnemen. Dat zou immers naar Nederlands recht neerkomen op de erkenning van een retentierecht zonder macht over de zaken, wat onmogelijk is. Een oplossing die overeenkomt met het Duitse recht kan echter worden bereikt met de bovenstaande benadering van de opdracht of vertegenwoordiging. De voorgaande vervoerders geven de opdracht aan de laatste vervoerder om de zaken niet af te geven dan na vergoeding voor hetgeen verschuldigd is voor het vervoer. De cognossementhouder die aflevering verzoekt zal hiertoe gehouden zijn, omdat hij het cognossement heeft aangenomen en gepresenteerd en

107. Anders: PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW). 'In geval van vóór-vervoer door een andere vervoerder, kunnen de goederen slechts worden vastgehouden voor de vracht die aan de opvolgende vervoerder voor het opvolgende vervoer is verschuldigd.' De opvatting van de wetgever lijkt me niet in overeenstemming met een vlot handelsverkeer, het dwingt immers iedere vervoerder om een retentierecht uit te oefenen op het moment dat een volgende vervoerder de zaken wil (door)vervoeren. Beter lijkt mij daarom de opvatting dat de laatste vervoerder een retentierecht kan uitoefenen voor het gehele vervoertraject.

108. Het artikel is van regelen recht en kan dus worden uitgesloten. Koller 2007, § 442 HGB, nr. 3.

109. Koller 2010, § 442 HGB, nr. 2. Koller 2009, p. 454. Begründung zum Regierungsentwurf des TRG, BT-Drucksache 13/8445, p. 81.

daarmee, na toetreding, gebonden is aan de plichten die voortvloeien uit de vervoerovereenkomst.¹¹⁰

3.6.3 Stil pandrecht in logistieke ketens

De logistieke dienstverlener zou theoretisch in zijn algemene voorwaarden een stil pandrecht kunnen bedingen. Op dit moment maken dienstverleners van deze mogelijkheid geen gebruik.¹¹¹ Hierna zal kort worden onderzocht in hoeverre deze mogelijkheid kan slagen.

Een stil pandrecht kan zeer effectief zijn in combinatie met een vuistpandrecht. De logistieke dienstverlener bedingt dan in zijn algemene voorwaarden een vuistpandrecht voor de tijd dat hij de zaak onder zich heeft en vanaf het moment dat hij de zaak doorgeeft aan een volgende schakel een stil pandrecht. Er wordt dus een stil pandrecht bij voorbaat bedongen.¹¹²

Voor een stil pandrecht is niet vereist dat de pandhouder de macht over de zaak uitoefent. Wel moet worden voldaan aan enkele vestigingseisen. Er moet sprake zijn van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte (3:237 lid 1 BW). Het is dit vereiste dat in de praktijk de vestiging van een stil pandrecht zal tegenhouden. De akte moet namelijk een door de pandgever ondertekend geschrift zijn waarin hij verklaart de zaak in pand te geven.¹¹³ Van een dergelijke ondertekening van de akte door de pandgever zal niet snel sprake zijn. Een ondertekende overeenkomst waarin verwezen wordt naar de algemene voorwaarden zal waarschijnlijk niet als een voldoende voorwaarde kunnen worden aangemerkt, daar hieruit niet duidelijk de wil tot verpanding door de pandgever blijkt. De pandgever moet immers expliciet in de akte verklaren dat hij tot verpanding van de zaak bevoegd is (3:237 lid 2 BW).

Ook als eenmaal is voldaan aan een akte lijkt het stil pandrecht slechts een marginale rol te kunnen vervullen. Het pandrecht gaat weliswaar niet teniet op het moment dat de zaak aan de volgende schakel in de logistieke keten wordt overgegeven. In veel gevallen zal de volgende schakel echter niet afweten van het bestaan van een stil pandrecht. In het geval de zaak wordt overgegeven aan een koper te goeder trouw, zal het stil pandrecht tenietgaan (3:86 lid 2 BW). Logistieke dienstverleners die de stil verpande zaak in handen krijgen en niet afweten van het bestaan van een stil pandrecht worden ook beschermd. Een door hen geldig verkregen pandrecht gaat voor boven het eerdere stil pandrecht (3:238 lid 2 BW). Ook zal in

110. De doorvervoerder krijgt op deze manier bescherming ondanks dat hij zelf geen macht over de zaak uitoefent en dus geen retentierecht kan invoeren. De bescherming loopt niet op de manier van het houderschap (*bailment*), maar op een contractuele manier, door middel van opdracht of vertegenwoordiging (*agency*). De eerdere vervoerders geven opdracht aan de laatste vervoerder om een retentierecht in te roepen voor kosten door de eerdere vervoerders gemaakt. Dit onderscheid tussen houderschap en vertegenwoordiging is ook te vinden in de *common law*, waar voor de derdenwerking van een contractueel beding hetzelfde onderscheid tussen *bailment* en *agency* voorkomt. In *The Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324 in een geval van ondervervoer wordt gebruikgemaakt van de *bailment*, terwijl *Norfolk Southern Railway v. Kirby* 125 S.Ct. 385 (2004) een geval van doorvervoer oplost via de *agency*. Hierover ook: Zwitser 2009a.

111. Het stil pandrecht voor banken komt aan de orde in hoofdstuk 7.

112. Vgl. Veerbeek 2007, p. 66-67.

113. Art. 156 Rv. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 m.nt. WMK (*Meijs/Bank of Tokyo - Mitsubishi*). Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 166. Daarnaast is registratie van de onderhandse akte noodzakelijk. Hierbij is de hulp van de pandgever niet nodig. De pandhouder kan zelf de registratie in orde maken. Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 533.

dat geval een retentierecht op de zaak voorgaan boven het stil pandrecht (3:292 BW). De conclusie moet daarom zijn dat een door de logistieke dienstverlener bedongen stil pandrecht niet snel een grote rol zal vervullen in het handelsverkeer.¹¹⁴

3.6.4 Het reclamerecht van de vervoerder na de aflevering

Naar Duits recht en naar Belgisch recht heeft de vervoerder een reclamerecht, ook wel volgrecht genoemd. Naar Engels of Nederlands recht heeft de vervoerder een dergelijke bevoegdheid niet. Het Duitse en Belgische recht wordt daarom eerst besproken, waarna de vraag wordt gesteld of overname van het buitenlandse recht op dit punt gewenst is.

Met het reclamerecht van de vervoerder wordt bedoeld dat de vervoerder na aflevering van de lading aan de ladingontvanger nog een recht op de zaken houdt. Dit recht volgt de zaken zelfs nadat ze uit de macht van de vervoerder zijn geraakt. Naar Belgisch recht mag de kapitein de goederen niet aan boord houden wegens niet-betaling van de vracht. Wel kan hij ze onder een derde bewaren, totdat de vracht is betaald.¹¹⁵ De kapitein is verder een voorrecht toegekend op de zaken voor de vracht en de avarij.¹¹⁶ Dit voorrecht verliest hij niet wanneer hij de zaken aflevert. Hij behoudt dan zijn voorrecht tot vijftien dagen na de aflevering, voor zover de zaken in de handen van de ladingontvanger blijven.¹¹⁷ Dit is het reclamerecht.

Naar Duits recht heeft de vervoerder iets soortgelijks. Naar Duits recht heeft de vervoerder over weg, binnenvaart en lucht een wettelijk pandrecht (§ 441 HGB). Uit lid 3 blijkt dat de vervoerder het pandrecht tot drie dagen na de aflevering nog kan inroepen.¹¹⁸ Ook hier geldt de restrictie dat de zaken zich nog in de macht van de ladingontvanger dienen te bevinden. Hetzelfde geldt voor de vervoerder over zee (*Verfrachter*), aan wie eveneens een wettelijk pandrecht is toegekend (§ 623 HGB). De zeevervoerder kan zijn pandrecht nog tot dertig dagen na de aflevering geldend maken (lid 2).

Naar Belgisch recht is het volgrecht verklaarbaar omdat de kapitein een retentierecht op de zaken aan boord van een schip is ontzegd. Naar Nederlands recht gold onder het oude recht een enigszins vergelijkbare regeling. Onder het oude recht was de

114. Dit kan overigens veranderen in het geval iedere logistieke dienstverlener een stil pandrecht bedingt in zijn algemene voorwaarden. Volgende schakels in de logistieke keten kunnen dan vermoeden dat op de zaak een stil pandrecht zal rusten en dat betekent dat ze niet meer zomaar te goeder trouw zullen zijn ten aanzien van het stil pandrecht.

115. Art. 124 Zeewet. De Zeewet is opgenomen in Wet houdende Boek II van het Wetboek van Koophandel. [Zeevaart en binnenvaart]. Art. 124 is op 7 december 1997 in werking getreden (België). Vanheusden 2005, p. 155, noot 451. Naar Belgisch recht wordt op dit ogenblik het zeerecht herzien. Op het ogenblik van schrijven was mij niet bekend of na de herziening van het zeerecht de vervoerder een retentierecht toekomt.

116. Hypotheekwet van 16 december 1851 geeft voor bepaalde roerende goederen een voorrecht. Art. 20 onder 7^o bevat het voorrecht van de vervoerder. Dekkers/Dirix 2005, nr. 1016. Voor de binnenvaart, zie Wet van 5 mei 1936 op de binnenbevrachting. Art. 60 Binnenbevrachtingswet. Dit voorrecht heeft dezelfde rang als het voorrecht, ingesteld bij art. 20, 7^o van de wet van 16 december 1851.

117. Art. 125 en 126 Zeewet (België). Vgl. Rechtbank van Koophandel te Antwerpen 16 januari 2001, E.T.L. 2001, p. 199-206.

118. § 441 lid 3 HGB: 'Das Pfandrecht besteht auch nach der Ablieferung fort, wenn der Frachtführer es innerhalb von drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitz des Empfängers ist.' Vóór het *Transportrechtsreformgesetz* van 1998 was het Duitse recht op dit punt identiek.

vracht pas na de aflevering verschuldigd en derhalve kon de vervoerder geen retentierecht inroepen.¹¹⁹ De vervoerder die overging tot aflevering kon echter nog wel beslag leggen op de zaken tot één maand na de aflevering en voor zover niet een derde te goeder trouw de zaken onder zich heeft verkregen.¹²⁰ Daarbij moet worden bedacht dat de vervoerder naar oud recht een voorrecht op de zaken had en dat dit voorrecht daarmee tot één maand na de aflevering kon worden uitgeoefend.¹²¹ Naar huidig recht is de vervoerder naar Nederlands recht een retentierecht toegekend. Daarmee vervalt de noodzaak van een volgrecht. Het is ook niet meer in de wet opgenomen.¹²² De huidige situatie is bevredigend, de vervoerder wordt voldoende beschermd met een retentierecht, en voor overname van het Duitse recht op dit punt zie ik daarom geen noodzaak.

3.7 Zekerheid op goederen onderweg

3.7.1 Zaken onder een vervoerder. Retentierecht voor bank en expediteur

Situaties van middellijk houderschap komen in twee vormen voor. De eerste figuur is hiervoor besproken, daarbij was steeds sprake van inschakeling van een hulppersoon. De opdrachtgever van de hulppersoon houdt daarbij de middellijke macht over de zaak. De hulppersoon heeft de macht over de zaak verkregen door middel van de opdrachtgever. De macht over de zaken is dus verschaft door een *onmiddellijk* houder of bezitter. Deze gevallen heb ik ook wel aangeduid als onderhouderschap (*sub-bailment*).

In deze paragraaf gaat het om de tweede situatie waarin middellijk houderschap zich kan voordoen. De middellijke macht over de zaak wordt daarbij verschaft door een *middellijk* houder of bezitter. De zaak zelf blijft liggen onder de onmiddellijke houder. Ik heb dit hiervoor aangeduid als een houderschap *longa manu* (*bailment by attornment*). Voorbeelden zijn de bewaarneming en vervoer. Wanneer een afzender de zaken overdraagt aan een derde, dan verkrijgt deze derde de middellijke macht over de zaak, terwijl de zaak zelf blijft liggen onder de vervoerder. De derde kan daarna een retentierecht op de zaak uitoefenen, omdat hij de middellijke macht

119. Art. 491 oud-K (zeevervoer) en 831 oud-K (binnenvaart) regelen dat de vracht pas na aflevering is verschuldigd. Art. 493 oud-K (zeevervoer) en 833 oud-K (binnenvaart) geven aan dat de vervoerder de zaken niet onder zich mag houden, wel mag hij zekerheidsstelling vorderen. Dit is geen retentierecht. Cleveringa 1961, p. 603. Rb. Rotterdam 16 december 1958, *S&S* 1959, 39 (*Buccaneer*). Hof 's-Gravenhage 4 mei 1960, *NJ* 1961, 254; *S&S* 1961, 41 (*Buccaneer*). Vgl. verder Hof Amsterdam 21 mei 1929, *NJ* 1929, p. 1173-1175 (*Hollandsche Stoombootmaatschappij/Brill*) en Ktg. Rotterdam 9 februari 1943, *NJ* 1943, 568 (*Algarve*).

120. Art. 500 oud-K (zeevervoer) en 837 oud-K (binnenvaart). Pres. Rb. Amsterdam 27 september 1937, *NJ* 1938, 308.

121. Het voorrecht van de vervoerder is te vinden in art. 318h oud-K (zeevervoer) en 766 oud-K (binnenvaart). Over het behoud van het voorrecht, Cleveringa 1961, p. 606-607.

122. Art. 8:222 BW regelt het voorrecht op zaken aan boord van een zeeschip. Een voorrecht bestaat alleen in het geval een retentierecht kan worden ingeroepen (8:489 BW). Dit voorrecht gaat teniet na aflevering van de zaken (8:227 BW), behoudens het geval dat de zaken onder een derde zijn opgeslagen (8:490 BW). Een volgrecht is dus niet geregeld. Een uitzondering is art. 8:228 BW dat de verkoper van brandstof voor machines, van ketelwater, levensmiddelen of scheepsbenodigdheden een reclamerecht toestaat tot 48 uur na het einde van de levering. Zie art. 8:832 BW voor de binnenvaart.

over de zaak heeft. In deze paragraaf zal het accent liggen op het retentierecht; het pandrecht blijft grotendeels buiten beschouwing.¹²³

Nadat de zaken aan een vervoerder zijn overhandigd is de eigenaar van de zaken middellijk bezitter van de zaken geworden. Deze eigenaar kan de zaken verkopen. Na de overdracht heeft de koper, als eigenaar, het middellijke bezit van de zaken verkregen. De eigenaar kan ook besluiten om een goederenrechtelijk recht op de zaken te doen vestigen. Hij kan de zaken bijvoorbeeld in pand geven. De derdevervoerder gaat de zaken dan houden voor de pandhouder. De pandhouder moet worden gekwalificeerd als een middellijk houder. De vraag rijst of de eigenaar ook de middellijke macht over de zaken kan verschaffen, waarna een retentierecht op de zaken kan worden uitgeoefend. Er is dan sprake van een retentierecht bij middellijk houderschap van de zaken. Dat kan van belang zijn voor banken en expediteurs.

Banken krijgen in veel gevallen een vervoerdocument onder zich uit hoofde van een documentair krediet. Bij deze betalingsregeling wordt afgesproken dat de bank tot betaling zal overgaan tegen presentatie van de juiste documenten, waaronder meestal een cognossement. De bank bedingt op dit cognossement meestal een pandrecht.¹²⁴ Toch kan de bank onder omstandigheden belang hebben bij een retentierecht op het cognossement.¹²⁵ Er zijn bijvoorbeeld twee banken bij het documentair krediet betrokken. Naast de openende bank (*issuing bank*) is er nog de confirmerende bank (*confirming bank*). In hoofdstuk 6 zal ik betogen dat de confirmerende bank een pandrecht op het cognossement verkrijgt, ondanks dat hij geen overeenkomst heeft gesloten met de pandgever-koper. Wil men dit betoog niet aanvaarden, dan komt hem in ieder geval een retentierecht toe.¹²⁶

Dit retentierecht op cognossement is ook van belang in de situatie dat de koper failliet is gegaan. De bank blijft, ondanks het faillissement van de koper, gehouden uit te betalen aan de verkoper wanneer deze de juiste documenten overlegt. Men kan zich echter afvragen of de bank op dat moment nog wel een pandrecht op het cognossement kan verkrijgen, omdat de koper beschikkingsonbevoegd is geworden door het faillissement (23 Fw).¹²⁷ In hoofdstuk 6 zal ik betogen dat de bank nog wel een pandrecht op het cognossement kan verkrijgen, omdat hij de eigendom van de verkoper krijgt en het cognossement gaat houden voor de koper onder voorbehoud van zijn pandrecht. Opnieuw geldt, dat als men dit resultaat niet wil aanvaarden, de bank in ieder geval nog een retentierecht op het cognossement kan uitoefenen.

Het spreekt voor zich dat de bank niet alleen belang heeft bij een retentierecht op cognossement als stuk papier, maar dat hij hiermee ook een retentierecht kan

123. Het pandrecht op cognossement, en daarmee op de zaken, komt aan bod in hoofdstuk 6 en 7.

124. Boon 1997, p. 353. Gutteridge & Megrah/King 2001, p. 247 e.v. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 289-292 noemt naast het pandrecht de mogelijkheid van een eigendomsrecht. De bank kan verder volstaan met andere vormen van zekerheid. Zie hiervoor hoofdstuk 7.

125. De bank bedingt niet in de algemene bankvoorwaarden een retentierecht. Het zal dus gaan om het wettelijke retentierecht als genoemd in art. 3:290 BW. Voor het retentierecht van de bank op documenten: Boon 1997, p. 369-379.

126. Boon 1997, p. 369 e.v., i.h.b. p. 375. Cahen 1964, p. 202 (voor het herroepelijk krediet). Van Delden & Bannier 1999, p. 62.

127. De bank kan zich daarbij niet erop beroepen dat hij te goeder trouw is in de zin van art. 3:238 BW vanaf het moment dat het faillissement is bekendgemaakt (35 lid 3 Fw). Sniijders & Rank-Berenschot 2007, p. 462-463.

uitoefenen op de zaken zelf. Een geval dus van retentierecht met middellijk houderschap op de zaken.

Ook buiten cognossement kan zich de vraag naar een retentierecht bij middellijk houderschap voordoen. Het overgrote deel van het vervoer geschiedt zonder dat een cognossement is uitgegeven.¹²⁸ Wel kan een vrachtbrief zijn afgegeven.¹²⁹ Een bank verkrijgt dan bijvoorbeeld bij een documentair krediet geen cognossement, maar een vrachtbrief onder zich waarop hij als geadresseerde wordt aangeduid.

Kan hij de middellijke macht over de zaken uitoefenen wanneer hem alle exemplaren van de vrachtbrief zijn overhandigd en hem derhalve een beschikkingsrecht ten aanzien van de zaken is toegekend (vgl. artikel 12 lid 2 CMR)? We zullen deze vraag hierna beantwoorden. Hetzelfde geldt voor het geval in het geheel geen vervoerdocument is uitgegeven,¹³⁰ maar de bank kan beschikken over een *right of control*, zoals in de Rotterdam Rules is opgenomen (Chapter 10 Rotterdam Rules). In al deze gevallen is het de vraag of de rechthebbende op een dergelijk recht uit de vervoerovereenkomst ook tevens de middellijke macht over de zaken toekomt. Immers in dat geval kan hij een retentierecht op de zaken uitoefenen.

Naast de bank kan ook de expediteur belang hebben bij een retentierecht op de zaken in het geval de zaken onder een vervoerder liggen. De expediteur bedingt een pand- en retentierecht in zijn algemene voorwaarden. Niet altijd zal zijn pandrecht echter tot stand komen. De vraag is dan of hij in dat geval een beroep kan doen op een retentierecht. Dit kan zich zowel voordoen in de situatie dat een cognossement is uitgegeven als in de situatie waarin niet sprake is van een cognossement. In *Heliopolis Star*¹³¹ had de verzendexpediteur een cognossement onder zich. Omdat de vestigingshandeling niet op de juiste wijze had plaatsgevonden, kon de expediteur geen pandrecht op het cognossement en daarmee op de lading uitoefenen. De advocaat-generaal Asser stelt dat de expediteur ook geen retentierecht op de lading door middel van het cognossement toekwam.¹³² De expediteur kon dus alleen een retentierecht op het cognossement als stuk papier uitoefenen. Ook als het cognossement wel op de juiste wijze is uitgesteld, kunnen er problemen optreden. Bijvoorbeeld als er sprake is van een keten van expediteurs. De laatste zal dan niet contracteren met een beschikkingsbevoegde partij. De vraag is dan of het retentierecht op cognossement uitkomst kan bieden. Hetzelfde probleem treedt op bij de ontvangstexpediteur, wanneer de koper het cognossement onder eigendomsvoorbehoud heeft verkregen. De koper is dan niet beschikkingsbevoegd om een pandrecht te doen vestigen dat kan worden tegengeworpen aan de verkoper van de zaken. De verkoper kan de zaken weer willen opeisen in het geval de koopovereenkomst is ontbonden. De vraag is dan of de ontvangstexpediteur met een reten-

128. Proctor 1997, p. 85-86. Wilson 2010, p. 159.

129. Art. 8:915 BW (binnenvaart) en 8:1119 BW (wegvervoer).

130. Vgl. art. 35 Rotterdam Rules. Claringbould 2010b, p. 106 stelt dat er tegenwoordig veel documentloos vervoer plaatsvindt. De achtergrond hiervan is dat de middelen van elektronische communicatie (e-mail, internet) zo goed ontwikkeld zijn, dat ook met een vervoerder op zee gecommuniceerd kan worden.

131. HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Hierover: Van der Ziel 1998b en Van der Lelij 1997a. In Hof 's-Gravenhage 27 januari 2009, S&S 2009, 60 (*Afovos of Schilinsky/Wirtz*) ging het om de uitoefening van een pand- en retentierecht van de expediteur op een delivery order. In hoofdstuk 6 wordt deze uitspraak nader besproken.

132. De expediteur had daarom beslag op de zaken moeten leggen. Ov. 2.28-2.33 van de conclusie van advocaat-generaal Asser. Zie verder Van de Ziel 1998b, p. 129.

tierecht op het cognossement ook een retentierecht heeft op de lading en dat aan de verkoper kan tegenwerpen.

Deze problemen kunnen uiteraard ook buiten cognossement spelen. In de eerste plaats is de vraag wat de oplossing moet zijn in het geval de verzendexpediteur optreedt als afzender van de vervoerder. Hierna zal worden betoogd dat zulks niet voldoende is voor een retentierecht op lading. Hetzelfde geldt voor de situatie dat de ontvangstexpediteur als geadresseerde op de vrachtbrief staat vermeld en de beschikkingsmacht over de zaken verkrijgt.

In de volgende paragraaf vindt eerst bespreking plaats van enkele rechten uit de vervoerovereenkomst, namelijk het recht op afgifte, het beschikkingsrecht uit de CMR en de CMNI en het *right of control* uit de *Rotterdam Rules* (§ 3.7.2). Vervolgens wordt gezocht naar een antwoord op de vraag welke invloed de rechten uit de vervoerovereenkomst hebben op de vraag naar het middellijke houderschap en daarmee op het retentierecht voor de middellijke houder (§ 3.7.3).

3.7.2 Rechten uit de vervoerovereenkomst

3.7.2.1 *Recht op afgifte uit de vervoerovereenkomst*

Het recht op afgifte van de roerende zaken komt toe aan de contractuele wederpartij van de vervoerder. Dat is in de eerste plaats de afzender. De afzender heeft dus uit de vervoerovereenkomst een recht op afgifte van de zaken.¹³³ Dit recht op afgifte van de zaken kan ook toekomen aan een derde. Dat gebeurt wanneer de derde het cognossement op geldige wijze krijgt overgedragen. De recht- en regelmatige houder van het cognossement kan daarna het recht op afgifte van de zaken uitoefenen (8:441 BW). Deze derde kan dit recht op afgifte uit de vervoerovereenkomst uitoefenen, omdat hij is toegetreten tot de vervoerovereenkomst en daarmee partij is geworden bij de vervoerovereenkomst. Als partij bij de vervoerovereenkomst kan hij de rechten uit de vervoerovereenkomst uitoefenen. Hetzelfde geldt voor een geadresseerde op een vrachtbrief. De geadresseerde die aflevering vordert van de vervoerder kan dat alleen doen als hij partij is geworden bij de vervoerovereenkomst.¹³⁴

3.7.2.2 *Beschikkingsrecht in CMR en CMNI*

Een ander recht uit de vervoerovereenkomst is het beschikkingsrecht van de afzender en de geadresseerde, zoals dat is opgenomen in de CMR en de CMNI.¹³⁵ In artikel 12 CMR is het beschikkingsrecht (*right of disposal; droit de disposition*) opgenomen. Dit beschikkingsrecht komt toe aan de afzender. Hij heeft de bevoegdheid om het vervoer te doen ophouden, de plaats bestemd voor de aflevering van de goederen te wijzigen of de goederen te laten leveren aan een andere geadresseerde dan in de vrachtbrief aangegeven (12 lid 1 CMR). Dit beschikkingsrecht gaat over de geadresseerde op het moment dat het tweede exemplaar van de vrachtbrief aan hem is overhandigd (12 lid 2 CMR) of als hij, nadat de goederen op de plaats van bestem-

133. Asser 7-I/Japikse 2004, nr. 155. Van der Lelij 1996, p. 73-74.

134. De dogmatische constructie is hierbij het derdenbeding (6:253 BW). Zie hiervoor hoofdstuk 2 en 6.

135. Art. 12 CMR en 14-15 CMNI.

ming zijn aangekomen, afgifte van het tweede exemplaar van de vrachtbrief eist en de goederen aan hem worden afgeleverd (13 lid 1 CMR). De afzender kan ook in de vrachtbrief laten opnemen dat de geadresseerde het beschikkingsrecht toekomt (12 lid 3 CMR). Het beschikkingsrecht (*right of disposal, droit de disposer*) in de CMNI heeft een vrijwel gelijke inhoud (14-15 CMNI).

Het beschikkingsrecht komt dus toe aan de afzender of de geadresseerde. Wil een bank daarom zekerheid verkrijgen op de vrachtbrief dan zal hij zich als geadresseerde op de vrachtbrief moeten laten aanduiden. Wilson¹³⁶ maakt echter duidelijk dat dit geen attractieve oplossing is. In de eerste plaats kan de afzender van de vervoerder vorderen dat hij niet aan de geadresseerde aflevert, maar aan een door hem aangewezen derde. In de tweede plaats is de bank door de aanduiding als geadresseerde nog niet bevoegd om te beschikken over de zaken. Men kan hieraan nog toevoegen dat de bank door de aanduiding als geadresseerde betrokken raakt bij de vervoerovereenkomst en daarmee het risico loopt om aangesproken te worden voor de vracht en andere vorderingen.¹³⁷ De geadresseerde-bank kan wanneer hij het beschikkingsrecht heeft verkregen een derde aanwijzen aan wie moet worden afgeleverd. Dit zal dan de koper zijn.

In de praktijk zijn pogingen gedaan om de vrachtbrief aantrekkelijker te maken voor banken. Deze pogingen komen er steeds op neer dat de afzender in de vrachtbrief verklaart dat het beschikkingsrecht gedurende het gehele transport toekomt aan de geadresseerde op het cognossement.¹³⁸ Met al deze pogingen wordt de vrachtbrief echter nog geen zakenrechtelijk waardepapier, zoals het cognossement.

3.7.2.3 *Right of control in de Rotterdam Rules. Het betoog van Van der Ziel*

De *Rotterdam Rules* regelen het *right of control (droit de contrôle)* in hoofdstuk 10 (artikel 50-56). Van der Ziel vertaalt dit met de term 'instructierecht'.¹³⁹ Het lijkt echter sterk op het hiervoor behandelde beschikkingsrecht uit de CMR en de CMNI. Het *right of control* was niet opgenomen in eerdere vervoerrechtelijke verdragen over zee.¹⁴⁰ De reden dat het *right of control* is opgenomen in de *Rotterdam Rules* is onderdeel van een antwoord op de vraag of voor het cognossement niet een elektronisch equivalent ontwikkeld kan worden.¹⁴¹ Het *right of control* is namelijk niet voorbehouden aan een afgegeven cognossement, maar kan idealiter ook een rol gaan spelen in een handel die zich volledig elektronisch voltrekt (*e-commerce*).

136. Wilson 2010, p. 160.

137. Dat is de reden waarom Europese banken een cognossement zich meestal in blanco laten endosseren. Dan blijkt niet uit het cognossement dat de bank het cognossement onder zich heeft gehad. Vgl. Boon 1997, p. 333. Overigens laten Afrikaanse banken zich wel graag als geadresseerde aanduiden in het cognossement.

138. In de CMI Uniform Rules for Sea Waybills is in Rule 6 (ii) de mogelijkheid opgenomen dat de afzender het *right of control* toekent aan de geadresseerde. Wilson 2010, p. 161. Daarnaast kan op de vrachtbrief een NODISP-clausule zijn opgenomen. Hiermee verklaart de afzender dat hem niet het beschikkingsrecht (no disposal) over de lading toekomt. Proctor 1997, p. 87, 93. Ramberg 1988, p. 9. Bij een documentair krediet zien we soms dat de bank genoeg neemt met een vrachtbrief. Vrz.rechter Rb. Amsterdam 12 februari 2002, *S&S* 2002, 88 (*Orces Design/ING Bank, CMR-vrachtbrief bij documentair krediet*). Opgenomen kan zijn in de vrachtbrief dat alleen na presentatie van de vrachtbrief mag worden afgeleverd. Rb. Rotterdam 23 januari 1997, *S&S* 1999, 21 (*Wiener/Intercontor*).

139. Van der Ziel 2010a, p. 9, Van der Ziel 2003, p. 121 en Van der Ziel 1999, p. 28.

140. De Hague Rules, aangevuld met de Visby Rules en de Hamburg Rules.

141. Vgl. Van der Ziel 2010a, p. 2-3, p. 9.

Voorop moet worden gesteld dat het *right of control* een recht is dat voortvloeit uit de vervoerovereenkomst.¹⁴² Het geeft de wederpartij van de vervoerder een drietal bevoegdheden dat hij kan uitoefenen (50 RR). Het eerste recht is het geven van instructies met betrekking tot de zaken. Het gaat dan bijvoorbeeld om temperatuurinstructies of wanneer de zaken dienen te worden afgeleverd.¹⁴³ Het tweede recht is het wijzigen van de plaats van aflevering. Het derde recht is aanwijzen van een ander dan de geadresseerde aan wie moet worden afgeleverd. Het *right of control* lijkt qua inhoud sterk op het beschikkingsrecht uit de CMR en de CMNI.

Dat neemt niet weg dat het bereik van het *right of control* ruimer is dan het beschikkingsrecht uit CMR en CMNI. Het beschikkingsrecht uit de CMR en de CMNI geldt alleen voor situaties waarin sprake is van een vrachtbrief. De *right of control* uit de Rotterdam Rules geldt ook voor situaties waarin sprake is van een cognossement op naam (51 lid 2 RR), aan order of toonder (51 lid 3 RR), een verhandelbaar elektronisch document (51 lid 4) en overige gevallen (51 lid 1) waaronder dan de vrachtbrief en het documentloos vervoer kunnen worden begrepen.¹⁴⁴

De *controlling party* heeft het exclusieve instructierecht ten aanzien van de zaken.¹⁴⁵ Het is Van der Ziel, nauw betrokken bij de totstandkoming van de Rotterdam Rules, die in verschillende publicaties heeft gewezen op het belang van het *right of control*. Het belang is daarin gelegen dat het *right of control* een hulpmiddel kan zijn voor de gerechtigde op de zaken om zijn rechten op de zaken te effectueren. Een onbetaalde verkoper kan naar Nederlands recht beslag leggen op de lading, naar Engels recht kan hij onder omstandigheden het recht van *stoppage in transitu* uitoefenen. Voor de uitvoering hiervan kan hij gebruikmaken van zijn *right of control*, door zichzelf als geadresseerde aan te wijzen. Ook banken kunnen hiermee geholpen zijn. De bank kan zijn recht van parate executie uitoefenen (3:248 BW), door een derde, een koper, als geadresseerde aan te wijzen.¹⁴⁶ Zijn *right of control* helpt dus om de door hem bezeten goederenrechtelijke rechten gemakkelijk te effectueren. Tot zover lijkt me de opvatting van Van der Ziel juist.¹⁴⁷ Van der Ziel gaat echter verder en laat het *right of control* niet alleen een rol spelen bij het effectueren van een bepaald goederenrechtelijk recht op de zaken, zoals een pandrecht, maar wil het *right of control* ook een rol laten spelen bij de vraag of

142. En dat wordt duidelijk door art. 1 lid 12 RR: 'Right of control' of the goods means the right under the contract of carriage to give the carrier instructions in respect of the goods in accordance with chapter 10.

143. Claringbould 2010b, p. 123. Van der Ziel 2008, p. 601. Van der Ziel 2009, p. 249.

144. Opmerking verdient dat de Rotterdam Rules niet het woord 'bill of lading' gebruiken, maar een andere terminologie hanteert. Ik heb de terminologie hier vertaald naar de huidige praktijk. In de literatuur klinkt, naar mijn mening terecht, kritiek dat de *right of control* zich ook uitstrekt tot orderen toondercognossementen. De houder ervan heeft immers al het exclusieve recht op aflevering van de zaken (8:441 BW) Hij kan bovendien een derde aanwijzen aan wie geleverd moet worden door het cognossement over te dragen. De *right of control* voegt hier niets aan toe. Vgl. Claringbould 2010b, p. 132-133. Diamond 2009, p. 525-526. Debattista 2009, nr. 51-16 – 51-21.

145. De exclusiviteit komt naar voren in art. 50 RR: 'the right of control may be exercised only by the controlling party'.

146. Van der Ziel 2008-2009, p. 378. Zunarelli & Alvisi 2010, p. 222.

147. Dat zagen we ook bij de vrachtbrief, waar de bank zich kan laten aanduiden als geadresseerde. In combinatie met de vestiging van een pandrecht op de zaken kan dit zeer effectief blijken (zie § 6.3.2).

er sprake is van een bepaald recht op de zaken. Het gaat dan om de totstandkoming van een bepaald goederenrechtelijk recht, zoals het eigendomsrecht of het pandrecht. Van der Ziel merkt op:

‘In addition, a transfer of the right of control of the goods under a contract of carriage, for instance by the shipper to the consignee, may express the intention between the parties to transfer the property in the goods. Alternatively, when for the validity of a pledge in the goods a certain level of possession is required, the possession of the right of control of the goods under the contract of carriage may fulfil this requirement.’¹⁴⁸

Van der Ziel suggereert hiermee dat de middellijke macht verkregen wordt over de zaken door middel van het *right of control*.¹⁴⁹ Elders werpt hij op dat het ontbreken van het *right of control* met zich mee kan brengen dat niet voldaan is aan de vereisten voor de totstandkoming van een pandrecht. Waarschijnlijk bedoelt hij dat de pretese pandhouder niet de macht over de zaken kan uitoefenen, door het ontbreken van het *right of control*. Dat culmineert dan in de opvatting dat de overdracht van het *right of control* naar nationaal recht zou kunnen worden opgevat als een overdracht van eigendom van de zaken. Evenzo kan het terughouden van het *right of control* worden opgevat als het uitoefenen van een eigendomsvoorbehoud.¹⁵⁰ De gedachten die hier worden opgeworpen door Van der Ziel zal ik nu plaatsen in het licht van de vraag wanneer middellijke macht over de zaken ontstaat. Immers dan pas kan een retentierecht of een pandrecht tot stand komen.

3.7.3 Retentierecht bij middellijke macht in het vervoer

3.7.3.1 Rechten uit de vervoerovereenkomst en machtsverschaffing door de eigenaar

Het beschikkingsrecht uit de CMR en de CMNI, en het *right of control* uit de *Rotterdam Rules* vloeien voort uit de vervoerovereenkomst. Het gaat dus om contractuele bevoegdheden van de wederpartij van de vervoerder en niet om een goederenrechtelijk recht op de zaken, zoals een eigendomsrecht, pandrecht of retentierecht.

In het voorgaande (§ 3.4.3) is betoogd dat niet de overeenkomst tussen de onmiddellijke houder (in dit geval: de vervoerder) en zijn wederpartij doorslaggevend is voor de vraag voor wie de onmiddellijke houder houdt.¹⁵¹ Dit betekent noodzakelijk dat het recht op afgifte van de zaken, het beschikkingsrecht en het *right of control* niet onlosmakelijk verbonden zijn met het houderschap van de zaken voor de wederpartij van de vervoerder. We kunnen dit verband zo uitdrukken. In het geval de vervoerder houdt voor zijn wederpartij, dan heeft die wederpartij steeds ook het recht op afgifte uit de vervoerovereenkomst. Dit kan men echter niet altijd omdraaien: het recht op afgifte uit de vervoerovereenkomst betekent nog niet noodzakelijk dat de vervoerder houdt voor zijn wederpartij.

148. Van der Ziel 2009, p. 246.

149. Van der Ziel 2008-2009, p. 383.

150. Van der Ziel 2008-2009, p. 384.

151. De vervoerder kan niet eenzijdig bewerkstelligen voor wie hij houdt (3:111 BW). Vgl. ook al: Sanders 1912, p. 245.

Het lijkt erop alsof Van der Ziels opmerkingen in de vorige paragraaf (§ 3.7.2.3) altijd met zich meebrengen dat een *right of control* betekent dat de vervoerder voor de *controlling party* houdt. Hij stelt immers dat het bezit van het *right of control* met zich zou kunnen meebrengen dat hiermee voldoende bezit is verkregen om een pandrecht op de zaken te kunnen uitoefenen. Hiermee koppelt hij een recht uit de vervoerovereenkomst, het *right of control*, aan het begrip houderschap op zo'n manier dat het houderschap lijkt te volgen uit het zijn van *controlling party*. Dat lijkt me te ver gaan, zoals ik hieronder nog laat zien.

Hetzelfde verband suggereert ook Van der Lelij in zijn dissertatie ten aanzien van de zakenrechtelijke waardepapieren. Hij begint met de juiste opmerking dat een detentieverhouding kan ontstaan door uitvoering van een obligatoire rechtsverhouding, zoals bewaarneming of vervoer. Vervolgens gaat hij door en komt tot het standpunt dat houderschap voor een ander zonder verbintenis die strekt tot afgifte van de zaak ondenkbaar is.¹⁵² Daargelaten dat hij hiermee geen situaties bespreekt waarbij zaken gehouden worden buiten overeenkomst, kan ik hier ook nog mee instemmen. Maar hij laat in het vervolg onvoldoende doorklinken dat de rechthebende op het recht op afgifte niet noodzakelijk ook middellijk houder is van de zaken. Zo stelt hij dat de vervoerder altijd houdt voor de cognossementhouder.¹⁵³ Die stelling lijkt mij te ver gaan. Wel kan worden gesteld dat in de meeste gevallen de vervoerder houdt voor de cognossementhouder omdat de cognossementhouder meestal in een goederenrechtelijke rechtspositie ten opzichte van de zaken staat. In het gewone geval houdt de vervoerder dus inderdaad voor de cognossementhouder.¹⁵⁴

In het geval de cognossementhouder echter in het geheel geen goederenrechtelijk recht op de zaken pretendeert, zou ik menen dat de vervoerder houdt voor de goederenrechtelijk gerechtigde op de zaken, de eigenaar, en niet voor degene met uitsluitend een verbintenisrechtelijk recht op afgifte.¹⁵⁵ Een ontvangstexpediteur die uitsluitend optreedt als recht- en regelmatig houder en verder geen pand- of retentierecht op het cognossement of de zaken pretendeert, is slechts in verbintenisrechtelijk opzicht gerechtigd en is daarom naar mijn mening geen middellijke houder van de zaken.

In het Engelse recht zijn verschillende voorbeelden bekend waarin het cognossement op geldige wijze is overgedragen (de houder van het cognossement is de *lawful holder*), zonder dat deze de middellijke macht over de zaken heeft verkregen.

Het voorbeeld waarin het cognossement op geldige wijze is overgedragen, maar geen middellijke macht ontstaat op de zaken is *The Future Express*.¹⁵⁶ Hier nam de rechter aan dat verkoper en koper hebben beoogd dat de

152. Van der Lelij 1996, p. 24, 27-29.

153. Van der Lelij 1996, p. 87-93.

154. Cleveringa 1961, p. 652: 'Het cognossement is (...) de verreikende arm, waarmee de regelmatige houder ervan de feitelijke heerschappij over het goed voert. Door het cognossement heeft hij de goederen onder zich, alsof hij ze werkelijk onder zich had.' Vgl. ook Schadee, in Rb. Rotterdam 26 januari 1954, NJ 1954, 659 (*Boschfontein*) en HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt WMK (*Nieuwe Matex of FNCB/Easco*).

155. Zwitser 2005, p. 169. Zo ook, hoewel enigszins verhuld: Cahen 1964, p. 1-2.

156. *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD) en *The Future Express* [1993] 2 Lloyd's Rep. 542 (CA). Hierover: Zwitser 2011.

eigendom van de zaken los van het cognossement overgaat op de koper. De bank werd wel houder van het cognossement, maar verkreeg daarmee nog geen pandrecht op het cognossement.¹⁵⁷ Uiteraard kan hij wel de vervoerder uit de vervoerovereenkomst aanspreken omdat hij aflevert zonder presentatie van het cognossement.¹⁵⁸

Meer impliciet volgt hetzelfde uit de *East West*-case.¹⁵⁹ In deze zaak was sprake van een documentair incasso waarbij de koper weigerde de documenten aan te nemen. Het cognossement was aan de bank geëndosseerd, maar de bank had hierop geen zekerheidsrecht bedongen. Nadat de koper heeft geweigerd de documenten aan te nemen, geeft de bank het cognossement terug aan de verkoper, maar zonder aan de verkoper te endosseren. De verkoper wil vervolgens de vervoerder aanspreken omdat die de lading zonder presentatie van het cognossement heeft afgeleverd. De rechter oordeelt dat de verkoper de vervoerder kon aanspreken op grond van *bailment* (houderschap). De vervoerder hield de lading niet voor de cognossementhouder, maar voor verkoper als eigenaar van de lading.¹⁶⁰ Hieruit volgt dat de bank, ook ten tijde dat hij het cognossement onder zich had, niet de middellijke macht over de lading uitoefende.

Datzelfde geldt ook voor de beide andere genoemde rechten uit de vervoerovereenkomst. De houder van een vrachtbrief kan het beschikkingsrecht hebben over de zaken of de *controlling party* kan een *right of control* hebben. Dit verbintenisrechtelijk recht brengt echter niet noodzakelijk met zich mee dat middellijk houderschap bestaat op de zaken. Daartoe moet een goederenrechtelijk recht op de zaken zijn verkregen.

De vraag voor wie de vervoerder houdt moet daarom niet worden beantwoord vanuit de vervoerovereenkomst, maar vanuit de vraag aan wie de rechthebbende op de zaak de macht over de zaak heeft verschaft. Het is duidelijk dat de eigenaar de macht over de zaak heeft verschaft aan de vervoerder. Of de cognossementhouder,

157. *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79, 93: 'What is important however is that Dalali [de koper, HL] obtained both the property in the goods and also possession of them long before the bills of lading came into the possession of the bank. There was no stage before Dalali obtained the property in and possession of the goods, when the bank can be said to have had actual or constructive possession of them. Long before that stage had been reached the goods had been discharged and dispersed.'

158. In *The Future Express* kon de bank dat overigens niet, omdat deze zaak nog onder de oude Bill of Lading Act 1855 was geweest. Deze Act vereiste dat het recht op aflevering alleen toekwam aan de cognossementhouder wanneer deze de *property* had. Nu hier werd aangenomen dat de bank geen pandrecht had verkregen op het cognossement, kon daarom ook de vervoerder niet uit de vervoerovereenkomst worden aangesproken. Met de Carriage of Goods by Sea Act 1992 is dit probleem opgelost. Vgl. *Kum v. Wah Tat Bank* [1971] 1 Lloyd's Rep. 439 waar de koppeling tussen cognossement en goederen wordt aangegeven. Zie ook *Official Assignee of Madras v. Mercantile Bank of India* [1935] A.C. 53.

159. *East West Corporation v. Dkbs 1912 and Akts Svendborg* [2002] 2 Lloyd's Rep. 182 (QBD) en [2003] 1 Lloyd's Rep. 239 (CA).

160. *East West Corporation v. Dkbs 1912 and Akts Svendborg* [2003] 1 Lloyd's Rep. 239, 252 (CA): 'The present case is not one of bailment and sub-bailment, at least of the container loads of goods. There was in respect of each consignment of goods only one original bailment. In relation to the shipping documents themselves, the Chilean banks were, on the face of it, bailees, but, even assuming that the delivery to them of the bills of lading passed to them a constructive or symbolic possessory interest in the goods vis-à-vis the shipping lines, the Chilean banks cannot realistically be viewed as bailees of the goods vis-à-vis the respondents.'

de houder van een vrachtbrief, of de rechthebbende op een recht op afgifte, beschikingsrecht of *right of control*, tevens middellijk houder is, is een andere vraag. Mijns inziens is daarbij het doorslaggevend criterium of de pretense middellijke houder een recht op afgifte heeft jegens de middellijke bezitter.¹⁶¹ Daaruit kan dan het vermoeden volgen dat de eigenaar aan hem de middellijke macht over de zaken heeft verschafft.

3.7.3.2 Retentierecht en cognossement

Een retentierecht op een zakenrechtelijk waardepapier, zoals een cognossement, is mogelijk.¹⁶² Het gevolg is niet alleen een retentierecht op het papier, maar ook op de vordering tot afgifte van de zaken,¹⁶³ en onder omstandigheden een retentierecht op de zaken. Het is het laatste element dat hier de aandacht vraagt. Het cognossement wordt meestal aangeduid als een zakenrechtelijk waardepapier (*document of title*). Daarmee wordt bedoeld dat door middel van de macht over het cognossement, de macht over de zaken kan worden uitgeoefend. Dit wordt uitgedrukt in artikel 8:417 BW.¹⁶⁴ Hierin is opgenomen dat levering van het cognossement, vóór de aflevering van de daarin vermelde zaken door de vervoerder, geldt als levering van die zaken. De leveringshandeling voltrekt zich in beginsel door middel van bezitsverschaffing (3:90 BW). De enkele bezitsverschaffing heeft echter niet noodzakelijk tot gevolg dat de koper van de zaken ook eigenaar wordt. De levering maakt namelijk onderdeel uit van de overdracht (3:84 BW). Aan de levering dient een geldige titel ten grondslag te liggen.¹⁶⁵ Ontbreekt de titel dan kan de eigendom niet overgaan. Hetzelfde geldt voor het pandrecht. Het verschaffen van de macht over de zaken aan de pretense pandhouder is niet voldoende om het

161. Of een andere middellijk houder. Vgl. § 3.4.1.

162. Zie paragraaf 3.2.

163. Een retentierecht op een vorderingsrecht is niet mogelijk. Is het vorderingsrecht echter in een order-of-toonderpapier 'belichaamd', dan heeft dit tot gevolg dat met het retentierecht op het waardepapier tevens een retentierecht op het vorderingsrecht ontstaat. De rechten uit het papier volgen de rechten op het papier. Fesevur 1988, p. 95, 97. Aarts 1990, p. 155. Fesevur 1992a, p. 46. Lamine 1981, p. 102 (nr. 80). Lamine 1993, p. 58 (nr. 81). Kruissen 2008, p. 42-43. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 723. Een retentierecht op het vorderingsrecht ontstaat alleen wanneer de houder van het papier gelegitimeerd is uit het papier. HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringboud; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Duits recht: MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369, nr. 50. Is de houder niet gelegitimeerd dan kan hoogstens een retentierecht op het papier bestaan, maar niet op de vordering uit het papier. Door middel van een retentierecht op een papier op naam kan echter niet de vordering uit het papier worden teruggehouden. Hier is geen sprake van 'belichaming'. Fesevur 1992a, p. 46. Fesevur 1988, p. 97. Aarts 1990, p. 155. PG Boek 7 BW, p. 385 (art. 7.7.3.2). Anders: Brunner 1974, p. 807. Pres. Rb. Alkmaar 20 april 1976, NJ 1977, 135; BR 1977, p. 540-543, m.nt. A.R. Bloembergen (*Witlou/Res*). In deze zaak hield houder Res een op zijn naam gestelde bouwvergunning terug. Duits recht: MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369, nr. 36. GroßkommHGB (Canaris) 2004, §§ 369-372, nr. 15. Schmidt 1999, p. 661. BGH 26 januari 1973, BGHZ 60, 174, 175 (pandrecht op *Grundschuldbrief* brengt nog niet met zich mee dat de rechten uit de brief zijn verpand). In een verbintenisrechtelijke opvatting waarin vorderingen niet overgaan door middel van een goederenrechtelijke levering (*cessie*, 3:93-94), maar waarin een schuldeiser toetreedt door middel van derdenbeding (6:253 BW), is de redenering anders, maar het resultaat hetzelfde. Het terughouden van het papier betekent dan dat de schuldeiser, de recht- en regelmatige houder van het papier (8:441 BW), als enige de rechten uit het papier kan uitoefenen. Dit volgt uit het gegeven dat hij schuldeiser is en niet omdat er sprake is van een retentierecht op de vordering uit het papier.

164. In HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*) is zulks overwogen voor de ceel. Zie naast art. 8:417 BW (cognossement zeevervoer), ook art. 7:607 BW (ceel), 8:50 BW (CT-document) en 8:924 BW (cognossement binnenvaart).

165. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 314. Bartels 2004, p. 67.

pandrecht tot stand te doen komen. Daarnaast moet sprake zijn van een titel van verpanding. Deze lijn moet men naar mijn mening doortrekken naar het retentierecht. Artikel 8:417 BW heeft dus ook betekenis voor het retentierecht.¹⁶⁶ Dit zou dan betekenen dat de verschaffing van macht over het cognossement geldt als verschaffing van macht over de zaken. Dit vereiste is echter niet op zichzelf voldoende. Net als voor het pandrecht moet het cognossement met de wil van de eigenaar-schuldenaar in de macht van de schuldeiser worden gebracht, wil een retentierecht tot stand komen. Is dat het geval dan kan niet alleen het cognossement worden teruggehouden, maar daarmee ook de zaken.

Een dergelijke benadering stond vermoedelijk het Hof 's-Gravenhage in de *Avofos* voor.¹⁶⁷ Het ging hier om een door de expediteur gepretendeerd pand- en retentierecht uit de Fenex-voorwaarden op een *delivery order*. Een *delivery order* moet qua rechtsgevolgen worden gelijkgesteld aan een cognossement (8:482 BW). Het Hof komt tot de conclusie dat het pandrecht tot stand komt en stelt dan dat de expediteur tevens een retentierecht had op de *delivery order* en de onderliggende lading. Deze benadering, waarin het retentierecht op het cognossement steeds doordrukt op de lading, is naar het resultaat billijk in de *Afovos*. De expediteur vormde hier een schakel in de betaling van de zaken.¹⁶⁸ De verkoper Atlantic Oils had een *delivery order* gestuurd naar de expediteur van de koper Schilinsky met de opdracht om die niet af te geven, dan nadat de koper Wirtz de koopprijs had betaald. De koper geeft te kennen aan de expediteur dat hij de koopprijs heeft betaald en de zaken heeft doorverkocht aan een subkoper. De expediteur stuurt de documenten vervolgens op naar de subkoper Nethgrain en dan blijkt dat koper Wirtz in het geheel niet heeft betaald. Hij gaat zelfs failliet. Verkoper Atlantic Oils spreekt daarop de expediteur aan. Expediteur Schilinsky slaagt erin om de documenten en de lading van de subkoper terug te kopen en geeft de documenten terug aan de verkoper. Schilinsky zoekt vervolgens verhaal op een andere lading die is gekocht door Wirtz. Schilinsky heeft de documenten die op deze lading betrekking hebben ontvangen van de verkoper. Wirtz betaalt deze lading wel en Schilinsky oefent vervolgens een pandrecht en retentierecht uit op de lading. Het Hof 's-Gravenhage oordeelt dat een pand- en retentierecht op de *delivery order* is tot stand gekomen en daarmee ook op de lading.

Een vergelijkbare benadering lijkt billijk voor de bank uit hoofde van een documentair krediet. De bank vormt hier een schakel in het betalingsverkeer. De bank bindingt tot zekerheid meestal een pandrecht op het cognossement. Het kan echter zijn dat dit pandrecht onder omstandigheden niet tot stand komt. Een voorbeeld is dat de koper failliet is gegaan en daarmee beschikkingsonbevoegd om de zaken te verpanden (23 Fw). Een pandrecht op het cognossement, en daarmee op de zaken, kan dan in beginsel niet meer tot stand komen. Een retentierecht kan dan nog wel op het cognossement worden uitgeoefend. Artikel 8:417 BW leidt dan in de regel tot het gevolg dat met het terughouden van het cognossement ook de zaken kunnen

166. Hetzelfde geschiedt naar Duits recht. Vgl. Großkomm HGB (Canaris) 2004, §§ 369-372 HGB, nr. 28.

167. Hof 's-Gravenhage 27 januari 2009, S&S 2009, 60 (*Schilinsky/Wirtz of Afovos*).

168. Vgl. hier Zwitser 2006b.

worden teruggehouden.¹⁶⁹ Dit waarborgt de bank in ieder geval een bevoorrechte positie in het faillissement (60 Fw).¹⁷⁰

Het doordrukken van het retentierecht op het cognossement naar de zaken lijkt op het eerste gezicht minder gerechtvaardigd voor de verzend- en ontvangstexpediteur. De verzendexpediteur zal in veel gevallen de zaken niet onder zich hebben gehad. De verzendexpediteur verbindt zich immers in beginsel alleen tot het doen vervoeren van de zaken (8:60 BW).¹⁷¹ De vordering die hieruit ontstaat kan nooit zeer groot zijn. Het lijkt dan *overkill* om hem toch een (contractueel) retentierecht toe te kennen voor alle huidige en oude vorderingen die hij nog heeft uitstaan op zijn opdrachtgever. Het gevolg is immers dat het cognossement niet meer door de keten van kopers en banken heen kan, naar de laatste koper. Daarmee stopt een vlot handelsverkeer.

Hetzelfde geldt voor de ontvangstexpediteur. De ontvangstexpediteur kan het cognossement onder zich krijgen en heeft dan een recht op aflevering jegens de vervoerder. Hij zal echter nog geen kosten hebben gemaakt ten aanzien van de huidige zending zaken. Het lijkt ook dan *overkill* om hem een (contractueel) retentierecht toe te staan voor vorderingen die betrekking hebben op eerdere zendingen. Dat kan van belang zijn in het geval dat de koopovereenkomst wordt ontbonden en de verkoper de zaken teruggeeft van de vervoerder. De ontvangstexpediteur kan dan door het terughouden van het cognossement voorkomen dat de verkoper de zaken weer terug krijgt.¹⁷²

De hiervoor gegeven redenering om het retentierecht aan de verzend- en ontvangstexpediteur te ontzeggen acht ik niet doorslaggevend. De verzend- en ontvangstexpediteur zal gewoonlijk met de eigenaar van de zaken contracteren. In dat geval kan ook een pandrecht op het cognossement en de zaken worden bedongen voor alle vorderingen die de verzend- of ontvangstexpediteur op de eigenaar heeft.¹⁷³

In de praktijk wordt een dergelijk pandrecht steevast bedongen in de Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004). Omdat een pandrecht daarom in de praktijk ook tot stand komt, lijkt er onvoldoende reden aanwezig om de verzend- of ontvangstexpediteur een retentierecht op het cognossement en daarmee in de regel ook op de zaken, te ontzeggen.¹⁷⁴

169. Zie hoofdstuk 6, § 6.3 voor de betekenis van artikel 8:417 BW.

170. Naar Engels recht wordt hetzelfde resultaat bereikt door middel van de zogenoemde *banker's lien*. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2006, nr. 3.63.

171. Krijgt de verzendexpediteur de zaken wel onder zich, bijvoorbeeld omdat hij bepaalde *prestations accessoires* aan de zaken moet verrichten, dan is een retentierecht op de zaken uiteraard mogelijk op het moment dat hij de zaken onder zich heeft. Zie hierover hoofdstuk 2.

172. Dit probleem is minder prangend dan bij de verzendexpediteur. Bij de ontvangstexpediteur zal de expediteur in beginsel alleen voor met de zaken samenhangende vorderingen een retentierecht kunnen uitoefenen, omdat de verkoper geldt als een oudere derde ten opzichte van de ontvangstexpediteur (3:291 lid 2 BW). Naar Engels recht is voor de vervoerder gesteld dat deze slechts een *particular lien* kan inroepen ten opzichte van de verkoper die de *stoppage in transitu* uitoefent. Carver/Colinvaux 1982, nr. 2000.

173. Zie daartoe hoofdstuk 6, § 6.1.

174. Het Duitse recht komt als ik het goed zie ook tot dit standpunt, in § 369 HGB. Naar Duits recht brengt § 369 HGB dat een retentierecht op de zaken tot stand komt in het geval de schuldeiser de zaken in zijn macht (*Besitz*) heeft gekregen of door middel van het cognossement over de zaken kan beschikken. Großkomm HGB (Canaris) 2004, §§ 369-372, nr. 28. Münchkomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 50. Een retentierecht op het cognossement kan niet gelden als een retentierecht op de zaken indien de cognossementhouder geen recht- en regelmatig houder is van het cognossement. Zie hiervoor de conclusie van advocaat-generaal Asser, onder *Heliopolis Star*, ov. 2.30.

3.7.3.3 *Retentierecht en vrachtbrief of documentloos vervoer*

In de vorige paragraaf ging het steeds om een cognossement, een zakenrechtelijk waardepapier (*document of title*). Hierbij vervult artikel 8:417 BW een belangrijke rol. Dit artikel speelt echter niet in gevallen waarin een beschikkingsrecht wordt uitgeoefend, of een *right of control* of dat een recht op afgifte uit een vrachtbrief wordt ingeroepen. In die gevallen geldt daarom onverkort dat de middellijke houder een recht op afgifte moet hebben jegens de eigenaar om een retentierecht op de zaken te kunnen invoeren.

De volgende lijnen kunnen worden uitgezet. De verzendexpediteur die de zaken overgeeft aan de vervoerder verliest in beginsel de macht over de zaken. De verzendexpediteur heeft immers geen verplichting tot afgifte van de zaken jegens de opdrachtgever. Dat is aan de orde geweest in paragraaf 3.6. Het feit dat een verzendexpediteur als afzender staat vermeld op een vrachtbrief maakt dat niet anders. Hij heeft dan wel een recht op afgifte uit de vervoervereenkomst, maar daarmee nog niet noodzakelijk een goederenrechtelijk recht op de zaken. De vervoerder zal in dat geval houden voor de eigenaar.

De bank die zich als geadresseerde op de vrachtbrief laat vermelden heeft in de meeste gevallen een verplichting tot afgifte van de zaken jegens een koper. Dat betekent dat de bank zal optreden als middellijk houder van de zaken en daarmee ook een retentierecht op de zaken toekomt, vanaf het moment dat de zaken in de eigendom van de koper zijn overgegaan.

Hetzelfde geldt voor het beschikkingsrecht en de *right of control*. De bank die een *right of control* heeft, zal in veel gevallen een verplichting tot afgifte van de zaken hebben jegens de volgende schakel. De bank is dan middellijk houder van de zaken en kan daarom een retentierecht op de zaken uitoefenen.

Wel moet voldaan zijn aan een extra vereiste. Een pandrecht kan in beginsel alleen bij middellijke macht over de zaken tot stand komen wanneer de vestiging geschiedt op de wijze van een *traditio longa manu* (3:115 sub c BW).¹⁷⁵ De verpanding moet daarom door de vervoerder worden erkend of door de pandgever of pandhouder aan de vervoerder zijn meegedeeld. Analoog daaraan zou ik menen dat voor de uitoefening van een retentierecht op de zaken bij middellijke macht ook erkenning hiervan door de vervoerder of mededeling aan de vervoerder moet plaatshebben. Daarmee is het immers voor de vervoerder duidelijk geworden dat hij voor de rentor op de zaken houdt en niet voor een derde met een ander goederenrechtelijk recht op de zaken. Artikel 3:115 sub c BW dient dus op deze situatie analoog te worden toegepast.

3.7.3.4 *Gestapelde retentierechten*

In het voorgaande zijn verschillende situaties aan bod gekomen waarin een middellijk houder retentierecht op de zaken toekomt. Daarnaast kan ook de onmiddellijke houder een retentierecht op de zaken invoeren. Hier is dus sprake van een geval van gestapelde retentierechten.¹⁷⁶ In paragraaf 3.5.3 is besproken hoe bij

175. Molenaar 1991, p. 21. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 147.

176. Advocaat-generaal Asser, in zijn conclusie onder *Heliopolis Star*, ov. 2.31, signaleert ook het verschijnen van gestapelde retentierechten.

executie de onmiddellijke houder op de zaken voorrang dient toe te komen boven de middellijke houder van de zaken.

3.8 Conclusie

Roerende zaken bevinden zich geregeld in langere logistieke ketens. De lading wordt bijvoorbeeld door een verzendexpediteur overgegeven aan een vervoerder, die het door een stuwadoor laat lossen uit schip. Vervolgens wordt de lading opgeslagen bij een bewaarnemer, om uiteindelijk te worden vrijgegeven aan de ontvangstexpediteur van de koper. Iedere schakel in deze keten oefent dan op een bepaald moment de macht over de zaak uit. Gedurende de tijd dat hij de macht uitoefent kan hij een retentierecht of pandrecht inroepen, uiteraard voor zover ook is voldaan aan de overige vereisten. De macht over de zaak markeert daarbij het begin en het einde van het zekerheidsrecht. Gedurende deze tijd kan de logistieke dienstverlener zijn zekerheidsrecht inroepen en daarmee het handelsverkeer doen stokken. Het is daarom van belang te onderzoeken wanneer een logistieke dienstverlener macht over de zaak toekomt. Dat blijkt niet altijd een gemakkelijke vraag te zijn, met name bij gevallen van middellijk houderschap. Een retentierecht of pandrecht kan de schuldeiser ook uitoefenen wanneer hij middellijk houder is van de zaak, dus dat een derde de zaak voor hem houdt. In gevallen van onmiddellijk houderschap is het meestal duidelijk dat de logistieke dienstverlener macht uitoefent over de zaak. Dit hoofdstuk richt zich daarom vooral op het bepalen van gevallen van middellijk houderschap.

Voor deze gevallen moet een criterium worden gevonden aan de hand waarvan kan worden bepaald of een logistieke dienstverlener middellijk houder is van een zaak. Ik vond dit criterium in artikel 3:290 BW. Artikel 3:290 BW vermeldt dat een retentierecht de bevoegdheid is om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan de schuldenaar op te schorten totdat de vordering wordt voldaan. Kennelijk hangt met de uitoefening van de macht over de zaak samen een verplichting tot afgifte van de zaak aan de schuldenaar of een rechthebbende. Een hulpmiddel bij het zoeken van een antwoord op de vraag of een logistieke dienstverlener macht over de zaken uitoefent (en daarmee de bevoegdheid heeft een retentierecht in te roepen) is of hij een verplichting heeft tot afgifte van de zaak. Aan de hand van dit criterium zijn verschillende gevallen langsgelopen.

De eerste situatie is waarin een logistieke dienstverlener gebruikmaakt van een hulppersoon. De logistieke dienstverlener blijft in een dergelijk geval aansprakelijk voor de gedragingen van zijn hulppersoon (6:76 BW). Ten opzichte van zijn opdrachtgever zal de logistieke dienstverlener daarom gehouden zijn de zaak op een gegeven moment terug te geven. Hieruit volgt dat in alle gevallen waarin een logistieke dienstverlener gebruikmaakt van een hulppersoon, de logistieke dienstverlener een retentierecht kan inroepen, uiteraard alleen voor zover ook aan de andere voorwaarden voor de totstandkoming van een retentierecht is voldaan. Een voorbeeld is het geval waarin een hoofdvervoerder gebruikmaakt van een ondervoerder.

De tweede situatie is waarin de zaak wordt doorgegeven in een logistieke keten. Een dergelijke keten bestaat uit tussenpersonen. Een voorbeeld is de vervoerder die de lading overgeeft aan de ontvangstexpediteur. In dat geval heeft de vervoerder aan zijn afleveringsverplichting voldaan en heeft hij niet meer uit de vervoerover-

eenkost een verplichting tot afgifte van de zaak. Daaruit volgt dat hij na de aflevering niet meer de macht over de zaak uitoefent en dus geen retentierecht meer kan invoeren.

De derde situatie lijkt sterk op het voorgaande, maar met het verschil dat de vorige schakel in de logistieke keten geen moment de macht over de zaak heeft uitgeoefend. Het standaardvoorbeeld is hier de expediteur die een expeditieovereenkomst sluit met zijn opdrachtgever-eigenaar en vervolgens een vervoerovereenkomst met de vervoerder. De expediteur heeft uit de expeditieovereenkomst in beginsel alleen een verplichting tot doen vervoeren (8:60 BW) en daarmee een verplichting tot het sluiten van een vervoerovereenkomst met een vervoerder. Het sluiten van de expeditieovereenkomst betekent echter niet noodzakelijk dat hij de lading ook onder zich krijgt. De lading kan ook meteen door de eigenaar aan de vervoerder worden overgegeven. Omdat de expediteur in dit geval niet de macht over de zaken uitoefent, kan hij geen retentierecht invoeren.

De vierde en laatste situatie ziet op het geval dat een middellijk houder de middellijke macht over een zaak verschaft aan een derde. Dit is de levering *longa manu* (3:115 sub c BW). De lading blijft daarbij onder een derde liggen, bijvoorbeeld een vervoerder, terwijl intussen de lading wordt overgedragen aan een koper. In sommige gevallen wordt daarbij gebruikgemaakt van een cognossement. In dit hoofdstuk is betoogd dat zowel de pandhouder als retentor op het cognossement de middellijke macht over de lading uitoefent en daarmee ook een pandrecht of retentierecht op de lading toekomt.

Daarmee is in kaart gebracht onder welke omstandigheden een retentierecht op de zaak kan worden uitgeoefend. Dat is het geval bij onmiddellijke macht over de zaak, maar ook bij middellijke macht over een zaak. Een retentierecht bij onmiddellijke macht is in overeenstemming met een vlot handelsverkeer. In deze gevallen heeft de rechthebbende op de zaak immers ingestemd met de uitoefening van macht over een zaak. Heeft een logistieke dienstverlener zich op onrechtmatige wijze macht over een zaak verschaft, dan komt hem geen retentierecht toe. Ook de hiervoor genoemde gevallen van een retentierecht met middellijke macht over de zaak zijn in overeenstemming met een vlot handelsverkeer, omdat ook hier de rechthebbende op de zaak zal hebben ingestemd met het bestaan van middellijke macht.

Hoofdstuk 4

Derdenwerking van retentierecht

4.1 Inleiding

Bij het transport van de roerende zaken zijn verschillende logistieke dienstverleners betrokken, zoals een fysieke distributeur, expediteur, vervoerder, stuwadoor, cargadoor of opslagbedrijf. Al deze logistieke dienstverleners verbinden zich, uit hoofde van een door hen gesloten overeenkomst, een bepaalde prestatie aan de zaak te verrichten. In de praktijk kunnen daardoor lange logistieke ketens ontstaan. Na het verrichten van de logistieke handeling zal de dienstverlener de zaak teruggeven aan zijn contractuele wederpartij of een derde, die meestal tevens de volgende schakel is in de logistieke keten. Met het overgeven van de zaak aan de volgende schakel in de logistieke keten gaat het retentierecht of pandrecht op de zaak teniet.¹ Een vervoerder die de zaak overgeeft aan de ontvangstexpediteur verliest dus zijn zekerheidsrecht.

Een schuldeiser zal de macht over een zaak niet willen opgeven in het geval zijn wederpartij in verzuim is met de betaling van het verschuldigde loon, bijvoorbeeld als gevolg van een faillissement. Uit hoofdstuk 2 bleek dat de schuldeiser een retentierecht kan tegenwerpen aan de schuldenaar. In de praktijk zijn vaak meer belanghebbenden bij de lading betrokken. Deze zijn ten opzichte van de schuldeiser derden. In de meeste gevallen betreft het een derde met een eigendomsrecht op de zaak, een koper onder eigendomsvoorbehoud of een bank die zijn pandrecht op de zaak wil executeren. De derde zal de zaak van de schuldeiser opeisen. De schuldeiser zal in dat geval zijn retentierecht willen tegenwerpen aan deze derde. Daarmee kan de schuldeiser zich verweren tegen een vordering tot afgifte van de zaak. De uitoefening van het retentierecht tegen een derde wordt hierna de derdenwerking van het retentierecht genoemd en vormt het onderwerp van dit hoofdstuk. Het belang van de derdenwerking van het retentierecht kan worden geïllustreerd met het Engelse geval *Jarl Trä AB and Others v. Convoys Ltd.*² De Zweedse onderneming Jarl Trä exporteert timmerhout naar het Verenigd Koninkrijk. Het vervoer geschiedt door Siöwalls en voor het lossen van de lading uit het schip maakt Siöwalls gebruik van de stuwadoor en bewaarnemer Convoys. De vervoerder komt op een gegeven ogenblik in financiële moeilijkheden en gaat failliet. Convoys oefent vervolgens onmiddellijk een retentierecht op de lading uit die zij onder zich heeft. Jarl Trä heeft het timmerhout verkocht aan Engelse kopers en zowel Jarl Trä als de Engelse kopers betwisten het retentierecht van Convoys. Zowel de koper als de verkoper is een derde ten opzichte van de bewaarnemer. De Engelse rechter moest dus de vraag beantwoorden of het retentierecht van Convoys derdenwerking had. De zaak illus-

1. Zie hiervoor hoofdstuk 3.

2. *Jarl Trä AB and Others v. Convoys Ltd.* [2003] 2 Lloyd's Rep. 459 (QBD). De casus lijkt op Rb. Rotterdam 7 mei 1993, *S&S* 1994, 42 (*Odin 1*) en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, *S&S* 1994, 97 (*Odin 2*).

treert het belang van de derdenwerking van het retentierecht.³ Het belang van de schuldeiser is dat hij zich verweren kan tegen een vordering tot afgifte van de zaak door een derde. De derde heeft echter een belang ten aanzien van de zaak, bijvoorbeeld omdat hij eigenaar van de zaak is, en zal de zaak daarom onder zich willen krijgen. De derde heeft er dus baat bij dat de inbreuk op een vlot handelsverkeer zo klein mogelijk blijft. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag op welke wijze aan de tegengestelde belangen van schuldeiser en derde recht kan worden gedaan.

In beginsel remt iedere uitoefening van het retentierecht het handelsverkeer doordat de schuldeiser de zaak onder zich blijft houden. Tegenover de derde moet daarom steeds een rechtvaardiging worden gevonden waarom het belang van de schuldeiser voorgaat boven het belang van de derde op een voortgaande goederenstroom. In dit hoofdstuk zal ik uiteenzetten dat hiervoor twee beginselen van belang zijn: instemming en kenbaarheid. De derde kan hebben ingestemd met het feit dat de schuldeiser een prestatie aan de zaak verricht. Het is bijvoorbeeld in het voordeel van de verkoper dat de zaak wordt vervoerd naar een koper. De verkoper moet daarom, in beginsel, een retentierecht voor de kosten van het vervoer tegen zich laten gelden. Ook het geval dat de derde weet heeft van het feit dat een bepaalde logistieke dienstverlener een prestatie aan de zaak verricht kan een reden zijn dat hij het retentierecht moet dulden.

Aan de hand van deze twee beginselen wordt verder bepaald voor welke vorderingen een retentierecht aan de derde kan worden tegengeworpen. Kan de schuldeiser voor alle vorderingen die zijn wederpartij aan hem verschuldigd is een retentierecht tegenwerpen aan de derde of slechts voor zover het gaat om kosten die gemaakt zijn ten aanzien van de zaak? Vorderingen die betrekking hebben op de zaak worden hierna huidige vorderingen genoemd. Vorderingen die betrekking hebben op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad, zijn met de term 'oude vorderingen' aangeduid. Een retentierecht voor dergelijke oude vorderingen zal ik ook wel omschrijven als een verlengd retentierecht.⁴

Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In navolging van de wettelijke regeling, artikel 3:291 BW, wordt een onderscheid gemaakt tussen derden met een ouder recht op de zaak en derden met een jonger recht op de zaak. In paragraaf 4.2 is de derdenwerking van het retentierecht tegen een oudere derde aan de orde. Paragraaf 4.3 betreft de derdenwerking van het retentierecht tegen een jongere derde. Ik behandel daarbij niet alleen artikel 3:291 BW, maar ook het vervoerrechtelijk retentierecht in Boek 8 BW.⁵ De bespreking wordt aangevuld met rechtsvergelijkende opmerkingen. In paragraaf 4.4 komt een bijzonder recht aan bod, namelijk het recht om afgifte van zaken te weigeren. Dit recht is in de wet opgenomen voor de vervoerder en de expediteur.⁶ Paragraaf 4.5 besluit met een conclusie.

3. In paragraaf 4.2.5.1 wordt verder op de genoemde uitspraak ingegaan.

4. Dit begrip wordt ook gebruikt door procureur-generaal Hartkamp, in zijn conclusie voor HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61 (VGC/GE SeaCo), ov. 18. Overeem 1987, p. 2. *Belgisch recht*: Cauffman 2005, p. 686 e.v. Dirix & De Corte 2006, nr. 551.

5. Het gaat om de art. 8:30 lid 2 BW (vervoer algemeen), 8:69 lid 2 BW (expeditie), 8:489 lid 2 BW (zeevervoer), 8:954 lid 2 BW (binnenvaart) en 8:1131 lid 2 BW (wegvervoer). Zie ook art. 8:571 BW (hulpverlening). De verhuizer komt geen retentierecht toe (8:1196 BW).

6. Het recht om afgifte van zaken te weigeren is te vinden in dezelfde artikelen als waarin het retentierecht is opgenomen. Zie de vorige noot.

4.2 Werking van het retentierecht tegen oudere derden

4.2.1 De regeling in de wet

4.2.1.1 *Artikel 3:291 lid 2 BW en de parlementaire geschiedenis*

De verhouding van de retentor tot een derde met een ouder recht is geregeld in artikel 3:291 lid 2 BW.

Artikel 3:291 lid 2 BW

Hij kan het retentierecht ook inroepen tegen derden met een ouder recht, indien zijn vordering voortspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen.

Het artikellid bevat twee belangrijke elementen. Het eerste element is de bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan en, voor zover deze bevoegdheid ontbreekt, de goede trouw van de schuldeiser. Het tweede element richt zich op de vordering waarvoor het retentierecht kan worden ingeroepen. De vordering moet voortspruiten uit de overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of waarin de schuldeiser geen reden had aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. In deze paragraaf wordt de parlementaire geschiedenis op dit punt beschreven, terwijl in de paragrafen 4.2.2 en 4.2.3 de rechtspraak behandeld wordt.

Artikel 3:291 lid 2 BW bepaalt dat de schuldenaar bevoegd moet zijn om de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan. De veronderstelling bij dit artikel is dat de schuldenaar optreedt in eigen naam. In het geval van onmiddellijke vertegenwoordiging is de oudere derde immers geen derde meer, maar partij (3:60 BW en 3:66 BW). Artikel 3:291 lid 2 BW is dus beperkt tot gevallen waarin de schuldenaar bevoegdheid ontleent aan de oudere derde, maar in eigen naam optreedt. De vraag is dan wanneer de schuldeiser mag menen dat de schuldenaar bevoegd is de overeenkomst met hem aan te gaan. De hoofdgedachte in de parlementaire geschiedenis is dat ook in geval de zaak aan een derde toebehoorde of een derde daarop een beperkt of persoonlijk recht had, de schuldeiser beschermd dient te worden door een retentierecht. Deze bescherming komt de schuldeiser toe wanneer het gaat om een vordering uit de overeenkomst die de schuldenaar jegens de derde bevoegd was te sluiten of ten aanzien waarvan de schuldeiser zich redelijkerwijs niet in die bevoegdheid behoefde te verdiepen, omdat de overeenkomst met een normale exploitatie van de zaak in overeenstemming was. De schuldeiser behoeft zich dus niet in de bevoegdheid van zijn wederpartij te verdiepen voor zover de overeenkomst in overeenstemming is met een normale exploitatie van de zaak.

‘Deze gedachte doet enerzijds recht wedervaren aan de belangen van de schuldeiser van wie veelal geen onderzoek omtrent de bevoegdheid van zijn contractuele wederpartij kan worden gevegd, zolang haar opdracht de grenzen niet te buiten gaat van wat men van een eigenaar van de zaak in het algemeen mag verwachten. Anderzijds komt zij ook tegemoet aan het belang van alle eigenaren van zaken gezamenlijk dat overeenkomsten

van de hier bedoelde aard door de opdrachtnemer vlot en zonder risico kunnen worden gesloten.⁷

Gaat de overeenkomst het kader van een normale exploitatie te buiten, dan zal de schuldenaar veelal jegens de derde niet bevoegd zijn geweest om de zaken ter uitvoering van de overeenkomst in de macht van de schuldeiser te brengen.⁸ De schuldeiser kan dan bescherming ontnemen aan het slot van artikel 3:291 lid 2 BW, namelijk voor zover hij geen reden had aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen. Twijfel aan de bevoegdheid van de schuldenaar hoeft niet te ontstaan wanneer de schuldeiser weet dat de schuldenaar niet de rechthebbende is op de zaken of een beperkt gerechtigde.⁹ De schuldeiser wordt echter niet beschermd wanneer hij onderzoek had behoren in te stellen naar de bevoegdheid van de schuldenaar, maar dit heeft nagelaten. Onderzoek is onder meer vereist wanneer het gaat om uitzonderlijke werkzaamheden.¹⁰

In de parlementaire geschiedenis wordt de goede trouw van de retentor vergeleken met de goede trouw van de verkrijger uit artikel 3:86 BW. Daarbij wordt gesteld dat de toets aan de goede trouw van de retentor uit artikel 3:291 lid 2 BW lichter is dan die van de verkrijger uit artikel 3:86 BW. De retentor kan immers ook wanneer hij weet dat zijn wederpartij geen eigenaar is van de zaken, menen dat deze bevoegd is de zaken aan hem over te geven.¹¹ Voor het pandrecht is echter vereist dat de pandhouder meent dat zijn wederpartij beschikkingsbevoegd is. Dat zal in het normale geval inhouden dat de pandgever eigenaar is van de zaak. Schoordijk voert aan dat de goede trouw in beide gevallen dezelfde inhoud heeft. In beide gevallen richt de goede trouw zich immers op de bevoegdheid van de wederpartij en ook voor een beroep op artikel 3:86 BW is niet per se noodzakelijk dat de wederpartij eigenaar is, maar slechts dat deze bevoegd is de zaken in eigendom over te dragen.¹² Ik zou mij bij dit betoog willen aansluiten.

Het tijdstip waarop de goede trouw van de schuldeiser wordt getoetst is het moment waarop de overeenkomst wordt aangegaan. In een eerder ontwerp van artikel 3:291 lid 2 BW was het moment waarop de goede trouw wordt getoetst, het tijdstip waarop de zaak ter uitvoering van de overeenkomst in zijn macht werd gebracht. De wetgever acht de huidige maatstaf juist, omdat er reden tot twijfel aan de bevoegdheid zou kunnen ontstaan na het sluiten van de overeenkomst, maar voor het in de macht van de schuldeiser brengen van de zaak. Dat zou betekenen dat hij geen beroep op een retentierecht kan doen ten opzichte van de oudere derde, terwijl hij ten opzichte van zijn wederpartij gehouden is de overeenkomst na te

7. PG Boek 3 BW, p. 887 (art. 3:291 BW).

8. PG Boek 3 BW, p. 884-885 (art. 3:291 BW).

9. PG Boek 3 BW, p. 885, 887 (art. 3:291 BW). Vgl. ook art. 1757 en 1766 oud-BW. Advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense, in: HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733 m.nt. WMK (*Derksen/Rabobank*), ov. 9. Vgl. bijv. Pres. Rb. Utrecht 28 januari 1999, S&S 2000, 101 (*Ritmeester/Van Ginkel*).

10. PG Boek 3 BW, p. 885, 887 (art. 3:291 BW). Zie ook hierna, HR 20 september 2002, NJ 2004, 171, m.nt. HJS; S&S 2003, 25 (*Van der Wal/Duinstra*).

11. PG Boek 3 BW, p. 885, 886 (art. 3:291 BW). Zo ook Fesevur 1984, p. 61.

12. Schoordijk 1985, p. 618. Later bijgevallen door Fesevur 1988, p. 180-181.

komen.¹³ De wetgever wil voorkomen dat de schuldeiser geen retentierecht aan de oudere derde kan tegenwerpen. Hieronder zal bij de bespreking van de vervoerrechtelijke retentierechten duidelijk worden dat daar het tijdstip is gekozen waarop de vervoerder de zaak ten vervoer ontving en niet het moment waarop de vervoerovereenkomst werd gesloten. Ik betoog daar ook dat de toetsing van de goede trouw op het ogenblik dat hij de zaak ontvangt, de voorkeur heeft (§ 4.2.1.2).

De schuldeiser kan in het geval de schuldenaar bevoegd is de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan of de schuldeiser geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen, een retentierecht tegenwerpen aan de oudere derde. In artikel 3:291 lid 2 BW is geregeld voor welke vorderingen hij een retentierecht kan uitoefenen. Het gaat om een vordering die voortspuit uit de overeenkomst die de schuldenaar met de schuldeiser is aangegaan. De wetgever heeft hier alleen op het oog gevallen waarin de vordering betrekking heeft op de zaak *debitum cum re iunctum*.¹⁴ Het gaat dus om het loon dat verschuldigd is als gevolg van het verrichten van een prestatie aan de zaak, zoals het loon voor de verrichte arbeid, het bewaarloon of de vracht. Daarnaast kan worden gedacht aan de kosten tot behoud van de zaak, voor zover die uit de overeenkomst voortspuiten.¹⁵ Het gaat in feite steeds om vorderingen die het gevolg zijn van de uitvoering van de overeenkomst voor zover dat betrekking heeft op een normale exploitatie van de zaak. Daaronder valt ook normaal onderhoud en noodzakelijke reparaties. De werkzaamheden aan de zaak zullen vaak strekken tot het behoud van de zaak of zelfs tot verhoging van de waarde van de zaak, maar noodzakelijk is dit niet.¹⁶ Ook bij een waardevermindering van de zaak kan dus een retentierecht worden ingeroepen. Verder kan een retentierecht worden uitgeoefend voor schadevergoeding ter zake van schade die de zaak heeft toegebracht aan andere zaken of aan het vervoermiddel.¹⁷ Artikel 3:293 BW voegt toe dat een retentierecht ook kan worden uitgeoefend voor de kosten die de schuldeiser heeft moeten maken ter zake van de zorg die hij krachtens de wet ten aanzien van de zaak in acht moet nemen.¹⁸

Opmerking verdient dat artikel 3:291 lid 2 BW op dit punt afwijkt van artikel 6:53 BW. In titel 6.1.7 van het Burgerlijk Wetboek (art. 6:52-57 BW) is het opschortingsrecht geregeld. Het gaat hier om de uitoefening van het opschortingsrecht tegen de contractuele wederpartij. In artikel 6:53 BW wordt toegevoegd dat dit opschortingsrecht ook kan worden ingeroepen tegen de schuldeisers van de wederpartij. In de parlementaire geschiedenis wordt hierbij opgemerkt dat aan de schuldeisers van de debiteur jegens degene die het opschortingsrecht inroept, niet meer rechten behoren toe te komen dan de debiteur zelf had.¹⁹ Met 'schuldeisers' wor-

13. PG Boek 3 BW, p. 888 (art. 3:291 BW).

14. PG Boek 3 BW, p. 884 (art. 3:291 BW).

15. Vloeien de kosten tot behoud van de zaak niet uit de overeenkomst voort, dan kan een beroep worden gedaan op het voorrecht als geregeld in art. 3:284 BW.

16. PG Boek 3 BW, p. 884, 887 (art. 3:291 BW).

17. PG Boek 3 BW, p. 885 (art. 3:291 BW).

18. PG Boek 3 BW, p. 888 en 889-890. In de wet wordt op verschillende plaatsen melding gemaakt van de zorg die aan de zaak moet worden betracht, zoals de art. 6:27 BW, 6:64 BW en 6:66 e.v. BW. Haak & Zwitser 2003, p. 390-391. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 725.

19. PG Boek 6 BW, p. 211 (art. 6:53 BW).

den ook de beperkt gerechtigden bedoeld. De parlementaire geschiedenis wijst in dit verband op de zaak *Echo* waarin de schuldeiser een retentierecht kon tegenwerpen aan een hypotheekhouder met een ouder recht op de zaak.

De verwijzing naar de zaak *Echo* schept verwarring.²⁰ Onverkorte toepassing van artikel 6:53 BW zou namelijk betekenen dat de schuldeiser voor alle vorderingen die hij heeft op zijn wederpartij (6:52 BW) een opschortingsrecht kan uitoefenen jegens zijn medeschuldeisers. Het gaat daarbij niet uitsluitend om de vordering die verband houdt met de zaak (*debitum cum re iunctum*), maar om de gehele vordering op de wederpartij. Zover komt het niet. In artikel 6:57 BW wordt toegevoegd dat de regeling van het opschortingsrecht op het retentierecht van toepassing is, voor zover daar bij het retentierecht niet van is afgeweken. In de uitoefening van het retentierecht jegens een beperkt gerechtigde met een ouder of jonger recht is dus niet artikel 6:53 BW toepasselijk, maar artikel 3:291 BW.²¹ Voor de beperkt gerechtigde met een ouder recht betekent dit dan toepassing van artikel 3:291 lid 2 BW. Het retentierecht kan dan volgens dit artikel slechts worden tegengeworpen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*).

4.2.1.2 Vervoerrechtelijke retentierechten en de verhouding tot artikel 3:291 lid 2 BW

In Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek zijn voor de verschillende vervoerders en de expediteur retentierechten opgenomen.²² In lid 2 is steeds het retentierecht opgenomen. In lid 3 is de derdenwerking opgenomen. Als voorbeeld geef ik artikel 8:30 lid 2 en 3 BW.

Artikel 8:30 lid 2 en 3 BW

2.De vervoerder kan het recht van retentie uitoefenen op zaken, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft, voor hetgeen hem door de ontvanger verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken. Hij kan dit recht tevens uitoefenen voor hetgeen bij wijze van rembours op die zaak drukt. (...)

3.De in dit artikel aan de vervoerder toegekende rechten komen hem niet toe jegens een derde, indien hij op het tijdstip dat hij de zaak ten vervoer ontving, reden had te twijfelen aan de bevoegdheid van de afzender jegens die derde hem de zaak ten vervoer ter beschikking te stellen.

Met de zinsnede in lid 3 heeft de wetgever willen aansluiten bij artikel 3:291 lid 2 BW.²³ Lid 3 heeft daarom alleen betrekking op het retentierecht uitgeoefend tegen een oudere derde en niet op de relatie tot de jongere derde. Omdat de wetgever

20. Zo Schoordijk 1979 p. 147.

21. Streefkerk 2006, p. 54. Schoordijk 1979 p. 146-147. Vgl. ook HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters/Kantoor van de Toekomst*), r.o. 4.3.1 en 4.1.3.

22. Art. 8:30 BW (vervoer algemeen); 8:69 BW (expeditie); 8:489 BW (zeevervoer); 8:954 BW (binnenvaart) en 8:1131 BW (wegvervoer).

23. PG Boek 8 BW, p. 79 (art. 8:30), 127 (art. 8:69), 511, 513 (art. 8:489), 914 (art. 8:954), 1103 (art. 8:1131). Vergelijk Heyning Plate 1973, p. 160-162.

heeft willen aansluiten bij artikel 3:291 lid 2 BW, zal de uitleg van dit artikellid zoveel mogelijk dienen aan te sluiten bij de algemene regeling. Dat betekent onder meer dat bij een normale exploitatie van de zaken de vervoerder of expediteur op het bestaan van de bevoegdheid van de afzender of opdrachtgever mag vertrouwen. Ondanks dat artikel 3:291 lid 2 BW en 8:30 lid 3 BW nagenoeg gelijke rechtsgevolgen hebben, kan de vervoerder of expediteur geen beroep doen op artikel 3:291 lid 2 BW. De wetgever heeft in Boek 8 BW een eigen regeling willen geven zodat de vervoerder of expediteur zich niet op artikel 3:291 lid 2 BW kan beroepen.²⁴

Opmerkelijk is dat afgeweken wordt van het tijdstip waarop de toetsing van de goede trouw plaatsvindt. In artikel 3:291 lid 2 BW is dat het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten. In de retentierechten in Boek 8 BW wordt consequent gesproken van het tijdstip dat hij de zaak ten vervoer ontving, voor de vervoerder, of het tijdstip dat hij de zaak of het document onder zich kreeg, voor de expediteur. Uiteraard kan dit tijdstip samenvallen met het sluiten van de overeenkomst, maar ook uiteenlopen. In veel gevallen wordt de overeenkomst eerst gesloten waarna de zaken worden overgegeven aan de schuldeiser.

Dat wordt vooral duidelijk in die gevallen waarin sprake is van een raam- of duurovereenkomst, zoals dat in het handelsverkeer veelvuldig voorkomt.²⁵ Het lijkt dan ongepast om de goede trouw te toetsen bij het aangaan van de overeenkomst. Het kan immers gemakkelijker zo zijn dat tussen het aangaan van de overeenkomst en het in ontvangst nemen van de zaken er twijfel is gerezen ten aanzien van de bevoegdheid van de wederpartij. De wetgever heeft dit bij artikel 3:291 lid 2 BW onderkend, maar gemeend dat de schuldeiser in dat geval beschermd moet worden omdat de oplossing waarbij de goede trouw getoetst wordt naar het moment van in ontvangst nemen van de zaken, met zich mee kan brengen dat de schuldeiser gehouden is de overeenkomst ten opzichte van de schuldenaar na te komen, terwijl hij geen beroep kan doen op artikel 3:291 lid 2 BW ten opzichte van de oudere derde. Dit lijkt mij onjuist. In die gevallen waarin de schuldeiser bemerkt dat de schuldenaar niet bevoegd is de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan, kan het niet zo zijn dat hij wel gehouden is de overeenkomst na te komen. Een standaardvoorbeeld is de dief die zaken ten vervoer aanlevert. De vervoerder zal niet gehouden zijn ten opzichte van de dief de vervoerovereenkomst uit te voeren, wanneer hij weet dat hierdoor de oudere derde benadeeld wordt. Er is dan sprake van dwaling aan de zijde van de schuldeiser (6:228 BW), die vernietiging van de overeenkomst rechtvaardigt. Het lijkt daarom beter om de toets van de goede trouw te leggen op het tijdstip waarop de schuldeiser de zaken onder zich krijgt. Het toetsingsmoment van artikel 3:291 lid 2 BW acht ik dan ook ongelukkig.²⁶

24. Onjuist op dit punt is Rb. Rotterdam 5 december 1995, S&S 1997, 78 (*Cereol/Kamar*). Over het bestaan van een eigen regeling, Snijders, in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 33.

25. Zie bijv. HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61 (*VGC/GE SeaCo*) en Arbitrale beslissing 15 oktober 1993, S&S 1994, 96 (*Datema/Pereira q.q.*).

26. Ook rechtssystematisch past dit toetsingsmoment beter. Het komt dan overeen met het moment waarop de goede trouw van de verkrijger wordt getoetst in art. 3:86 BW (het tijdstip van de bezitsverrijking) en de goede trouw van de pandhouder uit art. 3:238 BW (het tijdstip van de machtsverschaffing).

4.2.2 Bevoegdheid en goede trouw

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de schuldeiser een retentierecht kan inroepen tegen de derde met een ouder recht in het geval de schuldenaar bevoegd is de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan. De schuldenaar moet zijn bevoegdheid dus ontlenen aan de oudere derde. Deze bevoegdheid moet worden afgeleid uit de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de oudere derde.

In de rechtsverhouding tussen schuldenaar en oudere derde zal soms expliciet zijn geregeld dat de schuldenaar bevoegd is overeenkomsten ten aanzien van de zaak te sluiten.²⁷ Een vervoerder zal in de regel in zijn overeenkomst bedingen dat hij een ondervoerder mag inschakelen of een stuwadoor.

Niet altijd zal een dergelijke bevoegdheidsverlening expliciet zijn opgenomen. Ze kan ook volgen uit het stelsel van de wet. Zo zijn pandhouders bevoegd de zaak ter reparatie af te geven teneinde waardevermindering te voorkomen (3:243 BW).²⁸ De hypotheekgever van een schip zal in de regel in de relatie tot de hypotheekhouder, vaak een bank, een zorgplicht hebben op het schip en het schip daartoe in reparatie mogen geven aan een werf.²⁹ Tenslotte kan ze impliciet voortvloeien uit de rechtsverhouding. De wetgever merkt op dat in het algemeen de schuldenaar bevoegd zal zijn als het gaat om het verrichten van een normale exploitatiehandeling ten opzichte van de zaak. Denk aan bewaarneming of vervoer wanneer dat gebruikelijk is.³⁰ De logistieke dienstverlener mag er daarom in het normale geval van uitgaan dat zijn wederpartij bevoegd is de overeenkomst met hem te sluiten.³¹

Een logistieke dienstverlener kan te maken krijgen met meerdere oudere derden. Een voorbeeld is de eigenaar die de expediteur opdracht geeft om een overeenkomst tot vervoer aan te gaan met een vervoerder. De vervoerder schakelt een ondervoerder in en de ondervoerder laat de lading door middel van een stuwadoor stuwen in het schip. Ten opzichte van de stuwadoor zijn de hoofdvervoerder, de expediteur en de eigenaar derden met een ouder recht. In beginsel dienen dan al deze oudere derden bevoegdheid te hebben verleend aan de schuldenaar om de overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan.

In de praktijk wordt de schuldeiser meestal niet met meerdere oudere derden geconfronteerd, omdat meestal slechts één persoon belanghebbende is op de zaak.³² In bijzondere omstandigheden kan de schuldeiser echter worden geconfronteerd met meerdere oudere derden. Het zal dan vaak gaan om twee of meer goederenrechtelijk gerechtigden op de zaak. Er is bijvoorbeeld sprake van een oudere derde die een eigendomsrecht op de zaak pretendeert en een bank die een stil pandrecht

27. Een voorbeeld is art. 1 lid 4 van de Nederlandse Expeditievoorwaarden 2004 (Fenix): 'De expediteur heeft het recht de uitvoering van de opdracht en/of de daarmee samenhangende werkzaamheden te doen geschieden door derden of met werknemers van derden. (...)' Vgl. ook art. 4 lid 1 van de Rotterdamse Stuwadoorscondities 1976: 'De stuwadoor heeft te allen tijde het recht de uitvoering van werkzaamheden geheel of gedeeltelijk te doen geschieden door één of meer derden of met het personeel, dat in dienst is van één of meer derden.'

28. PG Boek 3 BW, p. 885 (3:291 BW). PG Boek 3 BW, p. 767-768 (art. 3:243 BW).

29. Een voorbeeld is HR 1 mei 1964, NJ 1965, 339 m.nt. JHB; S&S 1966, 49 (Echo).

30. PG Boek 3 BW, p. 884, 885, 887. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 728.

31. Een illustratie uit de rechtspraak biedt Rb. Utrecht 17 mei 2005, S&S 2008, 96 (B&B/Terberg).

32. Tussenpersonen zijn in de regel geen belanghebbende nadat zij de zaken hebben doorgegeven aan de volgende schakel.

inroept. In beginsel moet de schuldenaar dan zijn bevoegdheid om de overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan, hebben ontleend aan deze eigenaar en bank.

Dit was aan de orde in *Derksen/Rabobank*.³³ Het ging hier om een conflict tussen de aannemer en een bank. Een vrouw, Sparenreijk, is buiten alle gemeenschap van goederen gehuwd met de man Arentsen. Op een geven moment koopt Sparenreijk een stuk grond en wil daarop een huis laten zetten. Zij geeft daartoe een hypotheek aan de bank en schakelt vervolgens aannemer Derksen in voor de bouw. Daarnaast sluit Arentsen (de man), met toestemming van de vrouw, met Derksen een aanvullende overeenkomst. Zowel de vrouw als de man nemen dus een deel van de aannemingskosten voor hun rekening. De keten van overeenkomsten is als volgt. De bank heeft een overeenkomst met de vrouw. De vrouw heeft een rechtsverhouding met de man en de man heeft een overeenkomst gesloten met de aannemer.

Aannemer Derksen begint vervolgens met bouwen. De kosten die daarvan het gevolg zijn heeft de vrouw wel, maar de man niet voldaan aan de aannemer. De vrouw verkoopt dan op een gegeven moment het huis; Derksen die nog openstaande vorderingen op de man heeft, werpt echter een retentierecht tegen aan vrouw en bank. In rechte gaat het dan om de vraag of de bank zich op grond van zijn hypotheekrecht als eerste mag verhalen op de kooppenningen of dat Derksen met zijn retentierecht voorgaat. Anders gezegd: kan Derksen een retentierecht tegenwerpen aan de bank met een ouder hypotheekrecht? De bank voert daartoe aan dat de overeenkomst tussen Derksen en Arentsen hem niet aangaat, nu hij enkel te maken had met eigenaar Sparenreijk. De Hoge Raad geeft de volgende overweging:

‘3.3. (...) Anders dan het onderdeel wil, is in een geval als het onderhavige, waarin de derde met een ouder recht niet is de eigenaar van de zaak, voor het aannemen van de in art. 3:291 lid 2 bedoelde bevoegdheid niet voldoende dat de eigenaar aan de schuldenaar de bevoegdheid had verleend tot het aangaan van de overeenkomst of de schuldeiser geen reden had te twijfelen aan deze bevoegdheid. Uit de enkele omstandigheid dat de eigenaar van de zaak instemde met het aangaan van de overeenkomst, valt immers niet af te leiden dat deze derde eveneens aan de schuldenaar de bevoegdheid had verleend om de overeenkomst aan te gaan, dan wel dat de schuldeiser geen reden had aan deze bevoegdheid te twijfelen. Het onderdeel faalt derhalve.’

De Hoge Raad stelt dus dat het niet voldoende is dat de eigenaar-vrouw aan de man de bevoegdheid had gegeven om de overeenkomst aan te gaan, maar dat artikel 3:291 lid 2 met zich meebrengt dat daarnaast ook de bank aan de man de bevoegdheid moet hebben verleend om de overeenkomst met Derksen aan te gaan. Dit komt niet vast te staan, zodat Derksen geen retentierecht aan de bank kon tegenwerpen. De uitspraak lijkt een logische toepassing van artikel 3:291 lid 2 BW, maar bevredigt

33. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733 m.n.t WMK (*Derksen/Rabobank*).

niet helemaal. De uitspraak past met name niet goed in het handelsverkeer, waar zich gemakkelijk langere contractketens kunnen voordoen.

Een voorbeeld is de bank met een stil pandrecht op de handelsvoorraad van de pandgever-eigenaar. Deze eigenaar wil de zaken laten opslaan en schakelt daartoe een expediteur in, die vervolgens de zaken onderbrengt bij een bewaarnemer. De bank wil zijn pandrecht executeren en vordert de zaken op van de bewaarnemer, maar deze werpt een retentierecht tegen voor de kosten van opslag. Had de bewaarnemer nu moeten onderzoeken of de expediteur én de eigenaar bevoegd waren deze overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan? Dat lijkt een te zware onderzoeksplicht op de bewaarnemer te leggen. Het moet voldoende zijn wanneer het gaat om een normale exploitatie van de zaak. Bovendien zal de bewaarnemer niet altijd weet hebben van het bestaan van beperkt gerechtigden met een ouder recht op de zaken. Ook dit rechtvaardigt de bescherming van de retentor. Voor het handelsverkeer dient dus meer nadruk te liggen op de vraag of het gaat om een normale exploitatie van de zaak. Het is daarbij niet relevant of de schuldeiser weet heeft van het bestaan van een stil pandrecht op de zaken.³⁴

Ook in *Derksen/Rabobank* had naar mijn mening meer nadruk gelegd mogen worden op de normale exploitatie van de zaak. De eigenaar zal immers waarschijnlijk de toestemming hebben gekregen van de bank om op zijn grond een huis te bouwen. De bank kan dan weten dat de eigenaar dit niet zelf doet, maar deze taak uitbesteedt aan een aannemer. Verzet de bank zich niet tegen de bouw, dan moet worden aangenomen dat hij de aannemer daartoe de bevoegdheid heeft verleend. Ik acht het daarom verdedigbaar dat de aannemer in casu voor de nog onbetaalde vordering op de man een retentierecht kon tegenwerpen aan de bank.³⁵

Uit *Derksen/Rabobank* blijkt dat de schuldenaar niet altijd bevoegd is de overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan.³⁶ De schuldeiser wordt dan beschermd in het geval hij te goeder trouw meende dat de schuldenaar wel bevoegd was. Hij zal snel te goeder trouw zijn als het gaat om een overeenkomst die betrekking heeft op een normale exploitatie van de zaak. Hij behoeft in dat geval geen nader onderzoek te verrichten naar de bevoegdheid van zijn wederpartij.³⁷ Onder omstandigheden wordt de onderzoeksplicht van de schuldeiser echter zwaarder aangezet. Dat was het geval in *Van der Wal/Duinstra*.³⁸ Van der Wal stelt dat hij van een hem geheel onbekende persoon een boot in bewaring kreeg. Achteraf blijkt het te gaan om een

34. Bovendien zal een stille pandhouder aan de pandgever-eigenaar meestal de bevoegdheid hebben verleend om de zaken te verhandelen in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf.

35. Zo ook Haak & Zwitsers 2003, p. 387-388.

36. Ook in de verderop te bespreken arrest HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61 (*VGC/GE SeaCo*) voert GE SeaCo aan dat de tussenpersoon, expediteur Norasia, niet bevoegd was de overeenkomst met VGC aan te gaan. Dit beroep slaagt niet.

37. PG Boek 3 BW, p. 884, 887 (art. 3:291 BW).

38. HR 20 september 2002, NJ 2004, 171, m.nt. HJS; S&S 2003, 25 (*Van der Wal/Duinstra*). Vgl. verder advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense, ov. 9, onder HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733 m.nt. WMK (*Derksen/Rabobank*). Fesevur 1992a, p. 65. Fesevur 1988, p. 180. Een te zware toets werd ook aangelegd in een door Fesevur 1992b besproken uitspraak van de Rechtbank Zwolle, waarin de rechtbank de retentor te goeder trouw achtte omdat hij ervan mocht uitgaan dat zijn wederpartij eigenaar is.

van eigenaar Duinstra gestolen boot. Tegen Duinstra, die de boot van Van der Wal opeist, werpt Van der Wal een retentierecht tegen voor stallingkosten. De Hoge Raad overweegt:

‘3.4.3 (...)’s Hofs oordeel dat Van der Wal onvoldoende onderzoek heeft ingesteld naar de bevoegdheid van degene die de boot bij hem in bewaring gaf - met wiens identiteit Van der Wal naar ’s Hofs vaststelling geheel onbekend was -, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel geeft evenmin ervan blijk dat het Hof uit het oog heeft verloren dat de mate waarin onderzoek van de houder mag worden verwacht, afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard, de omvang en de mate van uitzonderlijkheid van de werkzaamheden die de wederpartij van de houder van deze verwacht. Het Hof heeft voorts kennelijk en terecht de goede trouw van Van der Wal beoordeeld naar het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst en is daarbij kennelijk tot de slotsom gekomen, dat in de gegeven omstandigheden Van der Wal reden had aan de bevoegdheid van de hem geheel onbekende persoon te twijfelen, welke twijfel hij vervolgens niet bij een van hem te verlangen onderzoek heeft weggenomen. (...)’

Het ging hier om een gebruikelijke overeenkomst van bewaarneming, dus een normale exploitatie. In zoverre kon Van der Wal een beroep doen op artikel 3:291 lid 2 BW.³⁹ Van der Wal kon hier echter niet de identiteit van zijn wederpartij aangeven. Daarmee werd hem een beroep op artikel 3:291 lid 2 BW ontnomen. Ik zie hierin een analogische toepassing van artikel 3:87 BW, waar de verkrijger ook gehouden is gegevens te verschaffen ten aanzien van de persoon die aan hem vreemde.⁴⁰ Hetzelfde zal hebben te gelden voor gevallen waarin de vervoerder weet heeft van verduistering of diefstal van de zaak. In dat geval zal de vervoerder de overeenkomst niet mogen uitvoeren. Doet hij dat toch, dan kan hij geen retentierecht tegenwerpen aan de oudere derde, de eigenaar van de zaak.⁴¹

4.2.3 Welke vorderingen?

4.2.3.1 *VGC/Ge SeaCo en debitum cum re iunctum*

In de voorgaande paragraaf ging het om de vraag of de schuldenaar bevoegd is om de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan. In al de daar genoemde zaken ging het steeds om een vordering die betrekking had op de zaak. De vraag die kan rijzen is of ook voor andere vorderingen een retentierecht aan de oudere derde kan worden tegengeworpen. Het gaat dan om een retentierecht die naast huidige vorderingen, ook voor oude vorderingen wordt uitgeoefend. Oude vorderingen zijn vorderingen die betrekking hebben op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad.

39. Zo ook Fesevur 2003, p. 57 l.k.

40. Haak & Zwisser 2003, p. 318 achten art. 3:87 BW niet van belang voor het retentierecht. *Van der Wal/Duinstra* laat naar mijn mening echter zien dat analogische toepassing soms geboden kan zijn.

41. Claringbould 1994, p. 190-193. Heyning-Plate 1973, p. 161.

Vanuit een economisch perspectief lijkt een dergelijke benadering voor de logistieke dienstverlener aantrekkelijk. In een Belgische uitspraak, waarin de rechter aannam dat ook voor oude vorderingen een retentierecht aan de oudere derde kon worden tegengeworpen, werd deze economische situatie op fraaie wijze onder woorden gebracht.⁴²

‘Goederenbehandeling in een haven en in het kader van regelmatige handelsbetrekkingen — zoals in casu — is een continue bedoening. Goederen worden in de regel vlug verhandeld, verscheept, gelost etc. zonder dat de kosten voor behandeling met betrekking tot deze of gene specifieke goederen reeds geregeld werden. De behandelaar geeft goederen uit handen dit terwijl inmiddels nieuwe goederen van dezelfde debiteur behandeld en opgeslagen worden. Aldus zullen de voor behandeling in ontvangst genomen goederen op die manier de schuldeiser tot zekerheid dienen niet alleen voor de schuldvordering voortvloeiend uit de bewerking/behandeling met betrekking tot deze specifieke goederen, maar ook voor vroeger uitgevoerde handelingen met betrekking tot goederen die reeds werden teruggegeven.’

De uitspraak wijst op een vlot handelsverkeer. Daarin gaan goederen van hand tot hand en is de omloopsnelheid van de goederen zo hoog, dat de betaling pas plaatsvindt op een tijdstip waarop inmiddels meerdere zendingen door de handen van de logistieke dienstverlener zijn gegaan. De logistieke dienstverlener heeft er daarom belang bij om voor de gehele vordering die hij heeft op zijn schuldenaar een retentierecht tegen te werpen aan de oudere derde in het geval de schuldenaar insolvent geraakt. Daartegenover staat uiteraard het belang van de oudere derde, die om zijn goederen vrij te krijgen, een vordering moet voldoen die mede betrekking heeft op andere zaken. Het belang van de oudere derde moet dus worden afgewogen tegen het belang van de schuldeiser.

Uit de hierboven beschreven parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat de wetgever bij artikel 3:291 lid 2 BW slechts heeft gedacht aan een vordering die betrekking heeft op de zaak (*debitum cum re iunctum*). Deze lijn wordt door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *VGC/GE SeaCo*.⁴³ Ik bespreek dit arrest wat uitgebreider omdat het hierna nog vaker ter sprake zal komen.

Containerverhuurbedrijf GE SeaCo heeft een aantal containers verhuurd aan Norasia. Norasia komt haar betalingsverplichtingen niet na en GE SeaCo eist de containers weer op. De containers liggen echter niet meer onder Norasia, maar onder depothouder VGC aan wie Norasia de containers in opslag en ter reparatie gegeven heeft. VGC weigert de containers af te geven aan GE SeaCo en doet daarbij een beroep op het retentierecht wegens een nog openstaande vordering op Norasia. Tussen Norasia en VGC was een raamovereenkomst gesloten. Ingevolge deze overeenkomst sloeg VGC de van Norasia afkomstige containers op. Norasia had niet alleen (dertien) containers onder zich gekregen van GE SeaCo, maar ook van andere containerver-

42. Hof van Beroep te Antwerpen 15 maart 2004, R.W. 2004-2005, p. 1354-1355; E.T.L. 2005, p. 368-373; NjW 2005-114, p. 703-705 (*Riga Natie/Jean d’Huart*). In cassatie is dit oordeel in stand gehouden, zie Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-2008, p. 1541-1547, m.nt. M.E. Storme; E.T.L. 2006, p. 617-627 (*Arcelor Profil/Riga Natie*).

43. HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61; JOR 2004, 178 (*VGC/GE SeaCo*).

huurbedrijven en beschikt daarnaast over eigen containers. Al deze containers werden, indien ze niet werden gebruikt voor transport, opgeslagen bij deponhouders zoals VGC. Uit hoofde van deze raamovereenkomst had VGC inmiddels een grote vordering van bijna fl. 300.000 uitstaan op Norasia.

De vraag in deze procedure luidt of VGC voor het geheel van deze vordering uit de raamovereenkomst een retentierecht kon tegenwerpen aan GE SeaCo of dat slechts een retentierecht mogelijk was voor de kosten die VGC heeft gemaakt ten behoeve van de dertien teruggelaten containers, het zou dan gaan om een geschat bedrag van US\$ 3250 (US\$ 250 per container). Het is duidelijk dat GE SeaCo ten opzichte van VGC een oudere derde-eigenaar is. Het ging hier dus om uitleg van artikel 3:291 lid 2 BW. In de procedure wijst VGC erop dat dit artikel de zinsnede bevat 'indien zijn vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was (...) aan te gaan'. Naar de letter genomen betekent dit dat de vordering het gevolg moet zijn van het afsluiten van de overeenkomst en staat er niet dat de vordering betrekking moet hebben op de zaak. Dat betekent dat VGC voor de gehele vordering op Norasia een retentierecht kon uitoefenen, daar deze vordering voortspuit uit de met Norasia gesloten raamovereenkomst. GE SeaCo verzet zich tegen deze interpretatie en stelt dat slechts voor kosten gemaakt aan de dertien containers een retentierecht kan worden uitgeoefend.

GE SeaCo vordert voor de president van de rechtbank Rotterdam vrijstelling van de dertien bij VGC opgeslagen containers. Zij voert daartoe onder meer aan dat Norasia niet bevoegd was de overeenkomst met VGC aan te gaan. In het tussen Norasia en GE SeaCo bestaande huurcontract was namelijk het beding opgenomen dat Norasia niet bevoegd was een andere overeenkomst aan te gaan dan een reparatieovereenkomst. Subsidiair voert GE SeaCo aan dat VGC zich slechts voor kosten die betrekking hebben op de container op een retentierecht kan beroepen. De president legt het beding anders uit en stelt dat Norasia wel bevoegd was op grond van het gesloten huurcontract. Verder overweegt de president dat VGC voor het geheel van de vordering een retentierecht kan uitoefenen.⁴⁴

GE SeaCo gaat in beroep bij het Hof 's-Gravenhage.⁴⁵ Het hof meent niet dat VGC jegens GE SeaCo een retentierecht kan uitoefenen voor alle kosten. Dat zou immers inhouden dat GE SeaCo moet opdraaien voor de kosten van opslag, reparatie en transport van containers van derden. De door artikel 3:291 lid 2 BW vereiste nauwe samenhang tussen vordering en zaak brengt met zich mee dat het retentierecht slechts voor de kosten van de dertien containers kan worden ingeroepen. Voor zover de vordering betrekking heeft op containers van anderen dan GE SeaCo kan jegens die anderen een retentierecht worden ingeroepen. Daarnaast kan voor het geheel van de vordering een retentierecht worden tegengeworpen aan Norasia. Het is onduidelijk gebleven of de vordering uit de raamovereenkomst niet voor een klein deel betrekking heeft op andere containers van GE SeaCo die VGC in het verleden onder zich heeft gehad, maar inmiddels had vrijgegeven. Ook hiervoor kan volgens het hof geen retentierecht worden ingeroepen.

VGC gaat in cassatie. Het cassatiemiddel stelt dat artikel 3:291 lid 2 BW niet beoogt het retentierecht uit te sluiten voor zover het betrekking heeft op eerdere vorderingen uit dezelfde overeenkomst. Uitgesloten worden slechts vorderingen uit andere

44. Vonnis van 2 oktober 2001, te kennen uit *S&S* 2004, 61.

45. Arrest van 9 juli 2002.

overeenkomsten. 'Anders gezegd, de connexiteit is bij artikel 3:291 lid 2 niet aangebracht tussen de *vordering* en de zaak, maar – en dus ruimer – tussen de *overeenkomst* en de zaak.'⁴⁶

De procureur-generaal Hartkamp verwerpt in zijn conclusie het ingestelde beroep. Hij merkt op dat in de wetsgeschiedenis bij artikel 3:291 lid 2 BW verwezen wordt naar het *debitum cum re iunctum*-vereiste (ov. 12). Dat betekent dat het slechts gaat om vorderingen die met de zaak verbonden zijn. Hij merkt dan verder op dat de wetgever naar het schijnt niet aan een geval als welke hier aan de orde is heeft gedacht bij het redigeren van artikel 3:291 lid 2 BW (ov. 15). Hij gaat vervolgens in op een artikel van Fesevur.⁴⁷ Fesevur betoogt daarin dat uit een duurovereenkomst één vordering voortvloeit die op alle zaken betrekking heeft. De retentor kan dan tegen de derde met een ouder recht het retentierecht uitoefenen voor deze vordering. Hier geldt niet het *debitum cum re iunctum*-vereiste (ov. 16). Procureur-generaal Hartkamp gaat met deze opvatting niet mee en betoogt dat wel het *debitum cum re iunctum*-vereiste geldt. Hij gebruikt het argument dat in het geval er verschillende overeenkomsten zouden zijn gesloten per afgegeven container, dan artikel 3:291 lid 2 BW met zich zou meebrengen dat slechts voor de kosten gemaakt aan de container een retentierecht kan worden uitgeoefend. Hetzelfde zal dan hebben te gelden als de schuldeiser ervoor kiest om alle containers onder een duurovereenkomst onder te brengen. Hier onderscheid maken doet gekunsteld aan, omdat de derde-eigenaar geen invloed heeft op de wijze waarop retentor en schuldenaar hun rechtsverhouding vormgeven (ov. 17).

Het maakt voor de procureur-generaal geen verschil of de vordering van de retentor andere zaken van de 'anterieure' eigenaar betreft, dan wel zaken die in het geheel niet aan die eigenaar, doch aan de schuldenaar of aan een andere derde toebehoren. Met het hof meent Hartkamp dat ook in het eerstgenoemde geval de derde-eigenaar er niet op bedacht behoeft te zijn dat zijn zaken zullen worden gebruikt voor het verhaal van vorderingen die betrekking hebben op andere opgeslagen c.q. gerepareerde zaken. Dat betekent dat de schuldeiser-retentor er niet op mag vertrouwen dat hij zijn retentierecht mag verlengen naar vorderingen die andere dan de teruggehouden zaken betreffen. Hij geeft enkele argumenten die dit standpunt ondersteunen. In de eerste plaats is de schuldeiser in de positie om de tijdige betaling van zijn facturen te bewaken en te voorkomen dat zijn vordering hoog oploopt; de derde-eigenaar heeft daar uiteraard minder of geen zicht op. In de tweede plaats is het niet onredelijk om van een professionele partij die uit hoofde van een overeenkomst een hoeveelheid zaken ter bewerking, bewaring, vervoer enzovoort onder zich krijgt, te verlangen a) dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat deze aan een of meer anderen dan zijn wederpartij bij die overeenkomst in eigendom toebehoren dan wel dat daarop beperkte rechten zijn gevestigd en b) dat hij met het oog op die mogelijkheid een deugdelijke registratie houdt van de per zaak verrichte werkzaamheden (ov. 18). Ook rechtsvergelijkend, hij wijst op het recht van Duitsland, Frankrijk en België, zou hetzelfde gelden (ov. 19).

De Hoge Raad volgt de procureur-generaal en verwerpt het cassatieberoep met een beroep op de parlementaire geschiedenis en geeft dan de strekking van artikel 3:291 lid 2 BW weer.

46. Cursivering in cassatiemiddel.

47. Fesevur 2002.

‘3.5.1 (...) De strekking van deze bepaling is dat het retentierecht jegens een derde met een ouder recht alleen kan worden uitgeoefend als er een (voldoende) verband bestaat tussen de vordering van de schuldeiser en de zaak die het betreft. Uit het vorenoverwogene volgt dat in dit geval, waarin een (raam)overeenkomst is aangegaan met betrekking tot soortzaken die in eigendom toebehoren aan een aantal (rechts)personen, het retentierecht tegenover derden met een ouder recht alleen kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om zaken waarop de vordering betrekking heeft en niet op andere zaken die onder de overeenkomst vallen. De eigenaren van deze laatste zaken behoeven in het maatschappelijk verkeer geen rekening ermee te houden dat hun zaken zullen worden gebruikt voor het verhaal van vorderingen die betrekking hebben op andere opgeslagen of gerepareerde zaken. Van degene die zaken van anderen, ter bewaring of reparatie, onder zich krijgt mag worden verwacht dat hij ermee rekening houdt dat deze zaken aan anderen dan zijn contractuele wederpartij kunnen toebehoren en dat hij met het oog op die mogelijkheid een deugdelijke registratie bijhoudt van de per zaak verrichte werkzaamheden.’

Uit het hier weergegeven citaat wordt duidelijk dat de schuldeiser geen retentierecht mag uitoefenen voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die afkomstig zijn van derden. Als ik het citaat goed lees dan bedoelt de Hoge Raad hiermee vermoedelijk ook aan te geven dat voor vorderingen die betrekking hebben op zaken van dezelfde eigenaar die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad, geen retentierecht uitgeoefend kan worden.

Zoals ik hierna nader zal betogen, kan ik met het eerste instemmen. De schuldeiser dient inderdaad niet voor vorderingen die betrekking hebben op zaken afkomstig van andere derden een retentierecht uit te oefenen. Gaat het echter om vorderingen die betrekking hebben op zaken van dezelfde derde, die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad, dan acht ik onder omstandigheden wel een verlengd retentierecht mogelijk. Ik wil in dat opzicht verdergaan dan het arrest *VGC/GE SeaCo*. Het is daarom van belang om de ratio van de wetgever en de rechter achter de inperking tot *debitum cum re iunctum* te begrijpen.

4.2.3.2 Inhoud van de bevoegdheid van de schuldenaar

Artikel 3:291 lid 2 BW geeft aan dat het moet gaan om een bevoegdheid tot het sluiten van een overeenkomst *met betrekking tot de zaak*. Ook bij de vervoerrechtelijke retentierechten komt dit naar voren. Het gaat dan steeds om een bevoegdheid van de afzender om de zaak ten vervoer ter beschikking te stellen. Of, voor de expeditie, om een bevoegdheid van de opdrachtgever jegens de derde om hem de zaak of het document ter beschikking te stellen. Steeds wordt duidelijk dat het gaat om een overeenkomst die tot doel heeft een bepaalde handeling aan de zaak te doen verrichten. Dat kan zijn reparatie, onderhoud, bewaarneming, vervoer, expeditie, enzovoort. Hiervoor verkrijgt de schuldenaar de bevoegdheid van de oudere derde om de overeenkomst met de schuldeiser te sluiten. Het ligt dan voor de hand om voor de kosten die hiervan het gevolg zijn een retentierecht toe te staan dat tegenwerpelijk is aan de oudere derde.

De bevoegdheid van de schuldenaar heeft niet de strekking om de zaak over te geven met als doel dat de schuldeiser voor vorderingen voortspruitend uit eerdere overeenkomsten (oude vorderingen) een retentierecht kan invoeren. De inhoud van de bevoegdheid brengt dus met zich mee dat slechts voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*) een retentierecht aan de oudere derde kan worden tegengeworpen. De schuldeiser mag er niet op vertrouwen dat de oudere derde bevoegdheid heeft verleend aan de schuldenaar om een overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan als gevolg waarvan de derde ook voor oude vorderingen zich een retentierecht moet laten welgevalven.

Dit laat zich nader uitwerken door het karakter van de derdenwerking nader onder de loep te nemen. In de literatuur wordt het retentierecht beschreven als een persoonlijk recht met goederenrechtelijke kenmerken. Er wordt dan steeds toegevoegd dat deze goederenrechtelijke kenmerken naar voren komen in de derdenwerking.⁴⁸ Dit wijst erop dat de derdenwerking niet is gebaseerd op verbintenisrechtelijke beginselen, maar op goederenrechtelijke beginselen. Ik meen dat dat inderdaad het geval is. In de kleine letters geef ik een verdediging hiervan. Vervolgens wordt in de hoofdtekst uitgewerkt wat dit betekent voor de inhoud van de bevoegdheid.

De gedachte dat derdenwerking van het retentierecht ten opzichte van een oudere derde verklaard kan worden vanuit goederenrechtelijke beginselen, kan het best worden begrepen vanuit de historische oorsprong van het retentierecht.⁴⁹ Aanvankelijk was het retentierecht een persoonlijk recht en kon het slechts aan de wederpartij worden tegengeworpen. In het bekende arrest *Dordtse Autogarage* uit 1933 werd overwogen dat voor de derdenwerking van het retentierecht tegen een oudere derde-eigenaar zakelijke steun ontbrak in de wet.⁵⁰ In de literatuur werd echter meer en meer verdedigd dat derdenwerking in de rede lag. Verschillende theorieën werden daarbij naar voren gebracht. Een theorie was de ongerechtvaardigde verrijking door de oudere derde.⁵¹ Deze theorie had echter dit bezwaar dat de oudere derde in veel gevallen in het geheel niet werd verrijkt. Het kon daarom niet voor alle gevallen de derdenwerking verklaren. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:291 BW lijkt deze theorie dan ook niet overgenomen.⁵² Een andere theorie richt zich op het retentierecht als verweermiddel.⁵³ Hiermee heeft de retentor niet zozeer een recht op de oudere derde, maar kan hij de derde afhouden van het opeisen van de zaken. Het gaat dus om een recht zonder positieve inhoud en dit rechtvaardigt dan de derdenwerking. Deze stelling lijkt mij onjuist. Uit het

48. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 726. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Fesevur 1988, p. 145-146.

49. Een goede weergave geeft Rank-Berenschot 1992, p.169-184. Een overzicht biedt ook Fesevur 1988, p. 145 e.v.

50. HR 16 maart 1933, NJ 1933, 790-793 m.nt. EMM; W, 12597 m.nt. R (*Dordtse Autogarage*). Vgl. ook Hof Amsterdam 24 januari 1923, NJ 1923, p. 1063-1064. Rb. Arnhem 17 maart 1927, NJ 1927, p. 1013-1014. Hof Amsterdam 6 december 1927, NJ 1928, p. 1311-1312.

51. Heyning-Plate 1969, p. 209-210. Heyning-Plate 1970, p. 195-196. Pels Rijcken 1973, p. 594-595.

52. PG Boek 3 BW, p. 887 (art. 3:291 BW). Rank-Berenschot 1992, p. 184.

53. Fesevur 1988, p. 151. Steun voor deze opvatting is te vinden in HR 1 mei 1964, NJ 1965, 339 m.nt. JHB; S&S 1966, 49 (*Echo*).

rechtskarakter van het retentierecht volgt nog niet de derdenwerking.⁵⁴ Een derde theorie is de opvatting dat tussen schuldeiser-retentor en derde sprake is van (on)middellijke vertegenwoordiging. De Hoge Raad heeft echter expliciet de opvatting verworpen dat de derde partij is.⁵⁵ Cahen heeft wel verdedigd dat de derde een contractueel betrokken derde is bij de overeenkomst tussen de retentor en zijn wederpartij. De leer van de contractueel betrokken derde is enerzijds aantrekkelijk door haar vele mogelijkheden, maar mist anderzijds scherpte.⁵⁶ Een laatste theorie beriep zich op artikel 2014 oud-BW, het huidige artikel 3:86 BW, om de derdenwerking te verdedigen.⁵⁷ De houder van de zaken mocht dan te goeder trouw menen dat zijn wederpartij bevoegd was de zaken aan hem over te geven. Er is enige steun in de parlementaire geschiedenis te vinden voor de gedachte dat artikel 3:291 lid 2 BW gebruikmaakt van hetzelfde beginsel als ten grondslag ligt aan artikel 3:86 BW.⁵⁸ Bij een beroep op artikel 3:86 BW gaat het steeds om gevallen waarin de vervreemder niet bevoegd was, maar de verkrijger meende dat hij wel bevoegd was. Artikel 3:86 BW leent zich daarom niet voor gevallen waarin de vervreemder bevoegd is. Voor de beginselen achter artikel 3:291 lid 2 BW wijst Zwitser daarom op de zakenrechtelijke middellijke vertegenwoordiging, zoals dat nu is neergelegd in artikel 3:110 BW.⁵⁹ Bij zakenrechtelijke middellijke vertegenwoordiging kan de tussenpersoon in eigen naam optreden, maar de zaken van zijn achterman bezwaren of vervreemden. Het retentierecht op de zaken kan nu, naar analogie, gezien worden als een dergelijke 'be-zwaring' van de zaken. Samenvattend kan dan worden gesteld dat de beginselen achter artikel 3:291 lid 2 BW van goederenrechtelijke oorsprong zijn. De beginselen zijn dezelfde als die spelen bij artikel 3:86 BW en 3:110 BW. Ook in meer recente literatuur wordt met enige regelmaat gewezen op het beginsel achter artikel 3:86 BW bij de derdenwerking van contractuele bedingen.⁶⁰

Van alle genoemde theorieën acht ik de laatstgenoemde de meest overtuigende. Het verklaart waarom in de derdenwerking van het retentierecht een goederenrechtelijk element verborgen zit. De theorieën van verbinte-

-
54. Bovendien is de derde dan wel gebonden aan een verplichting tot dulden van het retentierecht. Asser 3-III/Van Oven 1978, p. 73-74. Rank-Berenschot 1992, p. 181-182.
55. HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 m.nt. GJS (*Kribbebijter*). HR 28 juni 1996, NJ 1997, 494 m.nt. WMK; S&S 1996, 101 (*Moksel/KVV*). Hierover: Meijer 1997 en Haak 1997a. Vertegenwoordigingstheorieën om derdenwerking van een exoneratie of het retentierecht te verklaren zijn onder meer naar voren gebracht door Schoordijk 1964, p. 13. Schoordijk 1970, p. 390 e.v. Van Schilfgaarde 1969, p. 23. Kortmann 1977, p. 37, 73. Heyning-Plate 1972, p. 150. Kritiek is onder meer te vinden bij Asser 2-I/Van der Grinten 1990, p. 110. Van Schilfgaarde 1981, p. 301. Van Schilfgaarde 1979, p. 558. Groefsema 1993, p. 129.
56. Cahen 1965, p. 496 en Cahen 1968. De leer wordt door Cahen en Du Perron aangehangen. Kritisch: Asser 2-I/Kortmann 2004, nr. 125.
57. Eggens 1926, p. 90. Eggens 1934, p. 302. Pitlo 1949, p. 558 e.v. Schoordijk 1973, p. 148-149. Zwitser 1984, p. 129-131. Voor toepassing van de 2014 BW-constructie op de derdenwerking van exoneratiebedingen, zie Drion 1957, p. 257-259. Aubel 1972, p. 11, p. 38-39.
58. Zwitser 1984, p. 130. Daarbij kan worden opgemerkt dat in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:291 lid 2 BW een analogie gemaakt wordt met art. 2014 oud-BW. PG Boek 3 BW, p. 885. Vgl. ook Rank-Berenschot 1992, p. 184.
59. Zwitser 1982. Zwitser 1984, p. 132 e.v. Zwitser 1992, p. 479, 482-483. Haak & Zwitser 2003, p. 318-319, 388. Vgl. ook Groefsema 1993, p. 131-132. Kritisch: Du Perron 1999, p. 330.
60. Bakels 1996, p. 51. Haak & Zwitser 2003, p. 317, 388. Cahen 2004, p. 21-22.

nisrechtelijke oorsprong moeten een persoonlijke rechtsverhouding tussen de schuldeiser en derde veronderstellen. Een derde staat echter in geen enkel opzicht in een persoonlijke verhouding tot de schuldeiser, toch moet hij het retentierecht dulden. Een goederenrechtelijke benadering biedt hiervoor een verklaring.

Het is deze gedachte die ook rechtsvergelijkend, waarin de derdenwerking van het retentierecht op een goederenrechtelijke grondslag wordt geplaatst, de hoogste ogen gooit. Met name in het Franse en Belgische recht wordt gegrepen naar een goederenrechtelijke benadering.⁶¹

Wanneer men eenmaal aanvaardt dat de derdenwerking van het retentierecht tegen een oudere derde op goederenrechtelijke leest is geschoeid, dan wordt onmiddellijk duidelijk waarom het retentierecht is beperkt tot vorderingen *debitum cum re iunctum* en niet is verlengd tot oude vorderingen. De analogie met het pandrecht kan daarbij behulpzaam zijn.

Bij een pandrecht wordt geen verband tussen vordering en zaak vereist. Het pandrecht kan daarom tot zekerheid strekken voor alle vorderingen die de schuldeiser op de schuldenaar heeft. Daartoe is wel vereist dat de pandgever-schuldenaar beschikkingsbevoegd is de zaken in pand te geven. Een logistiek dienstverlener is echter in de praktijk niet beschikkingsbevoegd ten aanzien van de zaak. Dat betekent dat een pandrecht niet tot stand komt. Een beroep op de goede trouw door de schuldeiser (3:238 BW) zal niet slagen, omdat hij weet dat de pandgever niet beschikkingsbevoegd is.

Voor het retentierecht geldt niet de eis dat de schuldenaar beschikkingsbevoegd moet zijn ten aanzien van de zaak, maar wel dat hij bevoegd moet zijn om de overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan. De bevoegdheid is beperkt tot het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot de zaak. De schuldenaar zal in beginsel geen toestemming hebben verkregen van de oudere derde om de inhoud van de overeenkomst uit te laten strekken tot zaken die niet toehoren aan de oudere derde. Hiervoor mist de schuldenaar dus bevoegdheid.

Omdat het vertrouwensbeginsel uit artikel 3:291 lid 2 BW dezelfde inhoud heeft als het vertrouwensbeginsel uit artikel 3:238 BW, namelijk het bestaan van (beschikkings)bevoegdheid van de wederpartij, betekent dit dat de schuldeiser ook niet mag verwachten dat de schuldenaar bevoegd zal zijn voor oude vorderingen de zaak 'in retentie te geven'.⁶² Slechts het vertrouwen op de mogelijkheid van een retentierecht voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak wordt beschermd. Deze conclusie geldt naar mijn mening zowel voor het wettelijke retentierecht als

61. Belgisch recht: M.E. Storme, noot onder Hof van Cassatie 27 april 2006, *R.W.* 2007-08 (10 mei 2008, nr. 37), p. 1541-1547, 1544. Storme 2006, p. 572. Hij verwijst daarbij naar de conclusie van A-G Krings onder Hof van Cassatie 7 oktober 1976, *R.W.* 1976-77, p. 1832-1834 en *Pas.* 1997-I, p. 154-165 (*Teinturia*). Storme duidt het retentierecht wel aan als een wettelijk pandrecht. Vgl. verder Dirix & De Corte 2006, nr. 547, 551 waar wordt gegrepen naar goederenrechtelijke leerstukken, zoals de vertrouwensleer, om de derdenwerking te rechtvaardigen. Hof van Cassatie 16 juni 1995, *TBH* 1996, p. 215-225 m.nt. Dirix. Naar Frans recht wordt het retentierecht gezien als een zakelijk recht. Simler & Delebecque 2009, nr. 600. Cour de Cassation 24 septembre 2009 (Arrêt n° 884 du 24 septembre 2009 (08-10.152) — Première chambre civile) (*Sea SPA/X, Y, A*).

62. In § 4.2.1.1 kwam aan de orde dat de goede trouw in de art. 3:291 lid 2 BW en 3:86 BW dezelfde inhoud heeft.

neergelegd in artikel 3:291 lid 2 BW, als voor het contractuele retentierecht. Dit standpunt wordt hierna kort uitgewerkt.

4.2.3.3 Wettelijk en contractueel retentierecht. Bevoegdheid en vertrouwen

In deze paragraaf werk ik mijn vooronderstelling uit dat dezelfde beginselen achter de derdenwerking van het wettelijke retentierecht uit artikel 3:291 lid 2 BW zitten, als dat zit achter de derdenwerking van een contractueel retentierecht. Het in de wet gebruikte begrip bevoegdheid, geldt op dezelfde manier voor de derdenwerking van een contractueel retentierecht.⁶³ Als ik hierin gelijk heb, dan kunnen beide situaties, derdenwerking van een wettelijk retentierecht en derdenwerking van een contractueel retentierecht, op een gelijke wijze worden beoordeeld. Van belang is hierbij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de derdenwerking van exoneratiebedingen.⁶⁴ Het uitgangspunt is daarbij steeds dat contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen.⁶⁵ In bepaalde gevallen kan een uitzondering op dit beginsel worden aanvaard.

‘3.4. (...) Daarbij moet onder meer worden gedacht – kort samengevat – aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen (HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249) en voorts aan de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept (HR 12 jan. 1979, NJ 1979, 362). Bij beantwoording van de vraag waar de grens ligt zal voorts mede rekening moeten worden gehouden met het stelsel van de wet, in het bijzonder indien de wet aan bepaalde daarin geregelde overeenkomsten binnen zekere grenzen werking jegens derden toekent en het betreffende geval in dit stelsel moet worden ingepast.’⁶⁶

De Hoge Raad noemt drie elementen. Slechts het eerste element heeft exclusief betrekking op de wil van partijen. Het gaat dan om vertrouwen op gedragingen van de derde. Hier komt naar voren het toedoen aan de ene kant, en het vertrouwen aan de andere kant. De overige twee elementen zijn van andere aard. Het tweede element, de aard van de overeenkomst en het beding in verband met de bijzondere relatie tussen de derde en de exonerant, duidt op een bepaalde feitelijke betrokken-

63. Bij de derdenwerking van contractuele bedingen wordt steeds gewezen op de tweeslag van toedoenbeginsel (instemming) en vertrouwensbeginsel. Haak & Zwitser 2003, p. 327-328 en p. 368. Noot Cahen onder HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40 m.nt. J.L.P. Cahen (*Vojvodina/ECT*). Cahen 2004, p. 21-22. Du Perron 1999, p. 14 e.v.; p. 323 e.v. Vgl. verder Hoetink 1982, p. 192 e.v. HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 m.nt. GJS (*gegaste uien*). Kritisch: Vranken 2000, p. 863. Vranken 2002, p. 42-44.

64. HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 m.nt. GJS (*Moffenkitt*); HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 m.nt. GJS (*gegaste uien*); HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB; S&S 1979, 35 (*Securicor*); HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 m.nt. G; S&S 1986, 120 (*Deka-Hanno/Citronas*); HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40, m.nt. JLP; S&S 1989, 121 (*Vojvodina/ECT*); HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553, m.nt. JMBV; S&S 2000, 72 (*Sungreen*).

65. Dit is het relativiteitsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 1376 oud-BW. Voor het huidige BW, PG Boek 6, p. 917. Du Perron 1999, p. 12-13. Het relativiteitsbeginsel staat ook bekend als Romeins adagium ‘Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesset potest’. Hierover in het algemeen: Kortmann 1993.

66. HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 m.nt. G; S&S 1986, 120 (*Deka-Hanno/Citronas*).

heid bij elkaars handelen. Met Cahen zou ik menen dat het criterium wat vaag is.⁶⁷ Ten laatste kan het stelsel van de wet bepalen of derdenwerking mogelijk is en wat er de grenzen van zijn. Het criterium spreekt voor zich, maar wijst niet altijd in een bepaalde richting.⁶⁸ Het eerste element kan door partijen worden ingevuld. Het is dit criterium dat ik de grootste rol wil toekennen in het bepalen van derdenwerking. De reden hiervoor is dat partijen in het handelsverkeer vrij moeten zijn om hun eigen rechtspositie in te vullen. Aan de partijautonomie komt in het handelsverkeer een doorslaggevende rol toe. Wil men dat aanvaarden dan is de rechtsgrond voor derdenwerking voor het wettelijke retentierecht en het contractuele retentierecht hetzelfde. Beide zijn terug te voeren op een toedoen door de oudere derde, waardoor de schuldenaar bevoegd wordt de overeenkomst met de schuldeiser aan te gaan. Is een dergelijk toedoen niet aanwezig, dan komt de schuldeiser bescherming toe in het geval hij heeft vertrouwd op het bestaan van een bevoegdheid van de schuldenaar. Ik zal nu proberen de inhoud van deze bevoegdheid nader te bepalen en de grenzen ervan aangeven.

4.2.3.4 Verlengd retentierecht in de lagere rechtspraak

In de lagere Nederlandse rechtspraak wordt in de meeste gevallen geoordeeld op dezelfde wijze als in *VGC/GE SeaCo*. Een retentierecht kan jegens een oudere derde slechts worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*).⁶⁹ In enkele uitspraken werd echter een verlengd retentierecht toegestaan, dus een retentierecht dat ook kan worden ingeroepen voor oude vorderingen. Het gaat dan steeds om een contractueel bedongen retentierecht waaraan derdenwerking wordt toegekend. Ik noem hier *Hera/Centropa* en *Asbisc/MAT*.⁷⁰

In *Hera/Centropa* is sprake van een expediteur Hera die het vervoer van vruchten- en groentenconserven van Nederland naar Duitsland op zich neemt. Als vervoerder schakelt Hera dan GTS in, terwijl GTS Centropa inschakelt als ondervervoerder. Op een gegeven moment heeft Centropa een grote vordering, een bedrag van ongeveer fl. 350.000, als gevolg van het uitvoeren van verschillende vervoerovereenkomsten, op GTS uitstaan. Centropa wil hiervoor een retentierecht uitoefenen jegens Hera die gemachtigd is door de eigenaren van de conserven om op te treden tegen Centropa. De president van de rechtbank Utrecht merkt hierover op:

67. Cahen 2004, p. 22.

68. Haak & Zwitser 2003, p. 328-331 die ten aanzien van het arrest *Sungreen* menen dat het wettelijk stelsel in een andere richting wijst dan de Hoge Raad hier aannam.

69. Bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 7 mei 1993, *S&S* 1994, 42 (*Odin 1*) en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, *S&S* 1994, 97 (*Odin 2*). Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1995, *S&S* 1997, 78 (*Cereoll/Kamar*). Pres. Rb. Zwolle 31 januari 2001, *S&S* 2002, 8 (*Van der Spek/Grolleman*). Rb. Amsterdam 7 januari 1981, *NJ* 1981, 478 (*Edeltufting/Houthoff*).

70. Pres. Rb. Utrecht 6 november 1986, *S&S* 1988, 86; *KG* 1987, 147 (*Hera/Centropa*). Rb. Dordrecht 4 september 2003 en Hof 's-Gravenhage 8 februari 2005, *S&S* 2008, 14 (*Asbisc/MAT*). Andere uitspraken van derdenwerking van een contractueel retentierecht zijn onder meer Pres. Rb. Zwolle 30 november 1990, *S&S* 1991, 78 (*Mentrex/Keijl*). Rb. Rotterdam 14 november 1986 en Hof 's-Gravenhage 19 juni 1987, *NJ* 1988, 65 (*Algrado/Transovex*). Pres. Rb. Rotterdam 15 mei 1987, *S&S* 1987, 128 (*Mitsubishi/Transbox*). Rb. Rotterdam 16 mei 1980, *S&S* 1980, 114 (*Ruys/ROS*). Pres. Rb. Leeuwarden 29 augustus 1985, *S&S* 1986, 137 (*Campina/Siegersma*).

‘3.3. In het onderhavige geval kan Centropa de bedingen die in haar rechtsverhouding tot GTS gelden, in beginsel ook aan Hera tegenwerpen. Weliswaar hebben pp. niet rechtstreeks met elkaar gecontracteerd, maar uit hetgeen Hera bij dagvaarding dienaangaande zelf heeft gesteld kan minst genomen worden afgeleid dat zij rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat GTS voor de opslag van de goederen een ander zou inschakelen, en op dit punt aan GTS dus min of meer de vrije hand heeft gelaten. De condities waaronder GTS vervolgens met Centropa heeft gecontracteerd zijn in deze bedrijfstak – waartoe Hera zelf ook behoort – zo gebruikelijk, dat Hera er op bedacht behoorde te zijn dat GTS zich aldus jegens een derde, i.c. Centropa, zou verbinden. Derhalve moet – als uitzondering op de regel dat een overeenkomst alleen de daarbij betrokken pp. bindt – voorshands worden geconcludeerd dat de bedoelde voorwaarden in beginsel ook tegenover Hera gelding hebben.’

Hier wordt in de eerste plaats gegrepen naar het criterium van de vrije hand uit *gegaste uien*⁷¹ om de derdenwerking te rechtvaardigen. De tussenspersoon heeft de vrije hand gekregen om te contracteren met een derde en dit rechtvaardigt dat de derde een retentierecht voor alle vorderingen tegenwerpen kan aan de oudere derde-eigenaar. In de tweede plaats wordt de nadruk erop gelegd dat het gaat om een gebruikelijke clause, die aan een ieder in de bedrijfstak bekend is. Deze twee elementen, namelijk dat het gebruikelijke voorwaarden betreft en dat er sprake is van betrokkenheid (vrije hand) van de oudere derde-eigenaar rechtvaardigen dan de derdenwerking.

Met het oordeel kan niet worden ingestemd. De schuldenaar GTS heeft in beginsel slechts de bevoegdheid verkregen om de zaken over te geven aan Centropa en niet om een retentierecht voor oude vorderingen tot stand te doen komen ten gunste van Centropa. Het criterium van de vrije hand kan daarom slechts worden gebruikt om de derdenwerking van een retentierecht voor huidige vorderingen te verklaren. De regel dat er sprake is van een gebruikelijk beding maakt dat niet anders, omdat de bevoegdheidsverlening door de oudere derde Hera niet op het beding ziet, maar op het overgeven van de zaak.

Een andere uitspraak is *Asbisc/MAT*. Asbisc verkoopt onder eigendomsvoorbehoud twee partijen computerapparatuur aan de Russische kopers Kempton en Sledopit. Voor het vervoer naar Rusland schakelen de kopers de Russische expediteur Logrus in. Logrus geeft aan MAT, een Nederlandse expediteur, de opdracht om de computerapparatuur onder zich te nemen. Dat doet MAT en zij vervoert de computerapparatuur naar haar opslag in Zwijndrecht. Tussen MAT en Logrus gelden de in de bedrijfstak gebruikelijke FENEX-voorwaarden. De kopers betalen niet en Asbisc vordert afgifte van de computerapparatuur van MAT. MAT beroept zich op een retentierecht uit de FENEX-voorwaarden voor vorderingen die zij nog op Logrus heeft uitstaan. De voorzieningenrechter begint met het uitspreken van het relativiteitsbeginsel en noemt de uitzonderingen hierop inzake *gegaste uien*, *Securicor* en *Sungreen*. De voorzieningenrechter stelt vervolgens dat verkoper Asbisc aan de kopers de vrije hand heeft gelaten om het vervoer te regelen. Deze kopers Kempton en Sledopit hebben verder aan Logrus de vrijheid gegeven om de overeenkomst met

71. HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 m.nt GJS (*gegaste uien*).

MAT onder de Fenex-voorwaarden aan te gaan. Een en ander leidt tot de conclusie dat MAT mocht menen dat Logrus bevoegd was met haar te contracteren op basis van de FENEX-voorwaarden. Bovendien heeft MAT de zaken afgehaald bij Asbisc. Asbisc heeft daarbij niet gewezen op het eigendomsvoorbehoud. Een en ander rechtvaardigt dan dat MAT haar contractuele retentierecht kan inroepen tegen Asbisc.

Het Hof 's-Gravenhage gaat hierin niet mee. Wel aanvaardt het hof dat tussen MAT en Logrus de FENEX-voorwaarden golden, maar doorwerking wordt niet toegestaan. Het wettelijk stelsel staat hieraan in de weg. Artikel 8:69 lid 2 BW, het wettelijke retentierecht van de expediteur, immers staat derdenwerking voor oude vorderingen niet toe. Hetzelfde geldt voor artikel 3:291 lid 2 BW. Daarnaast blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de minister derdenwerking voor oude vorderingen niet gerechtvaardigd achtte.⁷²

De uitspraak van het Hof acht ik correct. Ook hier kan het criterium van de vrije hand niet met zich meebrengen dat voor oude vorderingen een retentierecht wordt tegengeworpen aan de oudere derde. Het hof motiveert dit door te wijzen op het stelsel van de wet. Ik acht dit gerechtvaardigd, omdat, zoals ik hierboven heb verdedigd, aan de derdenwerking van een wettelijk en contractueel retentierecht dezelfde rechtsbeginselen ten grondslag liggen. Dat betekent dat de schuldeiser wel mocht menen dat zijn wederpartij de vrije hand had om een overeenkomst met betrekking tot de zaak te sluiten, maar niet om een retentierecht voor oude vorderingen met derdenwerking ten opzichte van een oudere derde overeen te komen.

4.2.4 Verlengd retentierecht in een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding

4.2.4.1 *De conclusie van procureur-generaal Hartkamp. Het verkeersbelang*

In het voorgaande is het stelsel van het retentierecht tegen een oudere derde als neergelegd in artikel 3:291 lid 2 BW bijgevalen. In deze paragraaf wil ik een stap verder doen. Zoals ik hieronder (§ 4.2.4.2) zal uiteenzetten acht ik in verbintenisrechtelijke rechtsverhoudingen het onder omstandigheden mogelijk dat een retentierecht wordt ingeroepen voor oude vorderingen. Op het eerste gezicht lijkt dit in tegenspraak met de conclusie van procureur-generaal Hartkamp onder *VGC/GE SeaCo*, die stelt dat de schuldeiser geen retentierecht voor oude vorderingen kan tegenwerpen aan de oudere derde. Ik moet daarom eerst de argumenten van Hartkamp nader bespreken.

Hartkamp stelt dat de schuldeiser geen retentierecht mag tegenwerpen aan de derde voor vorderingen op zaken die toebehoren aan andere derden. Hiermee kan ik, zoals ik hierboven heb verdedigd, instemmen. Hij voert verder aan dat de schuldeiser ook geen retentierecht mag tegenwerpen aan de oudere derde-eigenaar voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die afkomstig zijn van dezelfde eigenaar en die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad. De schuldeiser heeft deze zaken weer vrijgegeven, maar is daar nog niet voor betaald. In beide gevallen, zo stelt Hartkamp, is het voor risico van de schuldeiser dat hij de vordering op de schuldenaar zo hoog heeft laten oplopen. Hij is immers in staat de tijdige

72. Zie PG Boek 8, p. 80, 1104.

betaling van zijn facturen te bewaken.⁷³ Het arrest van de Hoge Raad onderschrijft, als ik het goed zie, de conclusie van Hartkamp op dit punt.⁷⁴

De argumentatie van Hartkamp om slechts een retentierecht voor huidige vorderingen (*debitum cum re iunctum*) toe te staan is volgens mij niet doorslaggevend. Het argument is dat de schuldeiser in staat is de tijdige betaling van zijn facturen te bewaken. Deze observatie past niet goed in de economische werkelijkheid waarin logistieke dienstverleners functioneren. Zaken worden snel van hand tot hand overgegeven. De logistieke dienstverlener geeft zaken uit handen om onmiddellijk weer andere zaken te ontvangen. Deze nieuwe zaken kunnen afkomstig zijn van dezelfde debiteur. De benadering dat de schuldeiser de vordering niet te hoog moet laten oplopen, betekent in feite dat de schuldeiser ertoe moet overgaan om de zaken niet af te geven dan na betaling van het verschuldigde loon. Daardoor stopt het handelsverkeer. De omloopsnelheid van de zaken die worden doorgegeven aan de volgende schakel neemt immers af, indien steeds eerst betaling moet worden afgewacht. Een te grote nadruk op de betaling van vordering verdraagt zich daarom niet met de gedachte van een vlot handelsverkeer. De economische werkelijkheid is dus zo dat de schuldeiser niet in staat is de tijdige betaling van zijn facturen te bewaken.⁷⁵

Dat betekent dat het risico van wanbetaling door de schuldenaar steeds een latent gevaar is. Het gelijk van Hartkamp ligt daarin dat het uitgangspunt daarbij inderdaad moet zijn dat het risico van de non-betaling ligt bij de logistieke dienstverlener-schuldeiser. Onder omstandigheden is de oudere derde-eigenaar echter zo dicht bij de overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser betrokken dat dit de uitoefening van een retentierecht voor oude vorderingen jegens de oudere derde rechtvaardigt. Het gaat dan steeds om gevallen waarin sprake is van een bepaalde verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen oudere derde en schuldeiser. De belangenafweging dient dan meer in het voordeel van de schuldeiser uit te vallen. Het resultaat is dan steeds dat een retentierecht voor oude vorderingen aan de oudere derde-eigenaar wordt tegengeworpen voor zover de oude vorderingen betrekking hebben op zaken van dezelfde oudere derde-eigenaar, die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad.⁷⁶

4.2.4.2 Houderschap met een verbintenisrechtelijk element

In de vorige paragraaf ging het steeds om gevallen waarbij de rechtsband tussen eigenaar en retentor liep via de zaken. Tussen retentor en eigenaar is niet sprake

73. Ov. 18 van de conclusie van Hartkamp onder *VGC/GE SeaCo*. Hij geeft nog een argument aan waarom de schuldeiser geen verdere bescherming toekomt. De schuldeiser dient rekening met de mogelijkheid te houden dat de zaken toebehoren aan een derde en dient met het oog op die mogelijkheid een deugdelijke registratie te hebben van per zaak verrichte werkzaamheden. Ik begrijp niet helemaal waarom de verplichting tot het voeren van een deugdelijke registratie ertoe zou moeten leiden dat niet meer bescherming aan de retentor toekomt. Deze verplichting kan er immers hoogstens toe dienen om nauwkeuriger te onderscheiden tussen vorderingen aan de zaken en andere vorderingen. In zoverre heeft de verplichting tot het voeren van een deugdelijke registratie zin. Als verklaring dat geen verdere bescherming mogelijk is, schiet zij echter tekort.

74. Ik ben er niet geheel zeker van of r.o. 3.5.1 slechts betrekking heeft op zaken die afkomstig zijn van andere derden dan *GE SeaCo* of dat het ook betrekking heeft op andere zaken van *GE SeaCo*. Ik meen dat het beide situaties omvat.

75. Hiermee zien we het beginsel van het verkeersbelang naar voren komen.

76. Zo ook *Claringbould 2010c*, p. 4.

van een contractuele band, maar dat neemt niet weg dat de retentor de zaken houdt voor de eigenaar.⁷⁷ Dit houderschap, dat de schuldeiser met toestemming van de oudere derde heeft verkregen of op welke toestemming hij mocht vertrouwen, rechtvaardigt derdenwerking van een retentierecht voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*).⁷⁸

Onder omstandigheden kan zich naast het houderschap ook een verbintenisrechtelijk element voordoen. De rechtsband tussen schuldeiser en oudere derde loopt dan niet meer uitsluitend via de zaken. De oudere derde is op de een of andere wijze betrokken geraakt bij de overeenkomst die de schuldeiser heeft met de schuldenaar. Het zijn deze gevallen die ik hier nader onder de loep wil nemen. Dit verbintenisrechtelijk element is alleen van belang in die gevallen waarin de oudere derde betrokken is geweest bij de zaken die de schuldeiser-dienstverlener eerder onder zich heeft gehad. Voor huidige vorderingen kan de retentor immers steeds artikel 3:291 lid 2 BW inroepen en bij vorderingen op zaken die afkomstig zijn van andere derden zal de derde tegen wie het retentierecht wordt tegengeworpen niet betrokken zijn geweest.

Ik wil hierna de aandacht vestigen op drie situaties waarin een verbintenisrechtelijk element een rol gaat spelen.⁷⁹ Dat is ten eerste de lastgeving. De lastgever kan onder omstandigheden een retentierecht voor oude vorderingen tegengeworpen krijgen. Ten tweede bekijken we de situatie waarin sprake is van feitelijk contact tussen een derde en de retentor. Ten derde ga ik in op contractuele mogelijkheden tot verlenging van het retentierecht. Het gaat dan om het bestaan van contractketens.

We hebben dergelijke gevallen waarin sprake was van een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen retentor en derde al in vorige hoofdstukken gezien. In hoofdstuk 2 ging het om een ladingontvanger die op basis van een derdenbeding toetreedt tot de vervoerovereenkomst.⁸⁰ Hij kon in dat geval een retentierecht tegengeworpen krijgen voor vorderingen waarvan hij geen schuldenaar was maar die betrekking hadden op de zaken, zoals een vordering voor foutvracht en overliggeld in de laadhaven. Dit is een voorbeeld waarin een verbintenisrechtelijk tot stand gekomen rechtsverhouding tussen vervoerder en een derde een retentierecht mogelijk maakt.

Het verschil tussen deze paragraaf 4.2.4 en de vorige paragraaf 4.2.3 kan worden toegelicht met een verwijzing naar het Engelse recht. Naar Engels recht kan derdenwerking van bedingen worden verkregen door middel van *bailment on terms* en door *agency*.⁸¹ Aan artikel 3:291 lid 2 BW ligt naar

77. Zie voor deze problematiek, namelijk wie houder is en voor wie hij houdt, hoofdstuk 3.

78. Vgl. een soortgelijke opmerking voor de derdenwerking van exoneratieclausules, Zwitser 2000b, p. 89-90.

79. In theorie zijn meer verbintenisrechtelijke rechtsverhoudingen denkbaar, bijvoorbeeld die het gevolg zijn van ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming. Bij zaakwaarneming zal zich niet spoedig voordoen het geval waarin de zaakwaarnemer meerdere zendingen behartigt. Het zal gewoonlijk slechts gaan om vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Op grond van art. 3:120 lid 3 BW jo. 3:124 BW kan de zaakwaarnemer dan een retentierecht uitoefenen. Vgl. ook HR 10 december 1948, NJ 1949, 122 m.nt. PHANH (*Marcel Petit*).

80. Strikt genomen is de derde dan geen derde meer, maar partij bij de vervoerovereenkomst geworden. Historisch gezien wordt echter de figuur van het derdenbeding meestal behandeld bij de derdenwerking van contractuele bedingen. Haak & Zwitser 2003, p. 312.

81. Kornet 2009, p. 136.

mijn gevoel een element van *bailment*, houderschap, ten grondslag.⁸² Dat sluit echter een andere manier van derdenwerking, namelijk op grond van *agency*, vertegenwoordiging, niet uit. De volgende paragraaf zal dat nader laten zien.

4.2.4.3 Lastgeving

In de logistieke dienstverlening komt de figuur van de lastgeving veel voor. Een voorbeeld is de stuwadoor die in opdracht van een ontvangstexpediteur overgaat tot het lossen van de lading uit het schip. De ontvangstexpediteur treedt dan op als lasthebber voor de koper.⁸³

Bij gevallen van lastgeving zal de lasthebber meestal in eigen naam optreden. Dat heeft tot gevolg dat tussen de lastgever en de derde in beginsel geen contractuele band bestaat. De derde kan dan ook alleen een retentierecht aan de lastgever tegenwerpen op grond van artikel 3:291 lid 2 BW, dus voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak.

Soms kunnen echter de lastgever en de derde dichter bij elkaar komen te staan. Ik heb hier het oog op de gevallen, zoals genoemd in artikel 7:420 BW en 7:421 BW. In deze gevallen acht ik het niet onmogelijk dat ook voor oude vorderingen een retentierecht wordt uitgeoefend.

Artikel 7:420 BW geeft een regel wat moet geschieden in geval de lasthebber zijn verplichtingen jegens de lastgever niet nakomt of in staat van faillissement geraakt.⁸⁴

De lastgever kan in dat geval de voor overgang vatbare rechten van de lasthebber jegens de derde op zich doen overgaan. De lastgever kan deze rechten vervolgens uitoefenen ten opzichte van de derde. Dat betekent bijvoorbeeld dat de lastgever het recht op aflevering uit de overeenkomst tussen lasthebber en derde kan uitoefenen. De keerzijde hiervan is dat de derde zich kan verzetten tegen de uitlevering van de zaken door uitoefening van het retentierecht uit zijn overeenkomst met de lasthebber. Dat kan als volgt worden verklaard. De lastgever kan alleen de voor overgang vatbare rechten van de lasthebber jegens de derde op zich doen overgaan. Met deze zinsnede wordt een verband blootgelegd met de cessie.⁸⁵ De cessie regelt immers ook de overgang van rechten. Bij een cessie behoudt de schuldenaar zijn (relatieve) verweermiddelen (6:145 BW). Het lijkt dan ook logisch om daaraan analoog ook bij de invulling van artikel 7:420 BW de derde zijn verweermiddelen te laten behouden. Dat betekent dat hij zijn retentierecht uit de overeenkomst met

82. Vgl. Haak & Zwitser 2003, p. 327-328 die de regeling uit art. 7:608 lid 2 en 4 BW met art. 3:291 lid 2 BW vergelijken. Het gaat in het eerstgenoemde art. om bewaarneming.

83. Bewaarneming, vervoer en expeditie vallen strikt genomen niet onder regeling van de lastgeving (7:400 BW). Voor deze gevallen meen ik echter dat analoge interpretatie mogelijk is van de lastgevingsbepalingen (7:424 BW). In weerwil van art. 7:424 lid 2 BW dient dit ook te worden aangenomen voor gevallen van expeditie en vervoer. Haak & Zwitser 2003, p. 185-188. Theunissen 1997, p. 72-73. Van Beukering-Rosmuller 1992, p. 14-15. Vgl. Arbitraal vonnis 12 september 2002, S&S 2003, 82. Overigens is de ontvangstexpediteur geen expediteur in enge zin (8:60 BW), maar moet hij worden gekwalificeerd als een lasthebber voor de koper.

84. Art. 8:63 lid 2 BW bevat een bijzondere regeling voor de expediteur. Bij art. 7:420 en 7:421 BW wordt ook gewezen op de wet schuldsanering natuurlijke personen. Deze zal echter in de logistieke dienstverlening niet snel een rol vervullen. Verdedigbaar acht ik dat art. 7:420 en 7:421 BW worden uitgebreid met de situatie als beschreven in art. 6:80 BW. Het gaat dan om het geval wanprestatie zeker zal plaatsvinden of dat goede gronden aanwezig zijn dat wanprestatie zal plaatsvinden.

85. PG Boek 7 BW, p. 356. Snijders 1969, p. 24. Meijer 1999, p. 134. Bowstead & Reynolds 2006, nr. 8-071.

de lasthebber aan de lastgever kan tegenwerpen. Voor zover geen retentierecht is opgenomen in deze overeenkomst, zou ik menen dat hij voor deze situatie een beroep kan doen op artikel 6:52 BW. Dit artikel zou dan analogisch op deze situatie kunnen worden toegepast.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een fysieke distributeur verzorgt de hele behandeling van de zaken uit het zeeschip, zoals het lossen, overpakken van de zaken, douane, opslag en dergelijke. De distributeur maakt daarbij gebruik van een vaste stuwadoor om de lading uit het schip te lossen. Tussen de fysieke distributeur en de stuwadoor is daartoe een duurovereenkomst gesloten. Op een gegeven moment komt de distributeur in betalingsproblemen en gaat failliet. De eigenaar kan dan, wanneer voldaan is aan artikel 7:420 BW, aan de stuwadoor verzoeken om zijn werkzaamheden voort te zetten, maar om daarna aan hem af te leveren. De stuwadoor zal hiertoe bereid zijn wanneer hem een retentierecht toekomt voor de vordering die hij op de fysieke distributeur heeft uitstaan. Naar mijn mening is dat mogelijk voor zover de oude vordering betrekking heeft op zaken die toebehoren aan de lastgever. De restrictie tot een vordering die betrekking heeft op zaken van de oudere derde vloeit voort uit artikel 7:420 BW. De lastgever kan immers niet de rechten van de lasthebber uitoefenen, voor zover deze rechten zijn voortgevloeid uit een overeenkomst van lastgeving met een andere lastgever. Dat betekent dat het retentierecht voor huidige en oude vorderingen kan worden uitgeoefend voor zover de lastgever de rechten uit de overeenkomst op zich kan doen overgaan. Het spiegelbeeld van artikel 7:420 BW is artikel 7:421 BW. Dit betreft de situatie dat de lasthebber zijn verplichtingen jegens de derde niet nakomt of in staat van faillissement geraakt. In dat geval kan de derde zijn rechten uit de overeenkomst met de lasthebber uitoefenen ten opzichte van de lastgever. Er is hier wel een beperking: de derde kan zijn rechten slechts uitoefenen voor zover de lastgever op overeenkomstige wijze jegens de lasthebber gehouden is.⁸⁶ Is dat het geval, dan kan de derde de lastgever aanspreken tot het betalen van de oude vorderingen. Voor zover de lastgever dan eist dat de derde de zaken afgeeft, kan hij naar mijn mening een retentierecht uitoefenen voor deze oude vorderingen.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een bewaarnemer slaat gedurende een maand 10 ladingen chemicaliën in tanks op. Aan het einde van de maand heeft de bewaarnemer 6 zendingen uitgeleverd aan derden. De overige 4 zendingen bevinden zich nog in de tanks. Op dat moment gaat de wederpartij van de bewaarnemer, een expeditiebedrijf, failliet. De bewaarnemer kan dan geconfronteerd worden met de opdrachtgever van de expediteur, de eigenaar van de chemicaliën, die de nog in de tanks opgeslagen 4 zendingen komt opeisen. Artikel 3:291 lid 2 BW zou strikt genomen met zich meebrengen dat maar voor de nog in de tank opgeslagen 4 zendingen een retentierecht uitgeoefend kan worden. Uit artikel 7:421 BW volgt echter dat de bewaarnemer de eigenaar kan aanspreken voor de kosten van de 10 zendingen voor zover de eigenaar nog jegens het expeditiebedrijf gehouden is. Ik zou menen dat de bewaarnemer dan ook voor de kosten van deze 10 zendingen een retentierecht kan uitoefenen. De bewaarnemer kan zich op grond van artikel 7:421 BW beroepen op het contractuele retentierecht uit zijn overeenkomst met de lasthebber. Voor zover dat niet toereikend is kan hij zich naar mijn mening ook

86. Vgl. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 494 m.nt. WMK; S&S 1996, 101 (*Moksel/KVV*).

beroepen op artikel 6:52 BW. Dit artikel dient naar mijn mening naar analogie op deze situatie van toepassing te worden verklaard.

4.2.4.4 *Bijzondere relatie met feitelijke contacten. Datema/Pereira q.q.*

Met het hiervoor omschreven geval van lastgeving zijn naar mijn mening niet alle gevallen gedekt waarin een retentierecht voor oude vorderingen mogelijk is. Soms is sprake van een bijzondere relatie tussen de derde en degene die het retentierecht inroept.⁸⁷ Dat kan zich voordoen wanneer er sprake is van feitelijke contacten tussen de schuldeiser en de oudere derde. Onder omstandigheden kan dit de uitoefening van een retentierecht voor oude vorderingen jegens de oudere derde rechtvaardigen.

Een voorbeeld waarin het ging om derdenwerking van een retentierecht bij feitelijke samenwerking tussen derde en retentor is *Datema/Pereira q.q.*⁸⁸ Het betrof een arbitrale beslissing, gewezen door enkele bekende personen op het gebied van derdenwerking en zeerecht, namelijk S.C.J.J. Kortmann, P. van Schilfgaarde en H. van der Wiel. Het gaat om een geval dat veel overeenkomst vertoont met *VGC/GE SeaCo*, ook hier gaat het om een duurovereenkomst.

Eigenaar CET wil partijen bouten en moeren vanuit Zuid-Afrika exporteren naar Europa. Zij schakelt daartoe de Zuid-Afrikaanse expediteur Hellman in; Hellman op zijn beurt schakelt weer Datema in als ontvangend expediteur in Europa. Datema fungeerde in feite als distributiecentrum voor de Europa-export van CET. Hij verrichtte daartoe niet alleen eigenlijke expeditiewerkzaamheden, maar trad ook op als vervoerder, bewaarder, distributeur en voorraadadministrateur, in feite de totale behandeling van de zaken.

De kosten voor de geleverde diensten werden als volgt gefactureerd: Datema bracht de kosten in rekening bij Hellman, die op haar beurt aan CET factureerde. CET komt op een gegeven moment in betalingsmoeilijkheden en slaagt er niet meer in de facturen van Hellman te voldoen. Na overleg tussen Datema en CET gaat Datema toch door met de dienstverlening, vervolgens gaat CET failliet. De *liquidators* ('curator') van CET vorderen dan de zaken die onder Datema liggen op. Het gaat er nu om of Datema een verlengd retentierecht jegens CET kan uitoefenen, dat betekent een retentierecht voor vorderingen op zaken die inmiddels uitgeklaard en vrijgegeven zijn door Datema aan derden. Daartoe is het van belang in te zien dat Datema niet alleen Hellman kende, maar ook rechtstreekse contacten had met CET, alhoewel niet sprake was van een contractuele verhouding. Tussen Datema en Hellman bestond wel een contractuele verhouding die gekwalificeerd kan worden als een duurovereenkomst of raamovereenkomst. Arbiters stellen vast dat Datema zijn verlengd retentierecht in ieder geval kan uitoefenen jegens Hellman, zij doen dat op grond van uitleg van artikel 19 van de Nederlandse Expeditievoorwaarden, waarin het retentie- en pandrecht van de expediteur is geregeld. Daarnaast had

87. Met het criterium 'bijzondere relatie' sluit ik aan bij de arresten die betrekking hebben op de derdenwerking van exoneratiebedingen. In het bijzonder zijn de arresten HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB; S&S 1979, 35 (*Securicor*) en HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 m.nt. JMBV; S&S 2000, 72; JOR 2000, 117 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sungreen*) van belang. Vgl. voor het Franse recht: Cour de Cassation 27 juni 2006, E.T.L. 2006, p. 818-822, m.b.t. de uitoefening van een voorrecht door de vervoerder voor oude vorderingen, wat mogelijk is in de mate dat de eigenaar betrokken is bij de eerdere verrichtingen van de vervoerder.

88. Arbitrale beslissing 15 oktober 1993, S&S 1994, 96 (*Datema/Pereira q.q.*).

Datema een wettelijk retentierecht op grond van artikel 3:290 BW en 8:69 BW en 8:30 BW. De arbiters stellen vervolgens in de eerste plaats dat het retentierecht uit de Nederlandse Expeditievoorwaarden derdenwerking had. Zij doen dat op grond van uitleg van de *standard trading conditions* die gelden tussen Hellman en CET. Hoewel de arbiters zich niet uitspreken over de inhoud van deze voorwaarden, vermoed ik dat in deze condities een clause was opgenomen waarin werd gesteld dat de expediteur optreedt als agent voor de eigenaar.⁸⁹ In het geval de agent in eigen naam een overeenkomst aangaat met een derde, aanvaardt de opdrachtgever dat het contract dat de agent met de derde sluit aan hem kan worden tegengeworpen. Ik zal op deze problematiek in de volgende paragraaf ingaan. In de tweede plaats kon Datema ook haar wettelijke retentierecht uit artikel 3:291 lid 2 BW inroepen, omdat het hier een duurovereenkomst betrof en de vordering voortsproot uit de (duur-)overeenkomst. De uitspraak is op dit punt in tegenspraak met de interpretatie van artikel 3:291 lid 2 BW in *VGC/GE SeaCo*. Naar huidig recht zal daarom naar mijn mening dit beroep niet meer kunnen slagen. Naar het resultaat oogt de beslissing redelijk. De beslissing kan echter niet worden verklaard met het leerstuk van de lastgeving. Het is hier immers niet de lasthebber die tekortschiet, maar de lastgever die de zaken opeist. De artikelen 7:420 en 7:421 BW zijn dan ook niet van toepassing. Naar mijn gevoel zijn de feitelijke contacten tussen Datema en CET hier doorslaggevend voor de aanvaarding van de derdenwerking van het retentierecht voor oude vorderingen. Na overleg tussen Datema en CET zette Datema zijn dienstverlening voort. Ook overigens was er sprake van een feitelijk contact tussen beiden. Dit zou men kunnen zien als een instemmen van CET met het handelen van Datema. Het gaat dan niet aan dat CET vervolgens zich niets aantrekt van het gehouden overleg en de zaken opeist zonder rekening te houden met de belangen van Datema. Dat rechtvaardigt de uitoefening van een verlengd retentierecht.

De gang van zaken laat een parallel zien met de derdenwerking van exoneratiebedingen. In de arresten *Securicor* en *Sungreen* was ook sprake van een bijzondere relatie tussen de derde en degene die zich op het beding beroept.⁹⁰ De relatie kende zich door feitelijke contacten. Naar mijn mening kan men in deze feitelijke contacten een stilzwijgende instemming van de derde lezen met het handelen van de exonerant of een vertrouwen bij de exonerant dat er sprake was van een dergelijke instemming.

Uit het gegeven dat er sprake was van feitelijke contacten kan worden afgeleid dat de oudere derde instemt met de dienstverlening door de schuldeiser.⁹¹ De feitelijke

89. Hoewel dat niet uit de zaak blijkt, maakte Hellman vermoedelijk gebruik van de 'standard trading conditions' van de South African Association of Freight Forwarders (SAAFF). Hierin staat de volgende zinsnede: 'The customer acknowledges that when the company, as agent for and on behalf of the customer, concludes any contract with a third party, such agreement is concluded between the customer and the third party.' Het is door de uitleg van deze bepaling dat wordt geconcludeerd tot 'derdenwerking' van de Nederlandse Expeditievoorwaarden.
90. HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB; *S&S* 1979, 35 (*Securicor*) en HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 m.nt. JMBV; *S&S* 2000, 72; *JOR* 2000, 117 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sungreen*).
91. Ik wil nog wijzen op de verwantschap met HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB; *S&S* 1979, 35 (*Securicor*) en HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 m.nt. JMBV; *S&S* 2000, 72; *JOR* 2000, 117 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sungreen*). Hierin was sprake van een feitelijk contact tussen de exonerant en de derde. Opvallend is dat daarnaast steeds een element van instemming door de derde naar voren

contacten beperken zich daarbij niet tot een bepaalde zending zaken, maar is uitgebreid tot de gehele goederenbehandeling door de dienstverlener. De instemming richt zich dan niet meer op het verrichten van een bepaalde handeling aan de zaken, maar de instemming richt zich op de gehele overeenkomst tussen de schuldeiser en zijn wederpartij. Dat rechtvaardigt een verdergaande derdenwerking dan artikel 3:291 lid 2 BW toetstaat. Wel wil ik hier de inperking uit artikel 7:421 BW analoog toepassen. Voor zover de derde (hier: CET) niet meer gehouden is jegens de tussenpersoon (hier: Hellman), acht ik het niet mogelijk dat Datema een retentierecht voor deze vorderingen uitoefent.

Een nadere dogmatische inbedding is mogelijk wanneer we dit vonnis vergelijken met het Engelse recht en het daar voorkomende leerstuk van de *undisclosed principal* bij *agency*. Naar Engels recht kan de principaal niet de zaken van de derde opeisen zonder zich alle verweren uit het contract van de derde met de agent te laten welgevallen.⁹² Dat betekent dat het Engelse recht in *Datema/Pereira q.q.* waarschijnlijk tot eenzelfde conclusie zou zijn gekomen, namelijk dat derdenwerking van het retentierecht voor oude vorderingen mogelijk was. Naar Nederlands recht zou ik daarom voor de derdenwerking van het retentierecht iets willen opschuiven in de richting van het Engelse recht. In gevallen van lastgeving of daaraan analoge gevallen kan derdenwerking van een retentierecht voor oude vorderingen worden verdedigd. Daarbij moet het steeds gaan om een instemming van de lastgever met de overeenkomst zoals die is gesloten tussen de derde en de lasthebber. Een dergelijke instemming kan worden afgeleid uit de feitelijke contacten tussen de lastgever en de derde. De lastgever is dan gedurende meerdere zendingen bij de werkzaamheden van de derde betrokken geweest en heeft daarmee kennelijk steeds ingestemd. Deze instemming met de totale goederenbehandeling door de derde, rechtvaardigt dan een verlengd retentierecht ten opzichte van de lastgever. Een restrictie wil ik overnemen uit artikel 7:421 BW: een dergelijke ruime derdenwerking is niet toegestaan voor zover de lastgever niet meer op overeenkomstige wijze ten opzichte van de lasthebber is gehouden de vordering na te komen.

4.2.4.5 *Contractketens. Beroep op de eigen overeenkomst*

In het vonnis *Datema/Pereira q.q.* ging het om derdenwerking van een contractueel retentierecht. Ik heb dat hierboven verklaard aan de hand van instemmen met de uitvoering van meerdere zendingen door de oudere derde. In de uitspraak werd een andere weg ingeslagen. Derdenwerking van het contractuele retentierecht uit de overeenkomst tussen de schuldeiser Datema en zijn schuldenaar Hellman was mogelijk op grond van de tussen de derde CET en Hellman toepasselijke voorwaarden. De arbiters lichten niet toe op welk beding zij doelen. Ik vermoed echter dat het gaat om een zinsnede die als volgt luidt: in het geval de opdrachtgever in eigen naam een contract met een derde sluit, dan ontstaat daarmee een overeenkomst tussen de opdrachtgever en de derde.⁹³ Een daarmee vergelijkbare clause

wordt geschoven. Zo de noot van Bloembergen onder *Securicor*. Bakels 1996, p. 53. Hijma 2000, p. 73 wijst op de verwantschap tussen *Sungreen* en *Securicor*. Deze combinatie tussen feitelijk contact en instemming zien we naar mijn gevoel terug in de hier besproken zaak *Datema/Pereira q.q.*

92. Meijer 1999, p. 91-93. Samoy 2005, nr. 1104. Bowstead & Reynolds 2006, nr. 8-071.

93. Hoewel dat niet uit de zaak blijkt, werd waarschijnlijk gebruikgemaakt van de 'standard trading conditions' van de South African Association of Freight Forwarders (SAAFF). Hierin staat de volgende zinsnede: 'The customer acknowledges that when the company, as agent for and on behalf of the

is te vinden in de Algemene voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Terminal Operators (VRTO).⁹⁴

Artikel 2.3 VRTO-voorwaarden 2009

2.3 De Opdrachtgever laat aan de Terminal Operator de vrije hand om in het kader van de Werkzaamheden dan wel andere activiteiten derden in te schakelen en de (algemene) voorwaarden van die derden te aanvaarden. De Opdrachtgever stemt ermee in die voorwaarden tegen zich te laten gelden.

De vraag die hier rijst is of een dergelijk beding inderdaad tot gevolg kan hebben dat de oudere derde een retentierecht van de schuldeiser, eventueel uitgestrekt tot oude vorderingen, tegen zich moet laten werken. Het betreft steeds een clausule waarmee de opdrachtgever heeft ingestemd. De opdrachtgever geeft daarbij de bevoegdheid aan de opdrachtnemer om te contracteren met derden. De relatie tussen de opdrachtgever en de derde zit daarmee in de sfeer van de vertegenwoordiging of lastgeving.

Met een beding als opgenomen in de VRTO-voorwaarden heeft de opdrachtgever ingestemd, omdat hij hierbij partij is. In de meeste gevallen weet hij echter niet welke voorwaarden de derde gebruikt. Hij weet daarom ook niet aan welke voorwaarden van de derde hij gebonden raakt. Op zich is dat geen doorslaggevende reden om zijn gebondenheid aan de voorwaarden van de derde te ontzeggen (vgl. 6:232 BW). Artikel 6:233 sub b BW stelt echter voorop dat er een redelijke mogelijkheid moet zijn om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.⁹⁵ Dit geschiedt normaliter door het ter hand stellen van de voorwaarden (6:234 BW). Is geen redelijke mogelijkheid geboden, dan is het beding in de algemene voorwaarden vernietigbaar (6:233 BW, aanhef). Dat betekent dat indien de derde zich beroept op een retentierecht uit zijn eigen algemene voorwaarden en er is geen redelijke mogelijkheid aan de opdrachtgever geboden om van die algemene voorwaarden kennis te nemen, hij de vernietiging van dit beding van retentie kan inroepen. Logistieke dienstverleners zullen uiteraard oplossingen zoeken om aan deze kenbaarheid te voldoen. Onvoldoende lijkt mij dat de tussenpersoon in zijn algemene voorwaarden een beding opneemt dat de derden die hij inschakelt gebruikmaken van algemene voorwaarden en deze voorwaarden bij name noemt. Dergelijke bedingen kan men in de praktijk aantreffen.⁹⁶ De opdrachtgever stemt in een dergelijk geval weliswaar in met deze voorwaarden, maar nog steeds is niet aan de terhandstelling ervan voldaan (6:234 BW). De enige oplossing lijkt te zijn dat logistieke dienstverleners intensief gaan samenwerken. De derde dient dan zijn algemene voorwaarden aan de tussenpersoon ter hand te stellen, die ze vervolgens aan de opdrachtgever overhandigt. In combinatie met een beding als hiervoor is genoemd uit de VRTO-voorwaarden, lijkt dan aan alle vereisten te zijn voldaan. Dat betekent dat de derde een contractueel retentierecht uit deze algemene voorwaarden zal

customer, concludes any contract with a third party, such agreement is concluded between the customer and the third party.'

94. Gedeponoerd ter Griffie van de Rechtbank Rotterdam op 2 september 2009

95. Hetzelfde volgt overigens ook uit art. 8:415 BW voor het cognossement. Vgl. PG Boek 8 BW, p. 441 (8:415 BW).

96. Zie voor een voorbeeld, hieronder in de bespreking bij het Engelse recht (§ 4.2.5.1).

kunnen tegenwerpen aan de opdrachtgever. Slechts voor zover dit onredelijk bezwarend is zou de rechter dit kunnen inperken (6:233 sub a BW). Naar mijn mening doet de rechter er in dat geval goed aan om dergelijke contractuele retentierechten zoveel mogelijk in te dammen en te beperken tot de hierboven bij lastgeving en daaraan nauw verwante gevallen, zoals hiervoor genoemd.

4.2.4.6 *Contractketens. Beroep op andermans overeenkomst*

Het is denkbaar dat men de overeenkomst tussen de principaal en de tussenpersoon zo inricht dat derden de mogelijkheid verkrijgen zich op deze overeenkomst te beroepen. Dit is in feite de bekende Himalaya-clausule, zoals die in het vervoer is te vinden.⁹⁷ De vervoerder komt dan met de afzender overeen dat de hulppersoon van de vervoerder zich mag beroepen op de overeenkomst tussen vervoerder en afzender. Wordt de stuwadoor dan toch op basis van onrechtmatige daad aangesproken door de afzender of de ladingontvanger, dan kan de stuwadoor zich beroepen op de exoneratie uit de overeenkomst die de vervoerder met de afzender heeft gesloten of waartoe de ladingontvanger is toegetreten.

Een soortgelijke Himalaya-clausule kan ook worden opgesteld voor het retentierecht. De principaal en de tussenpersoon komen dan met elkaar overeen dat een derde zich steeds kan beroepen op het retentierecht uit de door hen gesloten overeenkomst. Daarmee wordt een gelijkenis met de bovengenoemde VRTO-voorwaarden zichtbaar. Bij de VRTO-voorwaarden wordt gepoogd te bereiken dat de derde zich op zijn eigen overeenkomst kan beroepen. Bij een Himalaya-clausule wordt gepoogd te bereiken dat de derde zich op andermans contract kan beroepen. De dogmatische constructie is in beide gevallen identiek. De principaal heeft in beide gevallen ingestemd met het beding waarop de schuldeiser zich beroept. In beide gevallen wordt dus gebruikgemaakt van een vertegenwoordigingsconstructie.⁹⁸

De tussenpersoon heeft dus in zijn overeenkomst met de principaal de zinsnede opgenomen dat iedere derde zich mag beroepen op het retentierecht uit de tussen hen gesloten overeenkomst. In dat geval is de principaal bekend met de inhoud van het retentierecht, hij heeft daar immers mee ingestemd. Het lijkt dan inderdaad mogelijk dat de principaal zich een verlengd retentierecht moet laten welgevallen. Dat zal zeker het geval zijn wanneer de tussenpersoon in zijn overeenkomst met de principaal aanduidt welke derden zich op de overeenkomst kunnen beroepen. Met een dergelijke clausule wordt echter het huidige wettelijke stelsel, zoals neergelegd in artikel 3:291 lid 2 BW, geheel onderuitgehaald. De rechter doet er daarom goed aan om deze bedingen restrictief uit te leggen, met toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW).

97. De Himalaya-clausule wordt zo genoemd naar een Engelse uitspraak inzake *Adler v. Dickson* [1955] 1 QB 158, waarin een schip met de naam Himalaya voorkwam.

98. Zwitser 1998, p. 56, die erop wijst dat bij de Himalaya-clausule naar Nederlands recht meestal wordt gewerkt met het derdenbeding. Dit werkt echter vrijwel identiek met de vertegenwoordigingsconstructie, zoals die in het Engelse recht wordt voorgestaan.

4.2.4.7 *Contractketens. Retentierecht voor vorderingen uit de logistieke keten. Opvolgend vervoer*

Door middel van contractketens kan nog op een andere manier bescherming worden verkregen. In de vorige paragraaf ging het om een schuldeiser die zich kon beroepen op het retentierecht uit het eigen of andermans contract. Het is echter ook mogelijk dat een logistiek dienstverlener een retentierecht bedingt voor alle vorderingen die hijzelf maakt ten aanzien van de zaken en daarnaast voor vorderingen die voorgaande schakels ten aanzien van de zaken hebben gemaakt.

Dergelijke clausules zijn niet *a priori* onredelijk. In hoofdstuk 3 zagen we hiervan een voorbeeld. Het ging daar om een geval van oneigenlijk doorvervoer (*false through carriage*), waarbij de doorvervoerder eerst optreedt als vervoerder en vervolgens als expediteur een overeenkomst sluit met de opvolgende vervoerder. Op het moment dat de opvolgende vervoerder de zaken onder zich krijgt, verliest de doorvervoerder de macht over de zaken. Verdedigd is daar dat de opvolgende vervoerder jegens de ladingontvanger een retentierecht kan tegenwerpen voor de kosten van het opvolgend vervoer én het doorvervoer. Dit kan niet worden verklaard op grond van het houderschap van de doorvervoerder, omdat deze de macht over de zaken verloren is. De verklaring ligt in het leerstuk van de vertegenwoordiging of lastgeving. De doorvervoerder geeft daarbij de last aan de opvolgend vervoerder om de zaken niet af te geven aan de ladingontvanger dan tegen betaling van de kosten van het voorvervoer. De ladingontvanger kan daaraan ook gebonden raken, omdat deze uit het doorcognossement (*false through bill of lading*) kan opmaken dat de opvolgend vervoerder voor het gehele vervoertraject (dus ook het doorvervoer) een retentierecht kan inroepen.

Andere gevallen zijn mij uit de logistieke dienstverlening niet bekend. In theorie lijkt het mogelijk dat alle logistieke dienstverleners gaan samenwerken en de laatste schakel in de logistieke keten een retentierecht laten uitoefenen voor alle vorderingen uit de gehele logistieke keten. Praktisch gezien zullen deze gevallen echter weinig voorkomen. Het betekent immers dat logistieke dienstverleners afhankelijk zijn van het uitoefenen van een retentierecht door de laatste schakel. Een dergelijke situatie brengt dermate veel risico met zich mee dat partijen niet snel hiertoe zullen overgaan. Ik wil daarom aan deze gevallen verder geen aandacht besteden.

4.2.5 **Rechtsvergelijking**

4.2.5.1 *Engels recht*

Naar Engels recht is derdenwerking van het retentierecht tegen een oudere derde mogelijk.⁹⁹ Naar Engels recht moet dan worden onderscheiden tussen de derdenwerking van een *common law lien* en van een *contractual lien*. De *common law lien* van de vervoerder strekt zich slechts uit tot bepaalde met het vervoer samenhangende kosten. Het zijn zogenoemde *particular liens*. Voor vorderingen die geen betrekking

99. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.55 en 14.03-14.07. De leerstukken hier zijn meestal *agency* en *bailment*. Een voorbeeld is *Tappenden v Artus* [1964] 2 QB 185.

hebben op het vervoer van de zaken kan geen *common law lien* worden uitgeoefend.¹⁰⁰ In deze paragraaf behandel ik daarom vooral het geval van derdenwerking van een verlengd contractueel retentierecht (*general lien*).¹⁰¹

Een contractueel retentierecht heeft in beginsel alleen werking tegen de wederpartij (*privity of contract*). Onder bepaalde omstandigheden is het echter mogelijk dat de schuldeiser zijn retentierecht tegenwerpt aan derden. Omdat het Engelse recht slechts in bijzondere gevallen een *common law lien* toekent aan de houder van de zaken, ligt het voor de hand te veronderstellen dat er meer behoefte is aan derdenwerking van contractuele retentierechten dan in het Nederlandse recht.

Derdenwerking van contractuele bedingen kan naar Engels recht bereikt worden door middel van het leerstuk van de *agency* (vertegenwoordiging) of de *bailment on terms* (houderschap).¹⁰² De derdenwerking van een retentierecht wordt meestal gegrond op de rechtsfiguur *bailment*. Bij deze rechtsfiguur heeft de eigenaar van de zaak, de zaak vrijwillig uit handen gegeven. Bij de *bailment on terms* geeft de eigenaar (*bailor*) toestemming dat de eerste houder (*bailee*) de zaak mag doorgeven aan een tweede houder (*subbailee*). De eigenaar raakt dan gebonden aan de voorwaarden zoals die tussen de eerste en de tweede houder gelden voor zover hij daarmee heeft ingestemd. Ik zal hieronder enkele gevallen laten passeren waarin sprake is van derdenwerking van een contractueel retentierecht.

Het eerste geval is *K Chellaram & Sons (London) v Butlers Warehousing & Distribution*.¹⁰³ Chellaram uit Londen wil goederen verkopen aan een koper in Nigeria. Hij zoekt daartoe een expediteur. Deze expediteur op zijn beurt contracteert met Butlers, een opslagbedrijf. Het opslagbedrijf had als taak om de goederen te containeriseren, dus alle goederen te 'verpakken' in containers.¹⁰⁴ In de algemene voorwaarden had het opslagbedrijf een *general lien* opgenomen. De expediteur gaat failliet voordat deze de kosten van het containeriseren aan het opslagbedrijf had voldaan. De eigenaar die vervolgens zijn goederen opeist, krijgt de *general lien* tegengeworpen door het opslagbedrijf. De vraag is of het opslagbedrijf dit kon doen.

Het stond vast dat er niet sprake was van een contractuele relatie tussen het opslagbedrijf en de eigenaar. De vraag die de rechter zich stelt is of de eigenaar heeft ingestemd met de *general lien* uit de algemene voorwaarden. Vier omstandigheden worden van belang geacht om deze toestemming te construeren: 1. De expediteur contracteerde met een derde voor het containeriseren van de goederen; 2. De eigenaar wist of kon weten dat de expediteur het containeriseren niet zelf zou doen; 3. Het opslagbedrijf contracteerde op basis van zijn algemene voorwaarden, waarin ook een *lien* opgenomen was; 4. De expediteur wist dat het opslagbedrijf uitsluitend en alleen wilde handelen op basis van zijn algemene voorwaarden,

100. Zie over deze problematiek hoofdstuk 2.

101. Over het onderscheid tussen *particular* en *general liens*, zie Bridge 2002, p. 171-172. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.50.

102. Kornet 2009, p. 136. Een illustratieve zaak over derdenwerking van een exoneratieclausule bij *agency* is *Norfolk Southern Railway v Kirby* 543 U.S. 14, 125 S.Ct. 385 (2004). Hierover uitgebreid: Zwitser 2009a. Een illustratieve zaak over derdenwerking van een forumkeuze bij *bailment* is *The Pioneer Container* [1994] 2 A.C. 324 (PC).

103. *K Chellaram & Sons v Butlers Warehousing & Distribution* [1977] 2 Lloyd's Rep. 192 (QBD). Zie ook Goode 2004, p. 620 (tekst en noot 147).

104. De casus is in werkelijkheid iets gecompliceerder. De expediteur doet geen rechtstreekse zaken met het opslagbedrijf, maar ertussen zit nog een vervoerder. Deze vervoerder gaat failliet. In deze casus had de expediteur dezelfde kennis als de vervoerder. Zo wist de expediteur dat het opslagbedrijf een *general lien* had bedongen op basis van de algemene voorwaarden.

deze kennis kan de eigenaar worden toegerekend.¹⁰⁵ Bij dit laatste kan worden opgemerkt dat ieder opslagbedrijf deze algemene voorwaarden hanteerde, zodat het een feit van algemene bekendheid is dat opslagbedrijven deze voorwaarden gebruiken. De rechter concludeert dat de *general lien* kan worden tegengeworpen aan de eigenaar. In tweede instantie komt het Court of Appeal¹⁰⁶ tot een geheel andere conclusie. De tweede omstandigheid, namelijk dat de eigenaar wist of kon weten dat de expediteur het containeriseren niet zelf zou doen, stond niet vast. Daarom wordt het beroep op de *general lien* door het opslagbedrijf afgewezen. Uit deze uitspraak blijkt dat de toestemming wordt geconstrueerd aan de hand van de omstandigheden van het geval. Ook de omstandigheid dat de contractuele wederpartij van de eigenaar niet zelf de expertise heeft om de handeling uit te voeren, kan een argument zijn voor doorwerking van het retentierecht. Hoewel doorwerking hier in tweede instantie niet werd aangenomen, zien we dat de rechter de nadruk legt op de vraag of de tussenpersoon bevoegd was om de overeenkomst met de derde aan te gaan.¹⁰⁷

Eenzelfde gedachtegang komt op fraaie wijze naar voren in *Jarl Tra & Ors v. Convoys*.¹⁰⁸ In deze zaak werd wel derdenwerking van een *general lien* aangenomen. Jarl Tra en Ors zijn twee Zweedse ondernemingen die hout produceren en dat vervolgens exporteren naar het Verenigd Koninkrijk. Het vervoer wordt verricht door Siöwalls. Convoys is stuwadoor en lost de lading van Siöwalls. Siöwalls komt in betalingsmoeilijkheden en gaat failliet. Convoys oefent ogenblikkelijk een *lien* uit voor alle goederen die hij onder zich heeft, welke vervoerd zijn met de schepen van Siöwalls. Deze *lien* wordt betwist door Jarl Tra en Ors. In het vervoercontract van Siöwalls staan onder meer de volgende bepalingen:

‘7. Subcontracting

The Carrier shall be entitled to sub-contract on any terms the whole or any part of the carriage, loading, unloading, storing, warehousing, handling and any or all duties whatsoever undertaken by the Carrier in relation to the Goods.

(...)

105. Omdat de casus iets is aangepast, zie vorige noot, is de inhoud van de omstandigheden, hoewel zakelijk hetzelfde, net iets anders geformuleerd.

106. *Chellaram & Sons v. Butlers Warehousing & Distribution* [1978] 2 Lloyd's Rep. 412 (CA).

107. Dat komt ook naar voren in *Lukoil-Kalingradmorneft v Tata (No. 2)* [1999] 1 Lloyd's Rep. 365 (QBD). De door Tata aangekochte (twee) schepen, moeten naar een bepaalde plaats worden verslept. Tata sluit daartoe een overeenkomst met Global. Global op zijn beurt sleept de schepen niet zelf naar de plaats van bestemming, maar sluit een contract met Lukoil. Lukoil krijgt voor het verslepen van de schepen niet betaald en oefent daarom een *lien* uit op de schepen. In de procedure gaat het om de vraag of Global bevoegd was om de overeenkomst met Lukoil aan te gaan, althans dat Lukoil mocht menen dat Global daartoe bevoegd was. De rechter meent dat Lukoil mocht menen dat Global hiertoe bevoegd was en wel aan de hand van een aantal omstandigheden. Zo is het van belang dat Global geen sleepbootmaatschappij (*towage company*) was. Tata kon dus weten dat Global de overeenkomst niet zelf kon uitvoeren, maar een derde daarvoor nodig had. Impliciet heeft Tata hier dus toestemming gegeven aan Global om een overeenkomst met een derde aan te gaan. *Lukoil-Kalingradmorneft v Tata (No. 2)* [1999] 1 Lloyd's Rep. 365, 373 (QBD): 'If Global did not have actual authority to enter into the towage agreement with Lukoil on Tata's behalf, I would hold that it nonetheless had apparent or ostensible authority to do so.' Deze uitspraak is ook in hoger beroep in stand gebleven: *Lukoil-Kalinigradmorneft v. Tata and Global Marine Transportation* [1999] 2 Lloyd's Rep. 129 (CA). Bijzonder is dat in deze uitspraak geen sprake was van *bailment*, zoals in de *The Pioneer Container*. Niettemin wordt de gedachte uit *The Pioneer Container* doorgetrokken naar deze zaak.

108. *Jarl Tra & Ors v. Convoys* [2003] 2 C.L.C. 1072 (QBD).

(3) The Merchant undertakes that no claim shall be made against any servant, agent or other person whose services the Carrier has used in order to perform this Contract and if any claim should nevertheless be made, to indemnify the Carrier against all consequences thereof.

(...)

30. United Kingdom (...) below conditions shall apply for the Carrier or his agents or sub-contractors when acting as a) forwarder – the Standard Trading Conditions 1989 of the British International Freight Association (BIFA); b) warehouse keepers – the Conditions of the United Kingdom Warehousing Association 1994; c) hauliers – the 1991 Conditions of Carriage of the Road Haulage Association.’

Uit artikel 30 van de vervoerscondities blijkt dat als de vervoerder gebruikmaakt van een opslagbedrijf deze zich mag beroepen op de algemene voorwaarden van de United Kingdoms Warehousing Association (UKWA). Ook in deze algemene voorwaarden is een *lien* opgenomen. Onder verwijzing naar *The Pioneer Container* vraagt de rechter zich af of de Zweedse ondernemingen hebben toegestemd met de voorwaarden waaronder vervoerder Siöwalls de goederen in (sub-)bailment gaf aan de stuwadoor.¹⁰⁹ In *The Pioneer Container* had de hoofdvervoerder bedongen dat deze kon subcontracteren ‘on any terms’. The Privy Council legde dit als volgt uit: ‘only terms which are so unusual or so unreasonable that they could not reasonably be understood to fall within such consent are likely to be held to be excluded’. In *Jarl Tra & Ors v. Convoys* gaat het nu om de vraag of dit ook geldt voor de *general lien* die door de stuwadoor was bedongen. De rechter overweegt:¹¹⁰

‘The representatives of the claimants said that they were unfamiliar with the concept of a general lien and would never have thought that in circumstances such as those that have arisen in the present case a wharfinger might be able to exercise a lien on their goods for charges owed to him by the carrier in respect of goods belonging to other people. However, the scope of the claimants’ consent in the present case has to be determined not by reference to what these particular shippers had in contemplation but by reference to the wording of clause 7 of Siöwalls’ conditions and the terms on which the carriage, handling and storage of goods is generally conducted. The fact is that it is by no means uncommon for those whose business involves the handling and storage of goods, such as carriers, wharfingers, warehouse keepers and freight forwarders, to include in their terms of business a right to exercise a lien for their charges on goods delivered into their possession. Indeed, one might almost say that it is more common than not to find in such terms of business a clause providing for a lien of some description. Clause 22 of Siöwalls’ conditions itself provides one example; others can be found in the RHA conditions, the UKWA conditions and the London Wharfingers’ Clause which have been referred to in this case. These are only examples, but the first two are of particular relevance because clause 30 of Siöwalls’ conditions spe-

109. *Jarl Tra & Ors v. Convoys* [2003] 2 C.L.C. 1072, 1082.

110. *Jarl Tra & Ors v. Convoys* [2003] 2 C.L.C. 1072, 1083.

cifically provides that the UKWA and RHA conditions shall apply to any warehousing and road haulage operations carried out under the contract. Sometimes the contract provides for a particular lien, but often it provides for a general lien which entitles the bailee to retain possession of any of his customer's goods until payment of any amounts outstanding from him, the customer being the person who deposits the goods with him and incurs his charges. I do not think, therefore, that a term entitling a wharfinger to exercise a general lien is so unusual that it could not reasonably be understood to fall within the scope of the shipper's consent.'

Omdat de *general lien* gebruikelijk was in de overeenkomst van de stuwadoor, kon deze ook een verlengd retentierecht tegenwerpen aan de derde-eigenaar. De rechter legt echter daarna de *lien* zo uit, dat de eigenaren niet alle kosten door de stuwadoor behoeven te dragen. Toestemming wordt dus aanwezig geacht, waarna uitleg de scherpste kanten van het vonnis afslijpt.¹¹¹

Naar Nederlands recht zou in deze gevallen, naar mijn mening, anders moeten worden beslist. De Engelse rechter legt in beide gevallen terecht de nadruk op de toestemming door de oudere derde. In de eerste uitspraak wordt derdenwerking van een verlengd retentierecht niet aangenomen omdat niet vaststond dat de oudere derde-eigenaar wist dat zijn wederpartij het containeriseren zou uitbesteden aan een derde. Ook als vast zou staan dat de tussenpersoon het containeriseren aan een derde zou overlaten, zou dit naar mijn mening nog geen derdenwerking van een verlengd retentierecht met zich meebrengen. De oudere derde geeft immers slechts toestemming om de zaken aan een derde over te geven en stemt daarmee nog niet in met het verlengde retentierecht van de schuldeiser. Afwijken van artikel 3:291 lid 2 BW lijkt me daarop niet gewenst.

De tweede zaak is interessant, omdat in de overeenkomst van de tussenpersoon al wordt gewezen op welke voorwaarden de door hem ingeschakelde personen kunnen werken. De oudere derde stemt dan niet alleen in met de voorwaarden van zijn wederpartij, maar ook met de voorwaarden van door de wederpartij ingeschakelde personen. Daarnaast bedingt de wederpartij in zijn algemene voorwaarden de bevoegdheid om met deze personen te contracteren. De Engelse rechter kwam daarom tot de conclusie dat derdenwerking van een verlengd retentierecht in dit geval mogelijk is. Naar Nederlands recht zou ik ervoor willen pleiten om dergelijke resultaten niet snel toe te staan. Het zou immers betekenen dat aan de betekenis van artikel 3:291 lid 2 BW afbreuk wordt gedaan. Slechts in gevallen waarin expliciet blijkt dat de oudere derde heeft ingestemd met het retentierecht van de schuldeiser lijkt me de uitoefening van een verlengd retentierecht geoorloofd. Voor zover deze toestemming niet expliciet blijkt, heb ik ervoor gepleit om derdenwerking van een retentierecht voor oude vorderingen jegens een oudere derde niet toe te staan (§4.2.4).

111. Vgl. hier ook *T Comedy v. Easy Managed Transport* [2007] 2 Lloyd's Rep. 397 (QBD).

4.2.5.2 *Belgisch recht*

In de Belgische literatuur wordt overwegend aanvaard dat een retentierecht tegen een oudere derde, eigenaar of beperkt gerechtigde, mogelijk is.¹¹² Ook hier gaat het erom of de eigenaar de tussenpersoon de bevoegdheid heeft verleend om met de retentor een overeenkomst aan te gaan, dan wel dat de retentor op het bestaan van deze bevoegdheid mocht vertrouwen.

Een voorbeeld: Hof van Beroep te Antwerpen van 4 januari 1994.¹¹³ T. geeft een hoeveelheid petroleumproducten in opslag aan I. I. slaat de goederen zelf niet op, maar brengt ze onder bij N., A. en G. Vervolgens gaat I. failliet en T. eist de zaken op van de derden. N., A. en G. echter oefenen voor de kosten van opslag een retentierecht uit. Het Hof overweegt dat deze derden een retentierecht mogen uitoefenen tegen de oudere derde-eigenaar, dit temeer nu zij erop mochten vertrouwen dat hun wederpartij over de goederen 'bevoegdelijk mocht contracteren'.

De schuldeiser kan een verlengd retentierecht bedingen. Dit kan aan zijn contractuele wederpartij, de schuldenaar, worden tegengeworpen.¹¹⁴ De rechtspraak is niet eenduidig over de vraag of het ook aan een oudere derde kan worden tegengeworpen.¹¹⁵ Een deel van de rechtspraak handhaaft voor deze gevallen het *debitum cum re iunctum*-vereiste.¹¹⁶ In de rechtspraak zien we echter ook gevallen waarin een verlengd retentierecht aan een derde wordt tegengeworpen. Ik wil hier wijzen op enkele gevallen waarin derdenwerking van een verlengd retentierecht aan derden wordt toegestaan.

Een voorbeeld is *Riga Natie/Jean d'Huart*.¹¹⁷ Jean d'Huart verkoopt een partij staalbobijnen aan koper Steelex. Steelex heeft deze opgeslagen in het magazijn van goederenbehandelaar Riga Natie. Steelex gaat failliet en Jean d'Huart eist de zaken op van Riga Natie. De vraag is of Riga Natie een retentierecht kan tegenwerpen aan de oudere derde-eigenaar Jean d'Huart. Het gaat dan niet alleen om een retentierecht voor de kosten gedaan aan de partij staalbobijnen, maar ook voor kosten wat betreft voorheen behandelde goederen. Riga Natie was met Steelex een dergelijk ruim

112. Dirix 1996a, p. 223-224. Cauffman 2005, p. 687. Dirix & De Corte 2006, nr. 551. Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-08, nr. 37, p. 1541-1547 m.nt. M.E. Storme (*Arcelor Profil/Riga Natie*). Voor het Franse recht: PG Boek 3 BW, p. 884 (art. 3:291 BW). Simler & Delebeque 2009, nr. 601. Cour de Cassation, Civ. 1re, 22 mei 1962, D. 1965, 58 m.nt. Rodière. Een strengere toets werd aangelegd in Cour de Cassation 3 oktober 1989, E.T.L. 1990, p. 296-300 waar een commissionair zich op een retentierecht tegenover de verkoper mag beroepen indien de commissionair geen kennis heeft gehad van het bestaan van het eigendomsvoorbehoud.

113. Hof van Beroep te Antwerpen 4 januari 1994, R.W. 1993-1994, p. 1432-1433. Zie ook Rechtbank van Koophandel te Antwerpen 4 november 1986, R.W. 1986-1987, p. 1764-1766; E.T.L. 1987, p. 413-415, waarin het ging om een goederenbehandelaar die zijn retentierecht op containers wil tegenwerpen aan de oudere derde-eigenaar. En verder Hof van Beroep te Antwerpen 8 oktober 2007, E.T.L. 2008, p. 225-233.

114. Dirix & De Corte 2006, nr. 546. Van Ommeslaghe 1963, p. 86.

115. Zie hierover Cauffman 2005.

116. Voor een geschil betreffende de omvang van het *debitum cum re iunctum*-vereiste, zie Hof van Beroep te Brussel 13 januari 2005, NjW 2005-114, p. 705-706. Dirix & De Corte 2006, nr. 551.

117. Hof van Beroep te Antwerpen 15 maart 2004, R.W. 2004-2005, p. 1354-1355; E.T.L. 2005, p. 368-373; NjW 2005-114, p. 703-705 (*Riga Natie/Jean d'Huart*). In cassatie is dit oordeel in stand gehouden, zie Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-2008, p. 1541-1547, m.nt. M.E. Storme; E.T.L. 2006, p. 617-627 (*Arcelor Profil/Riga Natie*).

contractueel retentierecht overeengekomen en de vraag rijst of dit retentierecht ook aan de oudere derde kan worden tegengeworpen. Het Hof overweegt hierover:

‘Een conventioneel beding met uitbreidende werking qua retentierecht kan enkel, zoals in casu, gezien worden in een ruimere economische samenhang tussen vordering en goederen. Goederenbehandeling in een haven en in het kader van regelmatige handelsbetrekkingen – zoals in casu – is een continue bedoening. Goederen worden in de regel vlug verhandeld, verscheept, gelost etc. zonder dat de kosten voor behandeling met betrekking tot deze of gene specifieke goederen reeds geregeld werden. De behandelaar geeft goederen uit handen dit terwijl inmiddels nieuwe goederen van dezelfde debiteur behandeld en opgeslagen worden. Aldus zullen de voor behandeling in ontvangst genomen goederen op die manier de schuldeiser tot zekerheid dienen niet alleen voor de schuldvordering voortvloeiend uit de bewerking/behandeling met betrekking tot deze specifieke goederen, maar ook voor vroeger uitgevoerde behandelingen met betrekking tot goederen die reeds werden teruggegeven. Dit is de zin van het hoger vermelde beding nr. 4 opgenomen in de algemene voorwaarden van Riga Natie. Deze voorwaarde is niet fictief en sluit aan bij de economische realiteit.’

Na nog enkele overwegingen komt het Hof tot de conclusie dat in dit geval een ‘conventioneel beding met uitbreidende werking van het retentierecht’ kan tegengesteld worden aan derden, zoals hier de verkoper die krachtens een beding van eigendomsvoorbehoud eigenaar is gebleven van de zaken. De zaak blijft ook in cassatie in stand.

Dezelfde gedachte komt naar voren in een kort geding in 2006 te Brugge, inzake *ICTS/DFDS*.¹¹⁸ Het ging hier om een retentierecht op opleggers. Vervoerbedrijf Valex maakte geregeld gebruik van ro-ro-operator DFDS. Valex gaat failliet en DFDS oefent een retentierecht uit op de opleggers. Vervolgens komt ICTS die stelt eigenaar te zijn van de opleggers en eist deze op van DFDS. De kortgedingrechter overweegt dan dat ICTS vertrouwd is met het zeevervoeromgeving en wist dat de verhuurde trailers vervoerd zouden worden door zeevervoerders waarin een retentierecht is opgenomen. Dit retentierecht kon dan ook ontstaan als gevolg van de contractbevoegdheid van Valex om te contracteren met DFDS. Omdat het algemeen aanvaard is dat het retentierecht conventioneel kan worden uitgebreid tot alle openstaande schuldvorderingen, kan dit ontstane retentierecht ook worden tegengeworpen aan de oudere derde-eigenaar ICTS.

Naar Nederlands recht zou naar mijn mening in deze zaken anders dienen te worden beslist. In het eerste geval wordt verwezen naar de economische realiteit, maar daarmee wordt slechts het belang van de schuldeiser in de overwegingen mee betrokken. Het lijkt me dat het belang van de oudere derde hier onvoldoende is meegewogen. Hetzelfde zien we naar voren komen in het tweede geval. De bekendheid met het handelen van de schuldeiser en het feit dat het gaat om gebruikelijk beding, zijn naar mijn mening niet voldoende voorwaarde voor derdenwerking van een verlengd retentierecht. In beide gevallen zou hier naar mijn mening

118. Te vinden in Van den Vijver 2006.

artikel 3:291 lid 2 BW toegepast moeten worden. De oudere derde heeft in beginsel slechts ingestemd met het uit handen geven van de zaken en stemt daarmee nog niet in met het retentierecht uit de overeenkomst tussen de retentor en zijn wederpartij.¹¹⁹

4.2.5.3 Duits recht

Het Duitse recht geeft inzake de derdenwerking van een retentierecht ten opzichte van oudere derden geen steun. Naar Duits recht is het retentierecht een persoonlijk recht. Dat betekent dat het niet aan de oudere derde kan worden tegengeworpen.¹²⁰ Dat geldt zowel voor § 273 BGB als voor § 369 HGB. Een gewoon pandrecht komt ook niet tot stand, omdat de schuldenaar in beginsel niet beschikkingsbevoegd zal zijn om de zaken in pand over te geven. Toch staat de houder niet machteloos. Het retentierecht van de bezitter uit 1000 BGB kan wel aan de eigenaar worden tegengeworpen,¹²¹ evenals de gevallen waarin een wettelijk pandrecht is toegekend. Het gaat dan onder andere om de vervoerder, expediteur en het opslagbedrijf.¹²² In al deze gevallen kan echter slechts voor huidige vorderingen een wettelijk pandrecht worden ingeroepen. Deze positie komt overeen met het Nederlandse recht, waar artikel 3:291 lid 2 BW zich ook slechts uitstrekt tot vorderingen die betrekking hebben op de zaak.

4.2.6 Bevindingen

Het retentierecht kan ten opzichte van een oudere derde in beginsel slechts worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*). Dit is het stelsel als neergelegd in artikel 3:291 lid 2 BW en artikel 8:30 lid 3 BW (en de andere vervoerrechtelijke retentierechten). Dit stelsel is in het overgrote deel van de gevallen billijk. Slechts bij gevallen van lastgeving of daaraan nauw verwante gevallen kan een verlengd retentierecht worden toegestaan, dat wil zeggen een retentierecht voor oude vorderingen. Ook is het mogelijk dat contracten zo aan elkaar worden geschakeld dat hiervan het resultaat is dat de schuldeiser voor oude vorderingen een retentierecht aan de oudere derde tegenwerpt. De rechter zal dit waarschijnlijk spoedig corrigeren op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW).

119. Soortgelijke kritiek formuleert ook M.E. Storme, in zijn noot onder Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-2008, p. 1541-1547, m.nt. M.E. Storme; E.T.L. 2006, p. 617-627 (*Arcelor Profil/Riga Natie*). Hij wijst daarbij ook expliciet op *VGC/GE SeaCo*.

120. Het *Zurückbehaltungsrecht* kan dus in beginsel alleen worden uitgeoefend op zaken die toebehoren aan de schuldenaar. Pikart 1963, p. 658.

121. Voor § 1000 BGB, zie Ahrens 2003, p. 170-171, voor § 273 BGB, zie Ahrens 2003, p. 132 en voor § 369 HGB, zie Ahrens 2003, p. 194-196.

122. § 441 HGB (vervoerder), 464 (expediteur) en 475b (opslagbedrijf).

4.3 Werking van het retentierecht tegen jongere derden

4.3.1 De regeling in de wet

4.3.1.1 Artikel 3:291 lid 1 BW

De derdenwerking van het retentierecht ten opzichte van jongere derden is geregeld in artikel 3:291 lid 1 BW.

Artikel 3:291 lid 1 BW

De schuldeiser kan het retentierecht mede inroepen tegen derden die een recht op de zaak hebben verkregen, nadat zijn vordering was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen.

De schuldeiser kan een retentierecht tegenwerpen aan derden die een recht op de zaak hebben verkregen nadat zijn vordering was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen. Aan het vereiste dat de schuldeiser de macht over de zaken uitoefent zal meestal voldaan zijn.¹²³ Verder wordt vereist dat de vordering is ontstaan. De vordering vloeit meestal voort uit een overeenkomst en ontstaat dan in beginsel op het moment van het sluiten van die overeenkomst.¹²⁴ De vordering behoeft niet opeisbaar te zijn om toch te bestaan.¹²⁵ Wanneer de derde een in tijd later verkregen recht heeft op de zaak dan het moment waarop de vordering is ontstaan, geldt hij als een jongere derde.

Het feit dat de vordering bestaat, betekent echter nog niet onmiddellijk dat de schuldeiser een retentierecht kan uitoefenen. Een retentierecht kan immers slechts worden uitgeoefend wanneer er sprake is van een opeisbare vordering (6:52 BW). Een vordering is onmiddellijk met het ontstaan opeisbaar, tenzij een bepaalde tijd voor de nakoming is bepaald (6:38 BW). Wanneer een vervoerder bijvoorbeeld heeft afgesproken dat de vracht te betalen is veertien dagen na aflevering dan kan hij het retentierecht niet tegenwerpen aan een toetredende (jongere) derde. Wel is deze derde een jongere derde, maar omdat de vordering niet opeisbaar is, komt het retentierecht niet tot stand.

De derde moet een recht op de zaak hebben verkregen. Hieronder kan zowel een goederenrechtelijk recht, zoals eigendom en pandrecht, worden verstaan, als een verbintenisrechtelijk recht. Deze ruime betekenis brengt met zich mee dat ook een koper onder eigendomsvoorbehoud een recht op de zaak heeft verkregen. Ook een derde-beslaglegger heeft een recht op de zaak verkregen en kan dus worden gekwalificeerd als jongere derde.¹²⁶

123. Het vereiste van de uitoefening van macht over de zaken vormt meestal geen probleem bij roerende zaken. Bij onroerende zaken zorgt het vaker voor problemen. Zie hierover de rechtspraak: HR 15 februari 1991, NJ 1991, 628 m.nt. WMK (*Agema/WUH*). HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 m.nt. WMK (*Deen/Van der Drift*). HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters/Kantoor van de Toekomst*). HR 5 december 2003, NJ 2004, 340 m.nt. WMK (*Rabobank/Fleuren*).

124. PG Boek 3 BW, p. 883.

125. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 511.

126. De verkrijger onder algemene of bijzondere titel, de beperkt gerechtigde en de derde-beslaglegger worden genoemd in PG Boek 3 BW, p. 883 (art. 3:291 BW). De derde-beslaglegger wordt ook genoemd in PG Boek 6 BW, p. 211 (art. 6:53 BW). Een jongere derde kan ook iemand zijn met een voorrecht. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 727. In HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters/Kantoor van de Toekomst*) ging het om een persoonlijk recht van de huurder. In HR 13 mei 1988,

4.3.1.2 *De vervoerrechtelijke retentierechten*

In Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek is op verschillende plaatsen een retentierecht opgenomen, hierna steeds aangeduid als vervoerrechtelijke retentierechten.¹²⁷ In lid 2 van ieder artikel is het retentierecht opgenomen. Als voorbeeld geef ik artikel 8:30 lid 2 BW.

Artikel 8:30 lid 2 BW

De vervoerder kan het recht van retentie uitoefenen op zaken, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft, voor hetgeen hem door de ontvanger verschuldigd is of zal worden ter zake van het vervoer van die zaken. (...)

Het artikellid vermeldt niet jegens wie het retentierecht kan worden ingeroepen. In lid 3 wordt de derdenwerking geregeld. Lid 3 is echter, zoals uiteengezet wordt in de parlementaire geschiedenis, ontstaan naar aanleiding van artikel 3:291 lid 2 BW.¹²⁸ Het richt zich daarom slechts op oudere derden en heeft geen betrekking op de jongere derden.

Men zou daarom op de gedachte kunnen komen dat de regeling in Boek 8 BW een omissie kent en dat voor de derdenwerking jegens een jongere derde moet worden teruggegrepen naar artikel 3:291 lid 1 BW. Deze gedachte lijkt mij onjuist. De vervoerrechtelijke retentierechten beogen een uitputtende regeling te geven van het retentierecht met derdenwerking.¹²⁹ De derdenwerking van het retentierecht ten opzichte van een jongere derde dient daarom in lid 2 te worden ingelezen. Steun voor deze interpretatie is te vinden in de parlementaire geschiedenis.¹³⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het vervoerrechtelijke retentierecht verschillende malen inhoudelijk is gewijzigd. Aanvankelijk was het retentierecht in lid 1 op de volgende wijze geregeld: 'De vervoerder heeft jegens ieder, die afgifte van zaken verlangt, een retentierecht hierop'.¹³¹ Naderhand is dit Ontwerp Schadee enkele malen aangepast en is beslist het retentierecht in lid 2 te regelen, terwijl een nieuw ontworpen recht om afgifte van zaken te weigeren in lid 1 kwam te staan. Tijdens het doorvoeren van deze wijzigingen is echter de zinsnede 'jegens ieder die afgifte van zaken verlangt' in enigszins gewijzigde bewoordingen in lid 1 blijven staan, maar niet meer opgenomen bij het retentierecht in lid 2. Daardoor ontstaat het ongelukkige resultaat dat de huidige regeling wel aangeeft dat de vervoerder en de expediteur een recht van retentie heeft, maar niet meer tegen wie de vervoerder dit retentierecht kan uitoefenen. De hiervoor aangehaalde ontwikkeling van het vervoerrechtelijke retentierecht brengt met zich mee dat bedoeld zal zijn dat het retentierecht jegens een ieder die afgifte van zaken verlangt zal

NJ 1989, 201 m.nt. WMK; S&S 1988, 101(*Staat/Krimpc*) en in lagere instantie Rb. Rotterdam 21 februari 1986, S&S 1986, 65(*Staat/Krimpc*) werd geoordeeld dat het retentierecht aan de Staat kon worden tegengeworpen na strafrechtelijke verbeurdverklaring van het schip.

127. Art. 8:30 BW (algemeen), 8:69 BW (expediteur), 8:489 BW (zeevervoer), 8:954 BW (binnenvaart) en 8:1131 BW (wegvervoer).

128. Zie § 2.1.2. PG Boek 8 BW, p. 79 (8:30 BW), p. 513 (art. 8:489 BW), p. 914 (art. 8:954 BW), p. 1103 (art. 8:1131 BW). Zie ook Heyning-Plate 1973, p. 161.

129. W. Snijders, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 33.

130. Zie ook hoofdstuk 2, § 2.4.3.1.

131. PG Boek 8 BW, p. 77 (art. 8:30 BW).

kunnen worden ingeroepen, dus ook ten opzichte van jongere derden. Men zal daarom artikel 8:30 lid 2 BW, evenals bij de overige retentierechten in Boek 8 BW, steeds in gedachten moeten aanvullen met de zinsnede: 'jegens een ieder die afgifte van zaken verlangt'. Daarmee is verklaard dat het vervoerrechtelijke retentierecht ook de situatie van de jongere derde beoogt te regelen.

4.3.2 Jongere of oudere derde

In de meeste gevallen is het duidelijk wanneer iemand een oudere of jongere derde is. Een oudere derde is iemand die een recht op de zaak heeft voordat de schuldeiser de overeenkomst met de schuldenaar sluit (3:291 lid 2 BW), dan wel de zaak onder zich heeft gekregen (8:30 lid 3 BW). Een jongere derde is iemand die een recht op de zaak heeft verkregen nadat de schuldeiser de zaak in zijn macht heeft verkregen en de vordering is ontstaan (3:291 lid 1 BW). Het tijdstip waarop de derde een recht op de zaak heeft verkregen, moet dus worden afgemeten tegen het tijdstip waarop de schuldeiser de zaak onder zich heeft gekregen.

Dit zal meestal geen moeilijkheden opleveren. Zo zal de houder van een ceel of een cognossement logischerwijs steeds een jongere derde zijn ten opzichte van de vervoerder of bewaarnemer. In bijzondere gevallen kan men echter betwijfelen of de derde moet worden gekwalificeerd als een oudere of jongere derde, zoals blijkt uit de volgende gevallen.

Het sluiten van een koopovereenkomst brengt voor de koper nog geen recht ten aanzien van de zaken met zich mee. De koper heeft slechts een persoonlijk recht uit de koopovereenkomst ten opzichte van de verkoper en nog geen recht ten opzichte van de zaken. Na de levering van de zaken verkrijgt de koper echter wel een recht op de zaken. Ook de koper die de zaken onder eigendomsvoorbehoud heeft gekocht heeft een recht op de zaken verkregen, nadat de zaken in de middellijke of onmiddellijke macht van de koper zijn gebracht.¹³² Men moet daarom in het Nederlandse recht steeds kijken naar het tijdstip van de levering en niet naar het tijdstip van het sluiten van de koopovereenkomst. In het geval de zaken onder een derde liggen zal hier de levering *longa manu* aangewezen zijn. De koper zal hierbij steeds gelden als een jongere derde, omdat de erkenning door de houder of de mededeling aan de houder pas zal kunnen plaatsvinden op een moment nadat de houder de macht over de zaken uitoefent (3:115 sub c BW). Geeft de houder de zaak echter over aan een andere derde, dan zal dezelfde koper ten opzichte van de volgende houder gelden als een oudere derde. Een voorbeeld is een overdracht van de zaken gedurende het vervoer van de zaken. De koper is dan ten opzichte van de vervoerder een jongere derde. Wordt de lading vervolgens uitgeleverd en komt ze onder een bewaarnemer te liggen, dan is de koper ten opzichte van de bewaarnemer een oudere derde. De levering kan ook *constitutum possessorium* plaatshebben (3:115 sub a BW). In dat geval zal de houder van de zaken normaliter onbekend zijn met het ogenblik waarop de levering heeft plaatsgevonden. Het vraagt dan onderzoek door de rechter naar het moment van levering. Het kan moeilijk zijn om te bepalen of het ogenblik van levering eerder heeft plaatsgevonden dan het ogenblik waarop de houder macht over de zaak verkrijgt.

132. Of de koper onder eigendomsvoorbehoud een verbintenisrechtelijk of een goederenrechtelijk recht op de zaken heeft verkregen is aan de orde in hoofdstuk 5.

Een voorbeeld waarin dit onderscheid van belang was, is *Almos/Warnas*.¹³³

Het ging hier om de vraag of de houder van de zaken, een vervoerder, een retentierecht kon uitoefenen jegens een derde, de koper van de zaken. De retentor kreeg op 24 januari 2006 opdracht van de schuldenaar om de zaken onder zich te nemen. Op 25 januari 2006 is de lading daadwerkelijk in zijn macht geraakt. De koopovereenkomst was gesloten op 5 januari 2006, terwijl de levering plaatsvond op 25 januari 2006.

In het stelsel van Boek 8 BW zou dit een moeilijk geval zijn. Immers in artikel 8:30 lid 3 BW, en in de andere vervoerrechtelijke retentierechten, is beslissend het moment waarop de vervoerder de zaak ten vervoer ontving, dus onder zich kreeg. Dat zou betekenen dat levering van de zaak en het moment waarop de vervoerder de zaak onder zich kreeg op dezelfde dag zou vallen.

In het stelsel van artikel 3:291 lid 2 BW moet echter worden geconstateerd dat de koper geen oudere derde is, omdat de opdracht aan de houder van de zaken een dag eerder dan de levering heeft plaatsgevonden. Hij is echter ook niet noodzakelijk een jongere derde, omdat in artikel 3:291 lid 1 BW wordt vereist dat een recht op de zaak is verkregen nadat de schuldeiser de macht over de zaak heeft verkregen. En omdat dit op dezelfde dag valt, zal hier nader onderzoek nodig zijn.

Ik vraag me, gezien dit voorbeeld, af of het zin heeft om op de minuut te onderzoeken op welk moment de vervoerder de macht over de zaak heeft verkregen en wanneer is geleverd. Het voelt wat gekunsteld aan zo nauwkeurig te moeten onderzoeken of de derde een oudere of jongere gerechtigde is. Ik kom daar nog op terug.

Ook in een ander geval kan de vraag naar het zijn van oudere of jongere derde rijzen. Het gaat hier om de situatie dat de verkoper een reclamerecht uitoefent of de koopovereenkomst ontbindt. In deze situatie is de eigendom eerst overgegaan op de koper, maar wordt de verkoper naderhand weer eigenaar van de zaak. De ontbinding heeft in het huidige Burgerlijk Wetboek geen terugwerkende kracht (6:269 BW). Dat betekent dat de verkoper naar de letter genomen een jongere derde is ten opzichte van de houder van de zaken.¹³⁴ Vóór de eigendomsovergang was hij echter wellicht te kwalificeren als een oudere derde. Zwitser meent daarom dat na ontbinding of het inroepen van het reclamerecht de eerste gerechtigde niet moet worden gezien als een jongere gerechtigde, maar als een oudere gerechtigde op de zaken.¹³⁵ Uit deze voorbeelden blijkt dat de kwalificatie tussen jongere en oudere derde tot problemen kan leiden. Het praktische belang van deze vraag is daarin gelegen dat jegens de jongere derde de retentor voor alle vorderingen die hij op de schuldenaar heeft een retentierecht kan inroepen, terwijl de retentor jegens de oudere derde slechts een retentierecht kan inroepen voor vorderingen die betrekking hebben op

133. Rb. Amsterdam 4 februari 2009, *S&S* 2010, 4 (*Almos/Warnas*), i.h.b. r.o. 2.8. De zaak is eerder in hoofdstuk 2 behandeld.

134. Zo Fesevur 1992a, p. 63.

135. Zwitser 1993, p. 525. Vgl. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 727. Carver/Colinvaux 1982, nr. 2000 stelt naar Engels recht dat gebruik niet met zich kan meebrengen dat de vervoerder een *general lien* aan de verkoper-afzender kan tegenwerpen voor schulden van de geadresseerde, nadat de verkoper zijn recht van *stoppage in transitu* uitoefent.

de zaak (*debitum cum re iunctum*). Naar mijn mening moet de oplossing van bovenstaande problemen dan ook daarin liggen dat we deze verschillende rechtsgevolgen zoveel mogelijk gelijk trekken.

Dat kan als volgt gebeuren. De problematiek in het eerstgenoemde geval, waarbij ik *Almos/Warnas* als voorbeeld heb gebruikt, ligt steeds op het vlak dat de zaken niet statisch blijven liggen onder een bepaalde dienstverlener, maar in de logistieke keten worden doorgeschoven. Ik zal hierna betogen dat in dergelijke gevallen, waarin logistieke dienstverleners niet meer contracteren met de eigenaar van de zaken, zij nog slechts een retentierecht aan de derde kunnen tegenwerpen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (§ 4.3.3.3). Het doet daarbij niet ter zake of de derde een oudere of jongere derde is.

In het geval de logistieke dienstverlener wel contracteert met een eigenaar is de oplossing een andere. In een dergelijk geval kan de dienstverlener voor alle vorderingen die hij op de schuldenaar-eigenaar heeft een retentierecht tegenwerpen aan de eigenaar en jegens jongere derden (3:291 lid 1 BW). Het maakt dan niet meer uit op welke wijze de derde een recht op de zaak heeft verkregen. Ook deze stelling wordt verderop uitgewerkt (§ 4.3.3.2).

Door deze ingrepen wordt het stelsel geheel overzichtelijk. De rechter behoeft alleen te bepalen of de logistieke dienstverlener met een eigenaar heeft gecontracteerd. Is dat het geval dan kan de logistieke dienstverlener voor oude vorderingen een retentierecht aan de jongere derde tegenwerpen. Het retentierecht loopt hier analoog aan het pandrecht. Is dat niet het geval dan kan de logistieke dienstverlener in beginsel alleen voor huidige vorderingen een retentierecht aan de derde tegenwerpen. In beide gevallen kan de rechter op eenvoudige wijze beslissen wat de uitslag moet worden en behoeft hij niet, zoals in *Almos/Warnas*, het tijdstip van levering na te gaan en dat af te meten aan de vraag op welk moment de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar is tot stand gekomen.

4.3.3 Welke vorderingen?

4.3.3.1 *Vergelijking tussen artikel 3:291 lid 1 BW en artikel 8:30 lid 2 BW*

Tussen de regeling van artikel 3:291 lid 1 BW en de vervoerrechtelijke retentierechten bestaat verschil. Op grond van artikel 6:52 BW kan de schuldeiser een retentierecht inroepen voor alle vorderingen die hij op zijn wederpartij heeft, ook voor oude vorderingen. Uit artikel 3:291 lid 1 BW volgt dat hij dit retentierecht voor huidige en oude vorderingen ook aan de jongere derde kan tegenwerpen. De parlementaire geschiedenis verklaart dit met de gedachte dat de vervreemder het anders in zijn macht zou hebben door overdracht van zijn recht het retentierecht teniet te doen. Bovendien zal de verkrijger het retentierecht kunnen kennen doordat de vervreemder de zaak niet onder zich heeft.¹³⁶

Het is op dit punt dat de vervoerrechtelijke retentierechten afwijken. Voor het zeevervoer (8:489 lid 2 BW) en de algemene regeling (8:30 lid 2 BW) is immers slechts een retentierecht mogelijk voor hetgeen door de ontvanger verschuldigd is. Voor het wegvervoer (8:1131 BW) en de binnenvaart (8:954 BW) moet het gaan om een vordering die verschuldigd is ter zake van het vervoer van de zaken. In alle

136. PG Boek 3 BW, p. 883 (art. 3:291 BW).

gevallen kan het retentierecht zich niet uitstrekken tot oude vorderingen. Een contractueel retentierecht kan de vervoerder in beginsel niet helpen, omdat de derde geen partij zal zijn bij de overeenkomst waarin het retentierecht is opgenomen.¹³⁷ Daarmee wijkt de regeling van het vervoer en de expeditie af ten opzichte van de regeling als neergelegd in artikel 3:291 lid 1 BW.

Haak en Zwitser hebben betoogd dat de eisen van een vlot handelsverkeer met zich meebrengen dat de engere connexiteit in Boek 8 BW de voorkeur verdient boven de ruime connexiteit uit artikel 3:291 lid 1 BW. Zij voeren daartoe aan dat een koper niet snel zal verwachten dat het retentierecht zich uitstrekt tot vorderingen waar hij niet vanaf weet.

‘In het handelsverkeer waar kopers op grote afstand kunnen wonen en met grote snelheid enorme partijen goederen aankopen en doorverkopen, terwijl de opslagbedrijven en andere houders der goederen hun bedrijf maken van het werken met deze goederen in het hun bekende handelsverkeer, komt de keuze van de wetgever ons minder gelukkig voor. De eisen van een vlot lopend handelsverkeer waarin geen valkuilen voor onschuldige kopers verborgen dienen te liggen eisen ons inziens bescherming van kopers te goeder trouw in die zin dat zij niet geconfronteerd worden met hun totaal onbekende vorderingen uit het verleden.’¹³⁸

Het is deze ratio, namelijk dat de ladingontvanger niet geconfronteerd mag worden met hem totaal onbekende vorderingen, die bij het vervoer en de expeditie heeft geleid tot het stellen van een engere samenhang tussen vordering en zaak.¹³⁹ Haak en Zwitser zouden deze ratio willen doortrekken tot de gehele logistieke dienstverlening. Zij willen dus ook het retentierecht van houders die zich op artikel 3:291 lid 1 BW kunnen beroepen, zoals bewaarnemers en stuwadoors, inperken. Als mogelijke oplossing noemen zij dan dat een strenger connexiteitsvereiste door middel van uitleg van de desbetreffende overeenkomst uit de aard van de overeenkomst kan voortvloeien.

Hiermee zijn we twee verschillende gedachten op het spoor. De wetgever stond bij artikel 3:291 lid 1 BW de gedachte voor dat de schuldenaar niet aan het retentierecht moest kunnen ontkomen door de zaken simpelweg over te dragen. Dat rechtvaardigt dan dat het retentierecht in dezelfde mate aan de jongere derde moet kunnen worden tegengeworpen. Haak en Zwitser doen echter, in navolging van de parlementaire geschiedenis in Boek 8 BW, een beroep op het verkeersbelang en stellen dat de bescherming van de te goeder trouw zijnde jonge derde uitgaat boven het belang van de logistieke dienstverlener om een retentierecht uit te oefenen voor alle vorderingen. De jongere derde moet niet worden geconfronteerd met een retentierecht voor hem onbekende vorderingen. De opvatting van Haak en Zwitser én de opvatting van de wetgever acht ik te ver gaan voor zover ze worden toegepast op alle gevallen. Twee typen gevallen moeten naar mijn mening worden onderscheiden en het zal blijken dat in het eerste type geval het stelsel van de wetgever als neergelegd in artikel 3:291 lid 1 BW de voorkeur heeft, terwijl in het tweede

137. Tenzij de jongere derde is toegetreten tot de vervoerovereenkomst. Zie hierover hoofdstuk 2.

138. Haak & Zwitser 2003, p. 381.

139. Vgl. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW).

type geval het stelsel van de wetgever zoals onder meer neergelegd in artikel 8:1131 BW, gewenst is.

Er zijn verschillende gevallen denkbaar waarin het verkeersbelang een ondergeschikte rol speelt. Een voorbeeld is de verkoper van een partij zaken die liggen opgeslagen bij een bewaarnemer. Een ander voorbeeld is de verkoper die een wegvervoerder inschakelt om de zaken naar de koper te vervoeren. In deze gevallen is er geen sprake van een koopketen waarin meerdere verkopers en kopers opereren. Ik zou menen dat in dergelijke gevallen de bescherming van de schuldeiser de voorkeur heeft boven de bescherming van de jongere derde-koper. Het is de verkoper die de vordering uit de rechtsverhouding met de derde hoog laat oplopen. De koper weet of behoort te weten dat de zaak in dat geval onder een derde ligt die met de eigenaar van de zaak contracteert. De koper moet er dan rekening mee houden dat deze derde een pandrecht voor alle vorderingen op de zaak kan overeenkomen met de eigenaar. Analoog hieraan dient hij er mijns inziens ook rekening mee te houden dat de derde een retentierecht voor huidige en oude vorderingen toekomt. Krijgt de koper een zaak geleverd waar pand- of retentierecht op wordt uitgeoefend, dan kan hij overigens verhaal zoeken op de verkoper. De verkoper heeft immers de verplichting om de zaak zonder last over te dragen.¹⁴⁰ Omdat de koper steeds verhaal kan zoeken op de verkoper, lijkt het niet onredelijk om het belang van de schuldeiser-retentor hier voorrang te geven boven het belang van de koper. Deze gedachte komt overeen met de ratio achter artikel 3:291 lid 1 BW, maar is ook in overeenstemming te brengen met het retentierecht in Boek 8 BW. Voor de binnenvaart en het wegvervoer oordeelt de wetgever immers dat het voor de ontvanger gemakkelijker zal zijn dan voor de vervoerder om de afzender tot betaling te krijgen.¹⁴¹ Deze ratio brengt met zich mee dat het belang van de logistieke dienstverlener in dit type geval zwaarder moet worden gewogen dan het belang van de koper. Een retentierecht voor alle vorderingen die de schuldeiser op de schuldenaar heeft lijkt mij daarom niet onbillijk, zoals verder wordt toegelicht in paragraaf 4.3.3.2. De balans slaat echter door in het voordeel van de koper in die gevallen waarin het verkeersbelang zwaarder weegt. Dat is in de eerste plaats het geval in de situatie waarin een cognossement of ceel wordt uitgegeven. Daarmee geeft de bewaarnemer of vervoerder te kennen dat de zaken gemakkelijk verhandelbaar dienen te worden. Deze gemakkelijke verhandelbaarheid wordt echter ontkracht wanneer de bewaarnemer of vervoerder in deze situatie een retentierecht voor oude vorderingen kan uitoefenen. In dat geval is er reden om het retentierecht in te perken tot vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Ook in het geval er sprake is van een logistieke keten acht ik de bescherming van de koper zwaarder wegen. In dit geval immers beoogt de verkoper de zaak zonder last over te dragen, maar is het een schuldenaar uit de logistieke keten die de vordering uit zijn rechtsverhouding met een schuldeiser-retentor hoog laat oplopen. De koper zal weten of behoren te weten dat de zaak onder een derde ligt, maar zal in een logistieke keten wellicht moeilijk kunnen achterhalen waar de zaak zich in de logistieke keten bevindt. De koper kan daarom

140. Art. 7:15 BW, PG Boek 7, p. 113 (art. 7:15 BW). Art. 41 CISG. Engels recht: s. 12 lid 2 sub a Sale of Goods Act 1979. Duits recht: §§ 433 en 435 BGB. De koper doet er overigens goed aan om te onderzoeken of de verkoper solvent is. Is dat het geval dan is de kans kleiner dat de derde zijn retentierecht daadwerkelijk zal inroepen. Wordt dan toch een retentierecht ingeroepen, dan kan hij verhaal zoeken op de verkoper.

141. PG Boek 8 BW, p. 913, 914 (art. 8:954 BW) en p. 1103 (art. 8:1131 BW).

moelijk inschatten in hoeverre hem een retentierecht voor oude vorderingen zal worden tegengeworpen. Krijgt hij een retentierecht tegengeworpen, dan kan hij hiervoor niet de verkoper aanspreken, omdat die niet de schuldenaar is van de vordering. In dit geval dient daarom het belang van de koper voor te gaan boven het belang van de retentor. De retentor zal dan nog slechts voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak een retentierecht kunnen inroepen. Ook dit wordt hierna besproken (§ 4.3.3.3).

4.3.3.2 *Contracteren met een eigenaar en oude vorderingen*

Een schuldeiser kan hebben gecontracteerd met de eigenaar van de zaken. Wanneer de genoemde eigenaar de zaken dan doorverkoopt, dan kan de schuldeiser voor alle vorderingen die hij heeft op de eigenaar-schuldenaar een retentierecht tegenwerpen aan de jongere derde-koper. Dit resultaat wordt in artikel 3:291 lid 1 BW bereikt.

Dit resultaat kan als volgt worden verklaard. Algemeen wordt aangenomen dat in de derdenwerking van het retentierecht de goederenrechtelijke zijde van het retentierecht naar voren komt.¹⁴² De beginselen achter de werking van het retentierecht jegens een jongere derde zijn dan ook goederenrechtelijke beginselen.

In het verleden is ook wel voor andere theorieën geopteerd. Men heeft het gezocht in de overgang van rechtsverhouding en de constructie dat er geen sprake is van een *longa manu*-levering, maar van cessie van het vorderingsrecht tot afgifte van de zaken. Beide constructies zijn verworpen.¹⁴³

Deze goederenrechtelijke beginselen zijn dezelfde als degene die voor het pandrecht de werking jegens een jongere derde verklaren.¹⁴⁴ Daarbij wordt dan steeds gewezen op de *droit de suite* of zaaksgevolg, de prioriteitsregel en de *nemo plus*-regel.¹⁴⁵ Alle

142. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 726. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 497. Haak & Zwitsers 2003, p. 317, 379-380. In de uitspraak HR 13 mei 1988, NJ 1989, 201 m.nt. WMK (*Staat/Krimpca*) wordt het retentierecht met een beperkt recht vergeleken.

143. Voor de leer van overgang van rechtsverhouding, vgl. Thors 1934, p. 30. Kritisch hierover: Rank-Berenschot 1992, p. 173. Over de leer van de cessie van het vorderingsrecht tot afgifte van de zaken. Asser/Scholten 1933, p. 531. Heyning-Plate 1969, p. 197. Deze wijze van bezitsoverdracht is verworpen in HR 1 november 1929, NJ 1929, p. 1745-1750 m.nt. PS; W. 12059 m.nt. SB (*Proehl & Gutmann*). De cessievorm was al niet aannemelijk, omdat niet voldaan was aan de voor cessie noodzakelijke vormvereisten. Vgl. Ribbius, noot onder HR 16 maart 1933, W. 12597 m.nt. R (*Dordtse Autogarage*). De Bruijn 1930, p. 333-334.

144. Vgl. HR 13 mei 1988, NJ 1989, 201 m.nt. WMK (*Staat/Krimpca*), waar het retentierecht met een beperkt recht wordt vergeleken. Voor Belgisch recht, zie Storme die het retentierecht ziet als een wettelijk pandrecht. Storme 2006, p. 572-573 en noot van Storme onder Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-2008, p. 1541-1547, m.nt. M.E. Storme (*Arcelor Profil/Riga Natie*) die spreekt van het retentierecht als een wettelijk pandrecht. Hij doet dat in navolging van de conclusie van advocaat-generaal Krings onder Hof van Cassatie 7 oktober 1976, R.W. 1976-77, p. 1832-1834; Pas. 1997-I, p. 154-165 (*Teinturia*).

145. Op het zaaksgevolg, wijst de noot van Kleijn, onder HR 13 mei 1988, NJ 1989, 201 m.nt. WMK (*Staat/Krimpca*). Haak & Zwitsers 2003, p. 317, 380. Haak 2003, p. 378, 390. Op de prioriteitsregel wijst de noot van Dirix, onder Hof van Cassatie 16 juni 1995, TBH 1996, p. 215, 222-223. Dirix & De Corte 2006, nr. 550. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2006, nr. 12.03-12.04. In het kader van de *nemo plus*-regel wordt vaak naar voren gebracht dat eigendom slechts 'onder belasting van' een retentierecht kan worden overgedragen. Vgl. Thors 1934, p. 29, De Bruijn 1930, p. 334 en uitgebreid: Kampschreur 1934. Asser/Scholten 1945, p. 558. Asser/Scholten 1933, p. 531. Hof 's-Gravenhage 12 december 1963, NJ 1965, 283 (*Mulder/Markx*).

genoemde noties hangen met elkaar samen. Met het leerstuk van het zaaksgevolg wordt aangeduid dat het retentierecht op de zaken blijft rusten nadat de zaak is overgedragen. Het retentierecht volgt de zaak. De prioriteitsregel duidt aan dat het oudere recht, het retentierecht, voorgaat boven het jongere recht, het eigendomsrecht van de koper. De *nemo plus*-regel wijst er tenslotte op dat de vervreemder de zaak niet los van het retentierecht kan vervreemden. Het zijn deze beginselen die niet alleen de derdenwerking van het pandrecht ten opzichte van een jongere derde verklaren, maar ook die van het retentierecht.

Het pandrecht kan in dezelfde omvang aan de verkrijger worden tegengeworpen als aan de vervreemder mogelijk was. Dat is naar Nederlands recht uitgemaakt in het *Proehl & Gutmann*-arrest.¹⁴⁶ Het betrof de verkoop van in pand gegeven aandelen aan toonder. Het pandrecht op de aandelen ging niet verloren door de verkoop. Voor het retentierecht zal, naar analogie, hetzelfde hebben te gelden, juist omdat dezelfde zakenrechtelijke beginselen een rol spelen. Een retentierecht kan dan ook voor huidige en oude vorderingen worden tegengeworpen aan de koper. Dit resultaat is in overeenstemming met de werkelijkheid in het handelsverkeer. Iedere logistieke dienstverlener bedingt namelijk een pand- en retentierecht op de zaken die hij onder zich heeft. In die gevallen wanneer het pandrecht, als het sterkere recht, tot stand komt, is er geen reden om hem de bescherming van het zwakkere recht, het retentierecht, te onthouden. Beide rechten leiden dan tot hetzelfde resultaat, namelijk dat zekerheid verkregen wordt voor huidige en oude vorderingen. Degene die hier het retentierecht wil inperken, zal daarom ook een pleidooi moeten houden voor inperken van het pandrecht. In hoofdstuk 5 zal ik voor het pandrecht uiteenzetten dat een dergelijk pleidooi naar mijn mening niet veel kans van slagen heeft.

Deze ratio kan naar mijn mening worden doorgetrokken tot de gehele logistieke dienstverlening. De inperking van het wettelijke vervoerrechtelijke retentierecht van de vervoerder en de expediteur is daarom voor de situatie dat de vervoerder of expediteur met een eigenaar contracteert, niet gerechtvaardigd. In de praktijk zal de schade voor de vervoerder of expediteur meevallen omdat zij steeds in de algemene voorwaarden een pandrecht opnemen. Daarmee kunnen zij altijd een pandrecht aan de jongere derde tegenwerpen. Daarnaast treedt de ladingontvanger bij het vervoer toe tot de vervoerovereenkomst, zodat onder omstandigheden een contractueel retentierecht voor oude vorderingen kan worden uitgeoefend.¹⁴⁷

Hiermee zijn de vervoerder en de expediteur voldoende beschermd.

In die gevallen waarin de vervoerder of bewaarnemer een zakenrechtelijk waardepapier, een cognossement, ceel of *delivery order* aan de eigenaar afgeeft, moet echter anders worden geoordeeld. In dat geval kan slechts voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak een retentierecht worden ingeroepen jegens derden, waaronder de jongere derde. Dit is voor het pandrecht aan de orde geweest in *Bosman/Condorcamp*.¹⁴⁸ De Hoge Raad oordeelde dat een expediteur geen pandrecht op de zaken kon verkrijgen door alleen de zaken, en niet de cognossementen, in zijn macht te hebben. Een pandrecht op zaken kan slechts tot stand komen wanneer het cognossement in de macht van de pandhouder wordt gebracht. De Hoge Raad voegt

146. HR 1 november 1929, NJ 1929, p. 1745-1750 m.nt. PS; W. 12059 m.nt. SB (*Proehl & Gutmann*).

147. Zie hoofdstuk 2.

148. HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*). Het arrest wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 5.

daaraan toe dat de expediteur voldoende wordt beschermd door de mogelijkheden, geboden door de wet, de kosten van deze verzending zelf op de zaken te verhalen. Ik vermoed dat hiermee wordt bedoeld op het retentierecht van artikel 8:30 lid 2 BW.¹⁴⁹ Dat zou betekenen dat de Hoge Raad wel een retentierecht voor huidige vorderingen toestaat, maar geen pandrecht voor alle vorderingen. Is dat juist, dan betekent zulks dat een retentierecht voor oude vorderingen ook niet moet worden toegestaan. De reden hiervoor is dat de vervoerder heeft ingestemd met een vlotte verhandelbaarheid van de zaken door een cognossement af te geven. Hij moet dat niet naderhand kunnen frustreren door een beroep op een retentierecht voor oude vorderingen.

Dit zal niet alleen voor het vervoer hebben te gelden, maar ook voor de bewaarner die een ceel afgeeft. Door middel van de ceel wordt de verhandelbaarheid van de zaken vergroot. De bewaarner moet dit dan niet naderhand frustreren door een retentierecht voor oude vorderingen uit te oefenen. De ratio achter *Bosman/Condorcamp* moet dan ook worden uitgebreid tot dit geval. De bewaarner kan dan slechts voor met de zaak samenhangende vorderingen een retentierecht inroepen. In de afgifte van de ceel zou men dan impliciet een afstand van retentierecht voor oude vorderingen kunnen zien.

4.3.3.3 *Contracteren met een logistieke dienstverlener en huidige vorderingen*

Het inroepen van een retentierecht voor oude vorderingen ten opzichte van jongere derden acht ik niet billijk in die gevallen waarin de logistieke dienstverlener contracteert met een andere logistieke dienstverlener. Dat wordt opnieuw duidelijk wanneer we het retentierecht met het pandrecht vergelijken. In dit type gevallen kan het pandrecht niet tot stand komen, omdat de wederpartij-dienstverlener in beginsel niet beschikkingsbevoegd zal zijn om de zaken in pand te geven. Naar mijn mening moet hetzelfde resultaat bereikt worden met het retentierecht. In deze gevallen dient slechts een retentierecht voor met de zaak samenhangende vorderingen toegestaan te worden.

Een overtuigende motivering hiervoor geven Haak en Zwitsers.¹⁵⁰ Het gaat in deze gevallen steeds om een oudere derde, de verkoper, die de zaak overdraagt. Zij voeren dan aan dat de koper, die koopt van de oudere derde, ook moet worden behandeld als een oudere derde en niet als een jongere derde. Als reden voeren zij aan dat het hier een combinatie van lid 1 en 2 van artikel 3:291 BW betreft. De wederpartij van de retentor moet bevoegd zijn geweest de overeenkomst te sluiten (3:291 lid 2 BW). Deze bevoegdheid brengt met zich mee dat ten opzichte van de oudere derde voor vorderingen die samenhangen met de zaak (*debitum cum re iunctum*) een retentierecht kan worden ingeroepen. Draagt de oudere derde de zaak dan over, dan moet de retentor niet onverdiend in een gunstiger positie terechtkomen door aan deze koper wel een retentierecht voor oude vorderingen tegen te kunnen werpen. Men moet daarom oordelen dat de schuldeiser alleen een retentierecht kan uitoefenen voor zover de schuldenaar bevoegd was tot het sluiten van de overeenkomst. Slechts in zoverre heeft het retentierecht zaaksgevolg. Daarmee zal

149. Het gaat niet om het retentierecht van de expediteur (8:69 lid 2 BW), omdat de expediteur hier optreedt als vervoerder (NVOCC), daarom is art. 8:30 lid 2 BW toepasselijk.

150. Haak & Zwitsers 2003, p. 316, 319, 389.

het retentierecht in deze gevallen zijn beperkt tot huidige vorderingen. Artikel 3:291 lid 1 BW moet hier daarom niet naar de letter worden gelezen, maar in samenhang met artikel 3:291 lid 2 BW. Het retentierecht van de vervoerder en de expediteur leidt hier tot een identiek resultaat.

De oplossing is ook in overeenstemming met de eisen van een vlot handelsverkeer. Van de koper kan immers niet worden verwacht dat hij weet welke logistieke dienstverlener de zaken onder zich heeft en of deze in zijn verhouding tot de schuldenaar gerechtigd is een retentierecht uit te oefenen voor oude vorderingen. De koper is wel in staat om de positie van zijn wederpartij, de verkoper, te onderzoeken. Voor vorderingen die aan de verkoper kunnen worden tegengeworpen, zal hij dan ook een retentierecht hebben te dulden.

4.3.4 **Verlengd retentierecht in een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding. Verwijzing**

In het voorgaande zijn bij de oudere derde enkele gevallen genoemd die een verlengd retentierecht jegens de oudere derde rechtvaardigen. Het gaat dan steeds om gevallen waarin de schuldeiser en de oudere derde staan in een persoonlijke rechtsverhouding, zoals lastgeving.

Dat kan zich ook voordoen in de verhouding tussen de schuldeiser en de jongere derde. Het zal dan steeds gaan om gevallen waarin een derdenbeding aan de orde is. Een voorbeeld is de toetreding van de ladingontvanger tot de vervoerovereenkomst. De ladingontvanger kan daardoor ook gebonden raken aan een in de vervoerovereenkomst opgenomen contractueel retentierecht. Dit retentierecht kan zich uitstrekken tot oude vorderingen. De problematiek is eerder behandeld in hoofdstuk 2.

4.3.5 **Rechtsvergelijking**

4.3.5.1 *Duits recht als voorbeeld*

Naar Duits recht is het retentierecht (*Zurückbehaltungsrecht*) een persoonlijk recht.¹⁵¹ Het kan daarom niet aan oudere derden worden tegengeworpen. Het retentierecht van de koopman kan echter wel aan jongere derden worden tegengeworpen.

§ 369 lid 2 HGB

Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

Hierbij moet ik in herinnering roepen dat het retentierecht uit § 369 HGB in beginsel pas kan worden uitgeoefend in het geval de wederpartij van de retentor eigenaar is van de zaken. Pas in dat geval kan het retentierecht aan de jongere derde worden tegengeworpen. Het gaat dus steeds om de situatie dat de eigenaar de zaken overdraagt. Zijn de zaken overgedragen dan kan jegens de jongere derde-eigenaar een

151. Ahrens 2003, p. 196.

retentierecht worden uitgeoefend.¹⁵² Hetzelfde geldt voor de situatie dat de jongere derde een beperkt gerechtigde is, zoals een pandhouder. Ook dan moet de pandhouder het retentierecht uit § 369 HGB zich laten welgevalven.¹⁵³ Dit retentierecht kan zich steeds ook uitstrekken tot oude vorderingen.

Er bestaat controverse over het punt of § 369 HGB ook aan een jongere derde kan worden tegengeworpen, die de eigendom heeft verkregen door middel van de overgave van een zakenrechtelijk waardepapier, zoals een cognossement.¹⁵⁴ In een dergelijk geval is de oplossing daarin gelegen dat de vervoerder het retentierecht in het cognossement opneemt.¹⁵⁵

Daarnaast kunnen verschillende logistieke dienstverleners een beroep doen op een wettelijk pandrecht. Dit geldt voor de vervoerder, de expediteur en het opslagbedrijf.¹⁵⁶ Een wettelijk pandrecht is een pandrecht dat van rechtswege tot stand komt. Een pandrecht kan voor oude vorderingen worden uitgeoefend in het geval de pandgever eigenaar is van de zaken. Het pandrecht kan echter slechts voor huidige vorderingen worden ingeroepen in het geval de pandgever geen eigenaar is van de zaken, maar slechts bevoegd is de zaken over te geven aan een vervoerder. Het Duitse recht geeft hier, naar mijn mening, een heel bevredigende regeling voor het vervoer. In beginsel kan steeds voor vorderingen ten aanzien van de zaken (*debitum cum re iunctum*) een wettelijk pandrecht worden ingeroepen. Een retentierecht of pandrecht voor oude vorderingen kan echter slechts worden uitgeoefend voor zover de wederpartij eigenaar is van de zaken.

In het voorgaande heb ik naar voren gebracht dat het Nederlandse recht op dit punt tot dezelfde resultaten kan komen. Immers in die gevallen waarin niet met een eigenaar wordt gecontracteerd, zo heb ik betoogd, kan slechts een retentierecht voor huidige vorderingen worden uitgeoefend. Artikel 3:291 lid 1 BW en de vervoerrechtelijke retentierechten leiden hier tot hetzelfde resultaat. In die gevallen waarin met een eigenaar wordt gecontracteerd kan op basis van artikel 3:291 lid 1 BW ook voor oude vorderingen een retentierecht worden uitgeoefend. De vervoerrechtelijke retentierechten leiden hier tot een ander resultaat. Daarbij moet echter worden bedacht dat de vervoerder zichzelf kan helpen met een contractueel retentierecht door deze op te nemen in de vrachtbrief of het cognossement, en daarnaast, omdat hij contracteert met een eigenaar, ook een beroep kan doen op een pandrecht. Het Nederlandse systeem is hier in overeenstemming met het Duitse systeem.

4.3.5.2 Enkele aanvullende rechtsvergelijkende opmerkingen

Naar Engels recht kan de *common law lien* steeds aan derden worden tegengeworpen. Het gaat hierbij echter om vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Als ik het goed zie kan ook een *contractual lien* aan de jongere derde-koper worden tegengeworpen.¹⁵⁷ De koper kan dan, voor zover hij schade lijdt omdat hij de zaken belast

152. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 67. Ahrens 2003, p. 196. Brüning-Wildhagen 2000, p. 102.

153. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 69. Brüning-Wildhagen 2000, p. 102.

154. Brüning-Wildhagen 2000, p. 102, 104 acht in dat geval geen toepassing van § 369 HGB mogelijk. Anderen lijken echter wel toepassing mogelijk te achten. Zo Schmidt 1999, p. 663 en Großkomm HGB (Canaris) 2004, §§ 369-372 HGB, nr. 76.

155. MünchKomm HGB (Welter) 2009, § 369 HGB, nr. 68.

156. Zie hiervoor hoofdstuk 2.

157. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 12.09.

verkrijgt, de verkoper aanspreken voor de schade.¹⁵⁸ Naar Nederlands recht geldt een vergelijkbare regel (7:15 BW).

Ook naar Frans en Belgisch recht kan de jongere derde-koper een retentierecht tegenwerpen krijgen.¹⁵⁹ Dat kan in dezelfde mate als dat het geval is ten opzichte van de wederpartij. Als argument wordt gewezen op het punt dat het anders al te eenvoudig zou zijn voor de schuldenaar om het retentierecht van de schuldeiser te ontlopen. Hij zou dit dan kunnen doen door het te verkopen aan een derde.

Naar Nederlands recht treffen we dezelfde ratio aan bij artikel 3:291 lid 1 BW.

De derdenwerking van het retentierecht tegen een jongere derde wordt naar Belgisch en Frans recht meestal gebaseerd op zakenrechtelijke beginselen, zoals de *prioriteitsregel*.¹⁶⁰ Ik heb dat voor het Nederlandse recht overgenomen.

4.3.6 Bevindingen

Het stelsel zoals neergelegd in artikel 3:291 lid 1 BW brengt met zich mee dat onder alle omstandigheden de schuldeiser voor alle vorderingen, huidige en oude, een retentierecht kan tegenwerpen aan de jongere derde. Daarmee verschilt de regeling op dit punt van de retentierechten in Boek 8 BW die slechts een retentierecht voor met het vervoer of de expeditie samenhangende vorderingen toestaan.

In deze paragraaf is verdedigd om zoveel mogelijk recht te doen aan de beginselen die aan beide regelingen ten grondslag liggen. Bij artikel 3:291 lid 1 BW is geoordeeld dat de schuldenaar het niet in zijn macht moet hebben door overdracht van de zaken het retentierecht teniet te doen. Bij de vervoerrechtelijke retentierechten laat de inperking zich terugvoeren op het verkeersbelang. Het is aan deze combinatie van beginselen dat recht moet worden gedaan.

Ik meen dat dat zoveel mogelijk is geschied met de volgende regeling. In gevallen waarin de eigenaar schuldenaar is van de retentor, kan de retentor een retentierecht tegenwerpen voor huidige en oude vorderingen in het geval deze eigenaar de zaak overdraagt. In het geval de retentor heeft gecontracteerd met een niet-eigenaar, zoals een logistiek dienstverlener, kan hij slechts voor huidige vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan de jongere derde.

4.4 Het recht om afgifte van zaken te weigeren

4.4.1 Inhoud van het recht om afgifte te weigeren. Geen retentierecht

In Boek 8 BW zijn retentierechten opgenomen voor de vervoerders en de expeditieur. Naast het retentierecht is steeds ook nog een ander bijzonder recht opgenomen:

158. Op grond van s. 12 Sale of Goods Act 1979 heeft de verkoper de zaken vrij van last te leveren.

159. Simler & Delebeque 2009, nr. 600. Cour de Cassation, 1ste kamer, 24 september 2009. Dirix & De Corte 2006, nr. 550. Van Ommeslaghe 1963, p. 83. Coppens 1969-1970, p. 155-156. Anders: Heurterre 1983, p. 170.

160. Belgisch recht: Dirix & De Corte 2006, nr. 550. Hof van Cassatie 16 juni 1995, *TBH* 1996, p. 215-225 m.nt. Eric Dirix; *RW* 1995-1996, nr. 9, 28 oktober 1995, p. 309-310. Naar Frans recht heeft de *Cour de Cassation* geoordeeld dat het retentierecht een zakelijk recht is. Simler & Delebecque 2009, nr. 600 die overigens kritisch zijn.

het recht om afgifte van de zaken te weigeren.¹⁶¹ Een voorbeeld is artikel 8:30 lid 1 BW:

Artikel 8:30 lid 1 BW

De vervoerder is gerechtigd afgifte van zaken, die hij in verband met de vervoerovereenkomst onder zich heeft, te weigeren aan ieder, die uit anderen hoofde dan de vervoerovereenkomst recht heeft op aflevering van die zaken, tenzij op de zaken beslag is gelegd en uit de vervolging van dit beslag een verplichting tot afgifte aan de beslaglegger voortvloeit.

De historische ontwikkeling van dit artikel is eerder in hoofdstuk 2 beschreven. Aanvankelijk had regeringscommissaris Schadee, belast met Boek 8 BW, beoogd in lid 1 een retentierecht op te nemen. Pas met de invoeringswet van 1987 is dit artikellid gewijzigd en is besloten dit geen retentierecht te laten zijn.¹⁶² De reden hiervoor is dat het retentierecht steeds een vordering vereist waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend. Het in lid 1 genoemde recht om afgifte van de zaken te weigeren vereist echter niet dat de vervoerder of expediteur een vordering op zijn wederpartij heeft.¹⁶³ De tekst van artikel 8:30 lid 1 BW sluit echter niet uit dat het recht om afgifte van zaken te weigeren ook wordt uitgeoefend in die gevallen waarin de vervoerder wel een vordering op zijn wederpartij heeft. In die gevallen kunnen het retentierecht en het recht om afgifte van zaken te weigeren elkaar dus overlappen.¹⁶⁴ Ik zal de afbakening tussen beide rechten in de volgende paragraaf bespreken.

Anders dan het retentierecht kan het recht om afgifte van zaken te weigeren niet aan de contractuele wederpartij worden tegengeworpen. Het moet steeds gaan om iemand die uit andere hoofde dan de vervoerovereenkomst recht heeft op aflevering van de zaken. Daarbij valt te denken aan een eigenaar, een executerende pandhouder, enzovoort. Het recht om afgifte van zaken te weigeren kan dus slechts aan derden worden tegengeworpen.

De wetgever stelt als een algemeen principe van vervoersrecht voorop dat de vervoerder niets van doen heeft met de verhouding waarin anderen dan afzender en

161. Zie de art. 8:30 lid 1 (vervoer algemeen), 8:69 lid 1 (expediteur), 8:489 lid 1 (zeevervoer), 8:954 lid 1 (binnenvaart), 8:1131 lid 1 (wegvervoer) en 8:1378 lid 1 (luchtvervoer). De eerste vier artikelen zijn in Boek 8 BW gekomen met de invoering van 1 april 1991. De wegvervoerder was al eerder geregeld in de Wet Overeenkomst Wegvervoer. Titel 16 van boek 8 BW voor de luchtvervoerder is pas vastgesteld bij wet van 7 april 2005 en in werking getreden op 1 juni 2005. Wet van 7 april 2005 tot vaststelling en invoering van titel 16 (Exploitatie) van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, Stb. 2005, 250. Besluit van 10 mei 2005, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 7 april 2005 tot vaststelling en invoering van titel 16 (Exploitatie) van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, Stb. 2005, 251.

162. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW). Bij het luchtvervoer wordt echter in de parlementaire geschiedenis wel gesproken van een retentierecht. Vaststelling en invoering van titel 16 (Exploitatie) van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 946, nr. 3. In deze Memorie van Toelichting lezen we: 'Artikel 1378. Het artikel is gelijk aan hetgeen in de artikelen 8:489, 8:954 en 8:1131 voor de overige vervoerstukken is bepaald. Het recht van retentie jegens de contractuele wederpartij van de vervoerder vloeit voort uit de artikelen 1373 en 1374.' Vgl. Koning 2007, p. 50 die ook spreekt van een retentierecht.

163. PG Boek 8 BW, p. 79 (art. 8:30 BW). Sniijders, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag) 1998, p. 33.

164. Japikse 1993, p. 543 noemt het retentierecht daarom een complement van het recht om afgifte van zaken te weigeren.

ontvanger tot het goed staan.¹⁶⁵ Het maakt daarbij niet uit of de derde een oudere of jongere derde is. Om het recht om afgifte te weigeren aan een oudere derde tegen te werpen moet, evenals dat voor het retentierecht het geval is, voldaan zijn aan de in lid 3 opgenomen eisen. Dit lid vereist dat de afzender bevoegd is de zaak aan de vervoerder ter beschikking te stellen dan wel dat de vervoerder aan deze bevoegdheid niet behoefde te twijfelen.¹⁶⁶

Om afgifte van de zaken te verkrijgen moet de derde overgaan tot het leggen van beslag op de zaken. De wetgever merkt op dat het moet gaan om een na de inontvangstneming van de zaken gelegd beslag. Bij een beslag gelegd voor de inontvangstneming van de zaken zal de vervoerder zijn recht om afgifte te weigeren verliezen. De gedachte is dan dat de afzender niet meer bevoegd is de zaken over te geven aan de vervoerder na het gelegde beslag.¹⁶⁷

Na het leggen van het beslag moet de derde dit beslag verder vervolgen voor de rechter. Het is dan aan de rechter overgelaten om te oordelen of de vervoerder of expediteur de zaak moet afgeven aan de beslaglegger. De rechter moet dus de belangen van procespartijen tegen elkaar afwegen. De wetgever acht het mogelijk dat de rechter tot de conclusie komt dat de vervoerder aan een ander dan zijn wederpartij uit de vervoerovereenkomst moet afgeven.¹⁶⁸ De wetgever verzuimt echter een regeling te geven op welke wijze de rechter de belangen van partijen moet afwegen.¹⁶⁹ De rechter zal zich niet alleen moeten afvragen of de vervoerder mag afgeven aan een ander dan de gerechtigde uit de vervoerovereenkomst, maar ook, in het geval meerdere derden een recht op de lading pretenderen, wat de onderlinge verhouding is tussen de verschillende derden. Hier biedt artikel 8:30 lid 1 BW geen enkel houvast. Haak en Zwitser hebben daarom betoogd dat gewoon de algemene regels van vermogensrecht gevolgd moeten worden.¹⁷⁰ Dat betekent dat een goederenrechtelijke gerechtigde op de zaken in beginsel voor zal gaan boven een verbintenissenrechtelijk gerechtigde. Evenzo zal een ouder goederenrechtelijk recht voorrang hebben boven een jonger goederenrechtelijk recht.

Hoewel artikel 8:30 lid 1 BW daarmee grotendeels terugverwijst naar de algemene regels van het vermogensrecht als neergelegd in Boek 3 BW, heeft het toch zelfstan-

165. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW). Schadee voegt toe dat de vervoerder de lading als het ware als zijn wederpartij kan beschouwen, onverschillig wie daarvan de eigenaar is. Dit is een voorbeeld van de bij Schadee voorkomende neiging tot personificatie van begrippen, in dit geval de lading, in het zeerecht. Schadee 1963, p. 4 e.v. Japikse 1982, p. 12.

166. Zie § 4.2.1.2.

167. PG Boek 8 BW, p. 1105 (art. 8:1131 BW).

168. PG Boek 8 BW, p. 1104-1105 (art. 8:1131 BW): 'Het is hier echter (...) aan het oordeel van de rechter over te laten om, rekening houdend met alle hem bekende omstandigheden, de belangen van partijen tegen elkaar af te wegen. Hij zal daarbij in het oog moeten houden dat het voor een willekeurige buitenstaander toch wel uitzonderlijk bezwaarlijk is de beschikking over zijn allicht bederfelijke — goederen te verliezen door het enkele feit dat deze onderwerp uitmaken van een vervoerovereenkomst.'

169. Hierover kritisch: Haak, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 42. Andere kritiek uit Van der Wiel 2001, p. 12-13.

170. Haak & Zwitser 2003, p. 495, 497. Zij stellen dat dit niet de gedachte van de wetgever is geweest en verwijzen daarbij naar PG Boek 8 BW, p. 1104-1105 (art. 8:1131 BW) en het betoog van W. Sniijders, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 33. Ik kan hierin echter geen andere gedachte lezen. De wetgever en W. Sniijders leggen de nadruk op de discretionaire bevoegdheid van de rechter. De rechter zal daarbij zijn bevoegdheid hebben uit te oefenen in overeenstemming met de regels als neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. Van een afwijking van Boek 3 BW acht ik dan ook geen sprake.

dige betekenis.¹⁷¹ De algemene regels van vermogensrecht brengen met zich mee dat een eigenaar de zaak kan revindiceren (5:2 BW). Beslag leggen is daarvoor niet nodig. Omdat de vervoerder echter niet op de hoogte zal zijn in welke verhoudingen derden tot het goed staan, wordt in artikel 8:30 lid 1 BW geëist dat de derde eerst beslag legt. Dat is ter bescherming van de vervoerder, daar de rechter dan zal hebben te oordelen aan wie de vervoerder de lading moet afgeven.¹⁷² Een derde die de lading wil opeisen, zal door middel van (conservatoir derden-) beslag zijn rechtspositie moeten veilig stellen (art. 718, 730 Rv). Het rechterlijk vonnis wat dan, in de vervolging van dit beslag, verkregen wordt, dient als executoriale titel dat aan de vervoerder wordt betekend (704, 430 lid 3 Rv). Hiermee kan vervolgens afgifte van de zaken worden geëist (475, 477 Rv). Artikel 8:30 lid 1 BW leidt zo tot het resultaat dat de vervoerder zal hebben af te geven aan de gerechtigde op de lading, welke niet noodzakelijk de schuldeiser uit de vervoerovereenkomst behoeft te zijn. De vervoerder kan bijvoorbeeld verplicht worden af te geven aan een ander dan de recht- en regelmatige cognossementhouder.

In de volgende paragraaf (4.4.2) onderzoek ik het toepassingsbereik van het recht om afgifte van zaken te weigeren, om daarna in paragraaf 4.4.3 aan de hand van voorbeelden uiteen te zetten hoe de rechter de algemene regels van vermogensrecht dient toe te passen.

4.4.2 Toepassingsbereik van het recht om afgifte van zaken te weigeren

Het recht om afgifte van zaken te weigeren heeft een ruimer toepassingsbereik dan het retentierecht. Het kan ook worden uitgeoefend wanneer de vervoerder geen vordering heeft uitstaan op zijn wederpartij en daarmee geen retentierecht kan uitoefenen. De derde moet dan, om afgifte van de zaken te verkrijgen, beslag leggen. Heeft de derde een bepaald recht op de zaken, bijvoorbeeld een eigendomsrecht, dan zal de rechter al snel een verplichting op de vervoerder leggen om over te gaan tot afgifte van de zaken aan de beslaglegger. Uiteraard behoudens de situatie dat hierdoor rechten van andere derden, bijvoorbeeld de pandhouder op cognossement, in het gedrang komen. De eventuele kosten die de vervoerder maakt om aan deze verplichting tot afgifte van de zaken te voldoen, komen voor rekening van de derde-beslaglegger.

Een andere vraag is of de vervoerder ook voor oude vorderingen het recht om afgifte van zaken te weigeren kan uitoefenen. Een derde eist de zaken op en legt daartoe beslag, maar de vervoerder stelt dat hij voor vorderingen uit eerdere met de afzender afgesloten vervoerovereenkomsten het recht om afgifte van zaken te weigeren wil uitoefenen. Hij kan daarvoor niet het retentierecht inroepen (lid 2). De letterlijke tekst van artikel 8:30 lid 1 BW sluit strikt genomen niet uit dat het recht om afgifte van zaken te weigeren ook wordt uitgeoefend voor oude vorderingen. Naar mijn mening moet uit de parlementaire geschiedenis echter de conclusie worden getrokken dat de beperking van het retentierecht tot huidige vorderingen uit het tweede

171. Haak & Zwitser 2003, p. 495. In andere zin echter Haak & Zwitser 2010, p. 132 die het eerste lid aanduiden als een 'dode bepaling'.

172. Daarmee wordt een andere weg gewezen naast art. 6:37 BW, dat regelt dat de schuldenaar kan opschorten wanneer hij twijfelt aan wie de betaling moet geschieden. De vervoerder behoeft echter niet op te schorten, maar kan gewoon afleveren aan degene die het cognossement presenteert of als geadresseerde op de vrachtbrief staat tot het moment dat een derde beslag legt op de lading.

lid doorgetrokken moet worden tot het recht om afgifte van zaken te weigeren uit het eerste lid.

Dat volgt uit het Ontwerp Schadee en de Vaststellingswet. Daarin was opgenomen dat jegens ieder die afgifte van zaken verlangt een retentierecht kon worden uitgeoefend. De commissie merkt hierover op of hiermee niet aan de vervoerder een te sterk machtsmiddel wordt geboden, omdat hiermee ook een retentierecht lijkt te worden toegestaan voor vorderingen uit het verleden, dus voor vorderingen die betrekking hebben op in het verleden aangegane vervoerovereenkomsten.¹⁷³ De wetgever verandert daarop het retentierecht zo dat ten opzichte van de ladingontvanger niet voor oude vorderingen een retentierecht kan worden ingeroepen. Onbeantwoord blijft echter de vraag of ten opzichte van andere derden een recht om afgifte van zaken te weigeren voor oude vorderingen kan worden uitgeoefend. Schadee had echter eerder betoogd dat de vervoerder de lading als zijn wederpartij kan beschouwen.¹⁷⁴ Daarmee is bedoeld dat de vervoerder alleen van doen heeft met de lading en dat betekent dan naar mijn gevoel dat ook slechts voor kosten gemaakt aan deze lading het recht om afgifte van zaken te weigeren kan worden uitgeoefend.

De vervoerder kan dus in alle gevallen waarin hij kosten voor het vervoer van de zaken heeft gemaakt zowel het recht om afgifte van zaken te weigeren als het retentierecht inroepen. Uit het voorgaande volgt dat het recht om afgifte te weigeren slechts een meerwaarde heeft in die gevallen waarin de vervoerder geen vordering heeft. Het gaat dan om gevallen van gratis vervoer of *freight prepaid*.

Ter illustratie de volgende situatie: vervoer van lading waarbij het cognossement niet door de reder, maar door de tijdbvrachter wordt uitgegeven. Op het cognossement staat dat de vracht is betaald (*freight prepaid*). De reder, die geen vervoerder is onder cognossement, wil echter niet aan de cognossementhouder uitleveren omdat er nog sprake is van een openstaande vordering op de tijdbvrachter.¹⁷⁵ De reder kan zich dan in de eerste plaats beroepen op het retentierecht uit artikel 8:489 lid 2 BW.¹⁷⁶ Daarnaast kan hij zich beroepen op het recht om afgifte van zaken te weigeren, maar slechts voor dezelfde vordering en niet voor andere vorderingen, zo heb ik hiervoor betoogd.

Wanneer we hierop variëren en stellen dat de reder geen vordering op de tijdbvrachter heeft openstaan, dan zou de reder nog steeds het recht hebben om afgifte van zaken te weigeren. Hij heeft immers geen contract met de cognossementhouder. Omdat de cognossementhouder geen contract heeft met de reder zal hij slechts de tijdbvrachter kunnen aanspreken en daarnaast eventueel door middel van beslag en executoriale titel de lading kunnen opeisen van de reder. Het maakt daarbij niet uit of de cognossementhouder een goederenrechtelijk of persoonlijk recht op de zaken heeft. Toepassing van artikel 8:489 lid 1 BW acht ik hier redelijk. De

173. PG Boek 8 BW, p. 80 (art. 8:30 BW).

174. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW).

175. Dit voorbeeld wordt genoemd door H. Boonk, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 41-42. Hierbij moet worden bedacht dat de wetgever de kosten van tijdvracht tijdens het vervoertraject laat vallen onder het bereik van het wettelijke retentierecht. PG Boek 8 BW, p. 512 (art. 8:489 BW).

176. Zo ook: R.E. Japikse, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 43.

rechter zal hier immers moeten oordelen of de tijdbevrachter dan wel de derde-cognossementhouder een sterker recht heeft op de zaken. Het kan niet van de vervoerder worden verwacht dat hij deze rechtsverhoudingen onderzoekt of kent. Dat is de strekking van deze bepaling uit artikel 8:489 lid 1 BW: de vervoerder heeft slechts van doen met de lading en heeft niet van doen met de verhouding waarin anderen dan de afzender en de ontvanger tot het goed staan.

4.4.3 Het recht om afgifte van zaken te weigeren en de verhouding tussen derden

Met het laatstgenoemde voorbeeld komt een ander probleem in het gezichtsveld: hoe moet de rechter bepalen wat de verhouding is tussen de verschillende derden, wanneer een of meer derden beslag legt en de lading opeist? De rechter staat dan voor de vraag welke rangorde de gerechtigden op de zaken onderling innemen.¹⁷⁷ Eerder is betoogd dat de rechter zoveel mogelijk moet aansluiten bij de algemene regels van het vermogensrecht. Dat betekent dat degene die beslag legt en afgifte van de zaken eist, bestaande rechten van derden op de zaken heeft te eerbiedigen. Heeft de derde eenmaal afgifte van de lading verkregen, dan gaan hiermee de bestaande rechten van derden niet teniet. De moeilijkheden bij het vellen van een oordeel liggen vooral op het feitelijke vlak: de rechter zal er in veel gevallen niet achter kunnen komen wie goederenrechtelijk gerechtigden zijn op de zaken.

Omdat de rechten van derden door het beslag niet tenietgaan, betekent dit dat de rechter bij het toestaan van het beslag tot afgifte van de roerende zaken zal meewegen of de rechten van derden niet gefrustreerd worden door de afgifte van de lading aan de beslaglegger. Is dat het geval dan zal de vervoerder niet behoeven af te geven, maar kan hij zijn recht om afgifte van zaken te weigeren blijven uitoefenen.

In de praktijk kan de vervoerder geconfronteerd worden met twee goederenrechtelijke gerechtigden op de zaak, zoals een eigenaar en een pandhouder. Stel nu dat de eigenaar afgifte van de zaak vordert. In dat geval zal de rechter dit niet mogen toestaan. De vervoerder houdt voor de vuistpandhouder en mag daarom slechts aan hem afgeven en niet aan de eigenaar (vgl. 3:236 BW). Heeft een bank een stil pandrecht op de zaken, dan gaat de eigenaar voor op de stille pandhouder, tenzij de stille pandhouder daarvoor zijn pandrecht kenbaar heeft gemaakt aan de vervoerder (3:237 lid 3 BW). Zijn er meerdere pandhouders op de zaak, dan laat zich de rangorde bepalen aan de hand van de prioriteitsregel: het oudere goederenrechtelijke recht gaat boven het jongere goederenrechtelijke recht (behoudens de uitzondering van artikel 3:238 lid 2 BW).

Naast een conflict tussen verschillende goederenrechtelijk gerechtigden op de lading kan zich ook een conflict voordoen tussen een cognossementhouder en de eigenaar.¹⁷⁸ Het kan dan gebeuren dat een eigenaar beslag legt op de lading. Hoe moet

177. W. Sniijders, *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (verslag), 1998, p. 33.

178. Zie de gevallen Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1995, *S&S* 1997, 78 (*Cereol/Kamar*) en Pres. Rb. Rotterdam 15 juni 2000, *S&S* 2000, 134 (*Cetecom/Maersk*).

de rechter dan beoordelen wie voorgaat: de cognossementhouder met een exclusief recht op afgifte van de zaken (8:441 lid 1 BW) of de eigenaar nadat hij op grond van artikel 8:489 lid 1 BW is overgegaan tot het leggen van beslag?

Een voorbeeld is de eigenaar die het cognossement heeft overhandigd aan zijn ontvangstexpediteur die echter om hem moverende redenen het cognossement niet wil presenteren. De eigenaar kan dan om de ontvangstexpediteur heen willen gaan en de lading opeisen van de vervoerder. De vervoerder kan aan de eigenaar een retentierecht tegenwerpen (8:489 lid 2 BW), hij kan echter ook het recht om afgifte te weigeren uitoefenen (8:489 lid 1 BW). De cognossementhouder kan dreigen dat in het geval de vervoerder de lading afgeeft aan de eigenaar, hij een vordering tot schadevergoeding instelt (8:441 lid 1 BW).

Een soortgelijk geval deed zich voor in *Cetecom/Maersk*.¹⁷⁹ Panax, als afzender, doet een partij cashewnoten vanuit India vervoeren naar Rotterdam. Het vervoer wordt verricht door Maersk. In Rotterdam wordt de lading gelost en voorlopig opgeslagen in een ECT-terminal. Daar wordt op de lading beslag gelegd door Cetecom. Cetecom heeft in Amerika een scheidsrechtelijke beslissing verkregen waarin Panax is veroordeeld om aan Cetecom een bedrag van ruim 80.000 dollar te voldoen. Cetecom wil dit vonnis in Nederland ten uitvoer leggen en wil zich daarbij op de lading cashewnoten verhalen. De vraag is of de vervoerder Maersk de lading cashewnoten mag uitleveren aan Cetecom of dat hij afgifte van de lading mag weigeren en slechts aan de cognossementhouder mag uitleveren (8:441 lid 1 BW). De president van de rechtbank merkt op dat in beginsel slechts mag worden afgeleverd aan de regelmatige cognossementhouder. Op deze hoofdregel wordt echter een uitzondering gemaakt door artikel 8:489 lid 1 BW voor het geval dat er beslag is gelegd op de lading. De president merkt daarover verder op:

‘2.5 Wij achten die vordering [van Cetecom, HL] toewijsbaar, omdat artikel 8:489 BW precies van toepassing is op een geval zoals zich hier voordoet: in beginsel dient afgeleverd te worden aan de cognossementhouder, maar wanneer een beslaglegger een beter recht op de lading kan doen gelden dan dient te worden afgegeven aan de beslaglegger. In dit geval achten wij voorshands overheersend aannemelijk dat inderdaad Cetecom c.s. een beter recht hebben dan de cognossementhouder (reeds omdat die zich niet heeft gemeld om de goederen in ontvangst te nemen). Naar ons voorlopig oordeel kan Maersk de lading dan ook, zonder risico te lopen dat zij daar later moeilijkheden mee krijgt, afgeven aan Cetecom c.s. Zij dient dat ook te doen. Ten overvloede zij opgemerkt dat er, nu het bederfelijke waar betreft, alle aanleiding is te bevorderen dat de container op korte termijn wordt vrijgegeven.

2.6 Mocht zich alsnog een (regelmatig) cognossementhouder melden, dan belet niets hem verlot te verzoeken om ten laste van Cetecom c.s. beslag te leggen op (de netto opbrengst van) de 700 dozen cashewnoten; dan kan in een procedure tussen die partijen worden uitgemaakt wie per saldo de gerechtigde is op (de opbrengst van) die noten. De reder, Maersk, staat daar dan buiten: die heeft zich geheel conform artikel 8:489 BW gedragen, en hem valt niets te verwijten.’

179. Pres. Rb. Rotterdam 15 juni 2000, S&S 2000, 134 (*Cetecom/Maersk*). Hierover ook: Van der Wiel 2001.

Het oordeel van de president van de rechtbank lijkt mij juist. Ook als een cognossement is uitgegeven dient het recht van de cognossementhouder te worden afgewogen tegen het recht van de derde-beslaglegger. In dit geval is Panax vermoedelijk eigenaar van de zaken gebleven en is onduidelijk welke rechten de cognossementhouder op de zaken heeft. In dat geval kan de rechtbank inderdaad beslissen dat aan de schuldeiser (Cetecom) van de schuldenaar (Panax) aan wie de zaken toebehoren, wordt afgegeven.

Geeft de rechter eenmaal bevel om de lading af te geven aan de beslaglegger, dan heeft de vervoerder daarmee geldig afgeleverd. De vervoerder kan dan niet meer worden aangesproken door de recht- en regelmatige cognossementhouder tot schadevergoeding wegens uitlevering aan een derde. De vervoerder moest immers gehoor geven aan het bevel van de rechtbank. De recht- en regelmatige cognossementhouder die door de aflevering aan de beslaglegger schade lijdt, dient deze schade te verhalen op de beslaglegger. Het uit het beslag voortgevloeide recht op afgifte van de zaken doet immers al bestaande rechten ten aanzien van de lading niet tenietgaan. Heeft de cognossementhouder een beter recht ten aanzien van de lading dan de beslaglegger, dan dient de beslaglegger de zaken aan de cognossementhouder af te geven of vervangende schadevergoeding te betalen.

Van der Wiel geeft als alternatief dat in dit type gevallen niet de weg van artikel 8:489 lid 1 BW dient te worden gevolgd, maar de route van de artikelen 8:490-491 BW.¹⁸⁰ Het gaat in deze artikelen om de situatie dat degene die recht heeft op aflevering van de vervoerde zaken (hier: de cognossementhouder) niet opkomt. In dat geval kan de vervoerder de zaken laten opslaan (8:490 BW) en eventueel in het openbaar verkopen waarna de opbrengst in de consignatiekas wordt gestort (8:490 BW). Het voordeel van dit alternatief is volgens Van der Wiel dat de cognossementhouder altijd naar de consignatiekas kan worden verwezen. Die is immers in de plaats van de zaken getreden (8:491 lid 4 BW).

Het alternatief van Van der Wiel is niet geheel afdoende. Met name niet als de derde de zaken helemaal niet executoriaal wil verkopen, maar enkel aflevering van de zaken wil, zoals in het hierboven gegeven voorbeeld van de koper die de zaken wil verkrijgen, terwijl zijn ontvangstexpediteur het cognossement onder zich houdt. Bovendien wordt hiermee slechts het probleem verschoven: voor de vraag wie zich uit de opbrengst van de consignatiekas kan voldoen, moet immers ook worden bepaald wat de rangorde is tussen de verschillende derden. Ik zou daarom de artikelen 8:490-491 BW niet op deze gevallen willen toepassen.

4.5 Conclusie

Dit hoofdstuk heeft als onderwerp de derdenwerking van het retentierecht. De vraag was steeds of en voor welke vorderingen de houder van de zaak een retentierecht kon tegenwerpen aan een oudere of jongere derde. Voor de uitoefening van het retentierecht jegens een derde dient steeds een rechtvaardiging gevonden te worden. De derde wordt daardoor immers betrokken bij een betalingsprobleem in

180. Van der Wiel 2001, p. 12.

de relatie tussen de schuldeiser en de schuldenaar. In het geval de schuldeiser steeds voor alle vorderingen die hij heeft op zijn schuldenaar een retentierecht kan tegenwerpen aan derden, komt het belang van de derde op de lading onder druk te staan. Hij zal dan immers de lading slechts kunnen verkrijgen na het voldoen van een vermoedelijk hoge vordering. Aangenomen kan worden dat hoe hoger de vordering uitvalt, des te meer moeite de derde moet doen om de lading vrij te krijgen en des te meer zal het handelsverkeer geremd worden door de uitoefening van het retentierecht. De vraag kan daarom gesteld worden of de huidige regeling van het retentierecht in overeenstemming is met het belang van een vlot handelsverkeer.

In dit hoofdstuk wordt daartoe een onderscheid gemaakt tussen de uitoefening van een retentierecht voor huidige en oude vorderingen. Huidige vorderingen zijn vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Oude vorderingen hebben betrekking op zaken die de houder in het verleden onder zich heeft gehad. De wet maakt verder onderscheid tussen oudere en jongere derden. Niet geheel nauwkeurig geformuleerd komt dit neer op het onderscheid tussen derden die een recht op de zaak hebben voor of nadat de schuldeiser de zaak in zijn macht heeft gekregen. In artikel 3:291 lid 2 BW en artikel 8:30 lid 3 BW, evenals in lid 3 van de overige vervoerrechtelijke retentierechten, is de derdenwerking van het retentierecht jegens een oudere derde neergelegd. Het retentierecht kan daarbij uitsluitend worden ingeroepen voor huidige vorderingen (*debitum cum re iunctum*). In dit hoofdstuk heb ik verdedigd dat hiermee de juiste keuze is gemaakt. De oudere derde zal toestemming hebben gegeven tot het verrichten van een bepaalde prestatie aan de zaak en moet daarvoor zich een retentierecht laten welgevalen. De toestemming zal echter niet gericht zijn op een retentierecht voor vorderingen op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad. Logistieke dienstverleners kunnen er daarom op vertrouwen dat ze betaald zullen worden voor de prestatie die ze verrichten en zullen daarom bereidwillig zijn om een prestatie aan de zaak te verrichten. Geraakt de schuldenaar in verzuim, dan kan de oudere derde tegen relatief geringe kosten de zaak vrij krijgen. De inbreuk op het handelsverkeer blijft daarmee beperkt en de goederen kunnen daardoor weer snel worden verhandeld. Onder bijzondere omstandigheden heb ik ervoor gepleit om de schuldeiser een retentierecht voor oude vorderingen jegens de oudere derde toe te staan. Dat is alleen dan het geval wanneer de oude vorderingen betrekking hebben op zaken die toebehoren of toebehoorden aan de oudere derde. Ik wees daarbij op gevallen van lastgeving zoals genoemd in de artikelen 7:420 BW en 7:421 BW. Hierbij is steeds sprake van een bepaalde band tussen de lastgever en de derde. Dit rechtvaardigt de ruimere derdenwerking. Een nauw hieraan verwant, buitenwettelijk, geval is de situatie waarin de derde steeds nauw betrokken is geweest bij de werkzaamheden van de retentor. Deze feitelijke contacten kunnen leiden tot de derdenwerking van een retentierecht voor oude vorderingen. Tenslotte is gewezen op de mogelijkheid dat logistieke dienstverleners samenwerken om zo derdenwerking van een retentierecht voor oude vorderingen mogelijk te maken. De algemene voorwaarden van de opdrachtnemer wijzen dan steeds op het bestaan van andere algemene voorwaarden en proberen deze te incorporeren in de eigen algemene voorwaarden. Op deze manier kan de opdrachtgever gebonden raken aan de algemene voorwaarden van een derde en daarmee ook aan een daarin opgenomen contractueel retentierecht.

De derdenwerking van het retentierecht jegens jongere derden is neergelegd in artikel 3:291 lid 1 BW en moet worden ingelezen in artikel 8:30 lid 2 BW, evenals in lid 2 van de overige vervoerrechtelijke retentierechten. De regelingen wijken onderling af. Artikel 3:291 lid 1 BW staat derdenwerking van een retentierecht aan de jongere derde toe voor oude vorderingen. De vervoerder en de expediteur kunnen echter aan de jongere derde alleen een retentierecht voor huidige vorderingen inroepen. De reden van deze onderlinge afwijking is dat beide regelingen terug te brengen zijn op andere beginselen. Aan artikel 3:291 lid 1 BW ligt de gedachte ten grondslag dat de gerechtigde op de zaak het niet in zijn macht moet hebben om door overdracht van de zaak het retentierecht teniet te doen. De beperking bij de vervoerrechtelijke retentierechten laat zich terugvoeren op het verkeersbelang, waarbij het belang van de jongere derde-koper zwaarder weegt dan het belang van de retentor. In dit hoofdstuk is getracht beide belangen zoveel mogelijk met elkaar te verzoenen. Daartoe is het volgende voorstel gedaan.

In die gevallen waarin de retentor heeft gecontracteerd met een eigenaar kan hij voor alle vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan de jongere derde. Het kan dan zowel huidige als oude vorderingen betreffen. Het retentierecht leidt hier tot dezelfde rechtsgevolgen als het pandrecht. In de gevallen waarin de retentor contracteert met een andere logistieke dienstverlener, kan hij slechts voor huidige vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan de jongere derde. De reden hiervoor is dat de oudere derde geen bevoegdheid aan de schuldenaar verleend zal hebben om een retentierecht voor oude vorderingen te doen ontstaan. Wanneer de oudere derde dan de zaak overdraagt, kan de schuldeiser dan ook slechts voor huidige vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan de jongere derde. Hierdoor ontstaat een overzichtelijk systeem waarmee de koper van zaken vooraf kan weten of hij een retentierecht voor oude vorderingen kan verwachten of niet. De eenvoud van het systeem is bevorderlijk voor een vlot handelsverkeer.

In Boek 8 BW is voor de vervoerder en de expediteur het bijzondere recht om afgifte van zaken te weigeren, te vinden (vgl. artikel 8:30 lid 1 BW). De vervoerder kan dit recht om afgifte te weigeren tegenwerpen aan degene die uit andere hoofde dan de vervoerovereenkomst aflevering van de lading vordert. Dit recht om afgifte van zaken te weigeren kan naar mijn mening alleen worden uitgeoefend voor huidige vorderingen. De rechter moet hierbij steeds het belang van de schuldeiser uit de vervoerovereenkomst en de derde tegen elkaar afwegen. Daarbij gelden de algemene regels van het vermogensrecht.

Hoofdstuk 5

Pandrecht op lading

5.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken was het retentierecht op lading aan de orde. In dit hoofdstuk wordt het pandrecht op een roerende zaak behandeld. Het gaat dan steeds om een pandrecht op de lading dat wordt ingeroepen door een logistieke dienstverlener. De dienstverlener bedingt namelijk niet alleen een retentierecht, maar ook een pandrecht in zijn algemene voorwaarden. Een voorbeeld van een dergelijk bedongen pand- en retentierecht is te vinden in artikel 19 van de Nederlandse Expeditievoorwaarden:¹

Artikel 19 lid 1 en 2 Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004)

1. De expediteur heeft jegens een ieder, die daarvan afgifte verlangt, een pandrecht en een retentierecht op alle zaken, documenten en gelden die de expediteur uit welke hoofde en met welke bestemming ook onder zich heeft of zal krijgen, voor alle vorderingen die hij ten laste van de opdrachtgever en of eigenaar heeft of mocht krijgen. (...).

2. De expediteur kan de hem in lid 1 toegekende rechten eveneens uitoefenen voor hetgeen hem door de opdrachtgever nog verschuldigd is in verband met voorgaande opdrachten.

Hoewel het pandrecht en het retentierecht in hetzelfde artikel zijn opgenomen, betekent dit nog niet dat de logistieke dienstverlener steeds een beroep kan doen op zowel een retentierecht als een pandrecht. De voorwaarden waaronder het pand- of retentierecht tot stand komt, zijn namelijk verschillend.

Met het retentierecht heeft het pandrecht gemeen dat er sprake moet zijn van macht over de zaak. Het retentierecht kan tot stand komen van rechtswege of na wilsovereenstemming. Het pandrecht komt alleen tot stand na wilsovereenstemming. Voor het pandrecht is tevens vereist dat de pandgever beschikkingsbevoegd is om de zaak te verpanden.

Het is het laatste vereiste dat ervoor zorgt dat het pandrecht ten opzichte van het retentierecht een geringere rol speelt in het handelsverkeer. In beginsel is namelijk alleen een eigenaar bevoegd om beschikkingshandelingen te verrichten met betrekking tot de zaak. In gevallen waarin een logistieke dienstverlener contracteert met een andere logistieke dienstverlener zal daarom geen pandrecht tot stand komen. Een voorbeeld is het geval van de stuwadoordie die een overeenkomst met een ver-

1. Nederlandse Expeditievoorwaarden. Algemene voorwaarden van de Fenex (Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek) gedeponeed ter Griffie van de Arrondissementsrechtbanken te Amsterdam, Arnhem, Breda en Rotterdam op 1 juli 2004.

voerder sluit. De stuwadoor kan zich op een retentierecht beroepen; een pandrecht komt hem echter niet toe.²

In de gevallen waarin het pandrecht tot stand komt kan het niet alleen aan de pandgever worden tegengeworpen, maar ook aan iedere derde die de zaak van de pandhouder opeist. Het pandrecht kan verder niet alleen worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*), maar voor iedere vordering waarvoor het pandrecht is bedongen. Daarmee heeft het pandrecht potentieel een veel ruimere reikwijdte dan het wettelijke retentierecht van de vervoerder en de expediteur.³ Het wettelijke retentierecht van deze dienstverleners is namelijk beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op de vervoerde zaken. Het pandrecht kan zich echter ook uitstrekken tot vorderingen die voortvloeien uit overeenkomsten die de vervoerder eerder met de afzender heeft gesloten. Dat betekent dat een ladingontvanger geconfronteerd kan worden met een pandrecht voor vorderingen waarbij hij niet betrokken is geweest.

De uitoefening van het pandrecht kan daarmee gemakkelijk een vlot verkeer van de roerende zaken frustreren. De pandhouder hoeft de zaken immers niet af te geven aan derden voordat hij al zijn vorderingen waarvoor hij het pandrecht heeft bedongen, voldaan ziet. In dit hoofdstuk zet ik daarom het belang van de pandhouder af tegen het belang van de pandgever of een derde voor een vlot lopend handelsverkeer. De rode draad door dit hoofdstuk volgt voor een groot deel het geldende recht. De uitoefening van een pandrecht jegens een beschikkingsbevoegde pandgever is billijk, omdat de pandgever heeft ingestemd met de totstandkoming van het pandrecht. Jegens derden kan het pandrecht slechts worden ingeroepen voor zover met een beschikkingsbevoegde pandgever is gecontracteerd. Is dat het geval dan kan het pandrecht worden uitgeoefend voor alle vorderingen waarvoor het pandrecht is bedongen. De derde die de zaak opeist, meestal de koper, zal namelijk het pandrecht op de zaak kunnen kennen, omdat de zaak zich niet in de macht van de wederpartij, de verkoper, bevindt. Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden gemaakt in gevallen waarin het belang van een vlot handelsverkeer toeneemt. Daarvan is sprake in het geval een cognossement is uitgegeven. Een pandrecht op de zaak kan dan in beginsel nog slechts worden uitgeoefend jegens de cognossementhouder voor zover het pandrecht uit het cognossement blijkt. De cognossementhouder is gewoonlijk te goeder trouw indien hij het pandrecht niet uit het cognossement kon kennen. Het pandrecht op de zaak kan dan niet aan hem worden tegengeworpen. Wel kan de houder van de zaak, meestal de vervoerder, een retentierecht uitoefenen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Het hoofdstuk bestaat uit twee gedeelten. Het eerste gedeelte heeft betrekking op de totstandkoming van het pandrecht, waarbij de aandacht vooral uitgaat naar de eis van beschikkingsbevoegdheid. In paragraaf 5.2 is onderzocht wie als pandgever kan fungeren. Achtereenvolgens worden daartoe een eigenaar, een koper onder eigendomsvoorbehoud en een logistieke dienstverlener behandeld.

Het tweede gedeelte, in paragraaf 5.3, heeft betrekking op de derdenwerking van het pandrecht. Eerst wordt vastgesteld dat het pandrecht een goederenrechtelijk

2. Zie hierna paragraaf 5.2.3. Vgl. Rb. Rotterdam 7 mei 1993, *S&S* 1994, 42 (*Odin 1*) en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, *S&S* 1994, 97 (*Odin 2*).

3. Het retentierecht van de expediteur en de vervoerder is geregeld in boek 8 BW. Het gaat om de art. 8:30 BW (vervoer algemeen), 8:69 BW (expeditie), 8:489 BW (zeevervoer), 8:954 BW (binnenvaart) en 8:1131 BW (wegvervoer).

recht is en daarmee in beginsel tegengeworpen kan worden aan een ieder (*erga omnes*). Relativering van het pandrecht jegens een derde-cognossementhouder is echter gewenst en ik zal naar aanleiding van het arrest *Bosman/Condorcamp*⁴ betogen op welke wijze dat kan geschieden. De relativering van het pandrecht ten opzichte van een derde is overigens beperkt tot gevallen waarin een cognossement is uitgegeven en de derde een cognossementhouder is. Voor andere gevallen geldt de grondregel dat het pandrecht aan een ieder kan worden tegengeworpen. In dit hoofdstuk wordt niet het pandrecht op cognossement behandeld, dat komt aan de orde in hoofdstuk 6. Paragraaf 5.4 besluit met een conclusie.

5.2 De beschikkingsbevoegde pandgever

5.2.1 Eigenaar. Vereisten voor de totstandkoming van een pandrecht

Een pandrecht komt tot stand wanneer aan drie eisen is voldaan. Er moet sprake zijn van een vestigingshandeling krachtens een geldige titel, verricht door degene die bevoegd is over het goed te beschikken.⁵

Het eerste vereiste is de vestigingshandeling. Voor de totstandkoming van een vuistpandrecht dienen de zaken in de macht van de pandhouder of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen, te worden gebracht (3:236 BW). De te verpanden zaken dienen dus uit de macht van de pandgever en in de macht van de pandhouder te worden gebracht.⁶ Voor de totstandkoming van een stil pandrecht is niet vereist dat de zaken uit de macht van de pandgever worden gebracht. Voldoende is de vestiging bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte (3:237 BW). In dit hoofdstuk wordt verder niet ingegaan op het stil pandrecht.⁷

Het tweede vereiste is een geldige titel tot verpanding. In de praktijk vormt dit meestal geen probleem omdat met het bedingen van een pandrecht in de algemene voorwaarden aan dit vereiste is voldaan.⁸ De titel tot verpanding behoeft niet de hoofdverbintenis te vormen.⁹ De hoofdverbintenis kan bijvoorbeeld zijn het doen van expeditie of vervoer. Als nevenverbintenis kan dan een pandrecht zijn bedongen.

In bijzondere gevallen krijgt een logistieke dienstverlener de zaken onder zich buiten overeenkomst. Uiteraard zijn de algemene voorwaarden dan niet toepasselijk en kan dus geen pandrecht worden ingeroepen. De dienstverlener komt dan alleen een beroep op een retentierecht toe (3:120 lid 3 jo. 3:124 BW).

4. HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (Bosman/Condorcamp).

5. Art. 3:98 jo. 3:84 BW.

6. Asser/Scholten 1945, p. 425-427. HR 27 februari 1936, NJ 1936, 351 (*Montes Pietatis*). Belgisch recht: Dirix & De Corte 2006, nr. 469. Dekkers/Dirix 2005, nr. 889, 893. Noels 2003, p. 232-233. Delwaide 1988, p. 193. Art. 2071 en 2076 Belgisch BW. Duits recht: § 1205 BGB. Engels recht: Palmer & Hudson 1998, p. 625 e.v. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, nr. 3.01. Ford 1999, nr. 101.

7. Het stil pandrecht op een cognossement aan order is behandeld in hoofdstuk 7, paragraaf 7.2.3.

8. Molenaar 1991, p. 15. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2001, S&S 2002, 77 (*ALH/Van Seumeren q.q.*), r.o. 4.5.2.

9. Vgl. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 65-66, nr. 3.53.

Een voorbeeld is het arrest *Ziegler/Spectra*.¹⁰ Het betreft een expediteur die drie zendingen kleurentelevisietoestellen niet wil vrijgeven omdat hij bang is voor een dreigende (na)heffing van invoerrechten en anti-dumpheffing door de douane voor zesentwintig eerdere zendingen. De douane eist op een gegeven moment permanente zekerheid van de expediteur Ziegler voor deze dreigende naheffing. Daarop heeft Ziegler drie zendingen kleurentelevisietoestellen die met een vrachtwagen waren aangekomen, bestemd voor ontvangers in het Verenigd Koninkrijk, doen lossen en onder zich genomen. Ten opzichte van eigenaar en opdrachtgever Spectra pretendeert hij vervolgens een retentie- en pandrecht op de zaken uit hoofde van zijn Fenex-voorwaarden. Dit wordt niet toegestaan. Overwogen wordt dat het lossen uit de vrachtwagen niet geschiedde uit hoofde van de overeenkomst, en dus eigenmachtig door de expediteur is geschied, zodat ook niet uit hoofde van de overeenkomst een pand- en retentierecht kon ontstaan. Voor het bestaan van een pandrecht ontbreekt een geldige titel. Een dergelijk eigenmachtig handelen van de logistieke dienstverlener is wel vaker in de jurisprudentie aan te treffen. De logistieke dienstverlener die de zaken onder zich neemt zonder de hoofdverbintenis te willen uitvoeren, maar slechts tot zekerheid, wordt terecht geen beroep op zijn zekerheidsrecht toegestaan.¹¹

Het derde vereiste is een beschikkingsbevoegde pandgever. De pandgever dient beschikkingsbevoegd te zijn om een pandrecht op de zaken te doen vestigen. Beschikkingsbevoegdheid kan worden omschreven als de bevoegdheid om een goed te vervreemden of te bezwaren met een beperkt recht.¹² Een eigenaar is in beginsel steeds beschikkingsbevoegd ten aanzien van de hem toebehorende zaken.¹³ Een eigenaar is dus bevoegd om de zaken aan een logistiek dienstverlener in pand te geven. De eis van beschikkingsbevoegdheid wordt getoetst op het moment dat de zaken in de macht van de pandhouder worden gebracht.¹⁴ Is de pandgever op dat moment beschikkingsbevoegd, dan komt het pandrecht tot stand. Een latere beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever kan het pandrecht dan niet meer teniet doen gaan.¹⁵

Wanneer aan de genoemde drie eisen is voldaan, zal het pandrecht tot stand komen. Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid heeft tot gevolg dat in beginsel alleen de eigenaar een pandrecht kan vestigen. Of ook een koper onder eigendomsvoor-

10. HR 29 november 1996, *S&S* 2000, 2 (*Ziegler/Spectra*), r.o. 2.5.

11. Een voorbeeld is Pres. Rb. Leeuwarden 25 juli 1985, *S&S* 1986, 101 (*Boch/Wiersma*).

12. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 360. Jansen 2009, p. 7, 13. Berger 1998, p. 10: 'Verfügungsbefugnis ist das rechtliche Können, auf ein Verfügungsobjekt übertragend, aufhebend, belastend oder inhaltsändernd einzuwirken.'

13. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 137. Jansen 2009, p. 47-50. Jansen 2009-2010, p. 436. Dirix & De Corte 2006, nr. 464-465.

14. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 303, 363, 531. Dirix & De Corte 2006, nr. 465.

15. Ook bij ontbinding van de koopovereenkomst of de uitoefening van het recht van reclame door de verkoper (7:39 BW), kan de pandhouder een beroep doen op art. 3:238 BW. Wanneer de pandhouder op het ogenblik dat de te verpanden zaken in zijn macht worden gebracht te goeder trouw was, dan blijft zijn pandrecht in stand (3:238 BW). HR 6 januari 1961, *NJ* 1962, 19 m.nt. LEHR (*Seneca/Forum Bank*), met noot Beekhuis 1960-1961. HR 12 juni 1970, *NJ* 1971, 203, m.nt. PhANH (*Phillippen/OMSA*). Zie voor het recht van reclame en de pandhouder ook art. 7:42 BW. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 117. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 531.

behoud of een logistieke dienstverlener onder omstandigheden als pandgever kan optreden komt nu aan de orde.

5.2.2 Koper onder eigendomsvoorbehoud

5.2.2.1 Beschikkingsonbevoegd tot onvoorwaardelijke verpanding en goede trouw

Logistieke dienstverleners contracteren geregeld met een koper onder eigendomsvoorbehoud. Het gaat dan meestal om een expediteur (in enge of ruime zin) die een overeenkomst heeft gesloten met de koper onder eigendomsvoorbehoud waarbij de expediteur belooft het vervoer te verzorgen of de lading in ontvangst te nemen. Een andere, veelvoorkomende situatie is de wegvervoerder die in opdracht van de koper onder eigendomsvoorbehoud de lading vervoert van de verkoper naar de koper.¹⁶ De expediteur en de wegvervoerder bedingen in hun algemene voorwaarden een pandrecht. De vraag in deze paragraaf is of de koper beschikkingsonbevoegd is de zaak die hij onder het beding van eigendomsvoorbehoud heeft verkregen, te verpanden aan de logistieke dienstverlener. In de praktijk komt deze vraag meestal pas naar voren op het moment dat de koper failliet is gegaan en de verkoper de zaak opeist van de logistieke dienstverlener. Het gaat er dan om of het pandrecht van de logistieke dienstverlener tot stand is gekomen en daarmee tegengeworpen kan worden aan de verkoper.

Het eigendomsvoorbehoud wordt meestal gekenschetst als een overdracht onder opschortende voorwaarde (3:92 BW).

Het eigendomsvoorbehoud wordt meestal gezien als een overdracht onder opschortende voorwaarde, maar andere constructies zijn mogelijk.¹⁷ De literatuur is verdeeld over de vraag waarop de opschortende voorwaarde betrekking heeft. In omloop zijn de constructies dat de opschortende voorwaarde betrekking heeft op de titel, de levering of de overdracht.¹⁸

Hierna zal ik ervan uitgaan dat de opschortende voorwaarde betrekking heeft op de levering.¹⁹ In de goederenrechtelijke overeenkomst tussen

16. Hof 's-Gravenhage 8 februari 2005 en Rb. Dordrecht 4 september 2003, *S&S* 2008, 14 (*Asbisc/MAT*). Hof Den Haag 16 februari 1989, *S&S* 1990, 19 (*Boekhout/Vaheco*) en Rb. Rotterdam 7 november 1986, *S&S* 1987, 79 (*Boekhout/Vaheco*). Rb. Rotterdam 18 november 1999, *S&S* 2000, 79 (*KPK/Van Uden*). BGH 08.03.1955, *BGHZ* 17, 1.
17. Art. 3:92 lid 1 BW. PG Boek 3 BW Invoering, p. 1237-1238. Snijders 2006a, p. 223. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 418. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 522. Noten W.M. Kleijn, onder HR 8 juni 1973, *NJ* 1974, 346 m.nt. WMK (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*) en HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 252 m.nt. WMK (*Puinbreekinstallatie*). Duits recht: Baur/Stürner 2009, p. 653. § 449 BGB. Andere constructies komen ook voor. Zie voor een overzicht Snijders 2006a, p. 224-227.
18. Faber 1997, p. 202 e.v. Peter 2007, p. 135. Degene die de opschortende voorwaarde laten slaan op de overdracht, zijn onder meer Faber 1997, p. 203, 207-209. Faber 2000, p. 180 e.v. Faber 2007, p. 38, 49 e.v. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 550. Reehuis 1998, p. 47. Kritisch: Verstijnen 2007, p. 825. Asser 3-I/Mijnssen/De Haan 2006, nr. 223: 'Waar gelezen wordt van overdracht onder voorwaarde, zal die moeten worden gelezen als: levering onder voorwaarde. Overdracht, als door levering bewerkstelligde rechtsovergang, kan naar zijn aard niet voorwaardelijk zijn.'
19. Vgl. PG Boek 3 BW, p. 1238 (art. 3:91 BW): 'De derde mogelijkheid — die in het wetboek is gekozen — bestaat hierin dat men aanneemt dat voor een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud de in artikel 3.4.2.5 lid 1 gestelde eis van bezitsverschaffing zelf aangepast dient te worden in die voege dat het in dit geval voor de levering onder opschortende voorwaarde voldoende is dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt die met een terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde correspondeert en die men in de terminologie van titel 3.5 nog geen bezit kan noemen.' Peter 2007, p. 140. Asser 3-I/Mijnssen/De Haan 2006, nr. 222-223.

vervreemder en verkrijger is dan een opschortende voorwaarde opgenomen.

De koper verkrijgt de eigendom van de zaak op het moment dat de opschortende voorwaarde wordt vervuld. De opschortende voorwaarde is de betaling van de koopprijs. Na betaling van de koopprijs is de koper bevoegd om de zaak te verpanden.

Zolang niet volledig is betaald, is de koper slechts houder van de zaak. Dit betekent dat de koper niet beschikkingsbevoegd is om de zaak (onvoorwaardelijk) te verpanden, behoudens het geval dat de verkoper toestemming heeft gegeven aan de koper om de zaken te vervreemden of te bezwaren in de normale uitoefening van beroep of bedrijf.²⁰ Logistieke dienstverleners zullen in de regel weten dat ze met een koper hebben gecontracteerd en kunnen daarom weten of vermoeden dat de koper heeft gekocht onder eigendomsvoorbehoud. Ze zullen meestal niet op de hoogte zijn gebracht indien de verkoper aan de koper een bevoegdheid tot het bezwaren van de zaak heeft verleend. Verderop zullen we zien in hoeverre dan een beroep op de goede trouw kan slagen.

De koper onder eigendomsvoorbehoud heeft in beginsel dus niet de bevoegdheid om de zaak (onvoorwaardelijk) te verpanden. Dat betekent bij een faillissement van de koper, dat de verkoper de zaak kan opeisen van de logistieke dienstverlener. Het door de dienstverlener bedongen pandrecht heeft geen effect jegens deze verkoper, daar de koper onder eigendomsvoorbehoud niet beschikkingsbevoegd was de zaak onvoorwaardelijk te verpanden.²¹

De koper onder eigendomsvoorbehoud is, zo bleek, in beginsel niet bevoegd om een onvoorwaardelijk pandrecht te vestigen. De logistieke dienstverlener kan echter te goeder trouw menen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud de eigenaar is van de zaak en daarmee bevoegd om over de zaak te beschikken. Artikel 3:238 BW beschermt in een dergelijk geval de pandhouder te goeder trouw tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever.²² De pandhouder is in ieder geval te goeder trouw wanneer hij niet wist of behoorde te weten dat de zaak niet aan de pandgever toebehoorde.²³ Het pandrecht komt dan tot stand en kan ook worden tegengeworpen aan de verkoper in het geval hij de zaak van de pandhouder opeist. Ook als de pandhouder weet dat de pandgever geen eigenaar is van de zaak, kan hij te goeder trouw zijn. Dat is het geval wanneer hij mocht menen dat zijn wederpartij beschik-

20. Snijders 2006a, p. 223. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 545. Of de koper onder eigendomsvoorbehoud beschikkingsbevoegd is zal afhangen van uitleg van de overeenkomst waarbij het eigendomsvoorbehoud is gemaakt. De enkele omstandigheid dat het voorwerp voor doorlevering was bestemd leidt niet tot zulk een bevoegdheid. HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Love, love*). In het arrest HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346 m.nt. WMK (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*) is een beding te vinden waarin de koper onder eigendomsvoorbehoud bevoegd was tot het verpanden van de zaak overeenkomstig zijn normale bedrijf of de normale bestemming der goederen.

21. Tenzij de logistieke dienstverlener te goeder trouw bleek te zijn.

22. Art. 3:238 BW heeft alleen betrekking op het vuistpandrecht en niet op een stil pandrecht. Bij een stil pandrecht is een beroep op de goede trouw van de pandhouder niet mogelijk. Art. 3:238 lid 1 BW *a contrario*. Vgl. HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m.nt. WMK (*Potharst/Serrée*), r.o. 3.6.4. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 531. Dit probleem speelt niet in de logistieke dienstverlening omdat alleen een vuistpandrecht wordt bedongen.

23. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 116. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 531. Dirix 1997, p. 483, 493. Hij verwijst naar Vriesendorp 1985a, p. 90. Cass. 21 maart 2003 en cass. 12 februari 2004 m.nt. M.E. Storme, RW 2005-30, p. 1174-1182. Ford 1999, nr. 110-111. Factors Act 1889.

kingsbevoegd was de zaak te verpanden.²⁴ Zelfs indien hij weet heeft van het bestaan van een eigendomsvoorbehoud kan hij te goeder trouw zijn. Het bestaan van een eigendomsvoorbehoud behoeft immers niet uit te sluiten dat de koper onder eigendomsvoorbehoud beschikkingsbevoegd is ten aanzien van de zaak. In het arrest *Hoogovens/Matex* kwam deze mogelijkheid uitdrukkelijk naar voren.²⁵ Het betrof de vraag in hoeverre een koper onder eigendomsvoorbehoud, Swarttouw, zaken in eigendom kon overdragen aan een derde, Matex. Het cassatiemiddel had aangevoerd dat Matex niet wordt beschermd indien hij rekening had te houden met de mogelijkheid dat de leveranciers van Swarttouw onder eigendomsvoorbehoud hadden geleverd en dat hij daartoe een nader onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheid van Swarttouw had behoren te doen. De Hoge Raad overweegt dat het Hof terecht aannam dat Matex een dergelijk onderzoek niet behoeft te verrichten, omdat Swarttouw een goede reputatie genoot en niet bekend stond als een bedrijf met financiële problemen. Hieraan voegt de Hoge Raad toe:

‘2. (...) Ook heeft het Hof geen onjuiste maatstaf aangelegd door in dit verband betekenis toe te kennen aan het verkeersbelang dat bescherming vereist van hem die geen reden heeft te twijfelen aan het normaal tot afwikkeling komen van koopovereenkomsten als in het onderhavige geval door Swarttouw met haar leveranciers waren gesloten, waarbij het Hof er kennelijk vanuit is gegaan dat bij een normale afwikkeling van zodanige koopovereenkomsten de koper, ondanks een eigendomsvoorbehoud, niet onbevoegd is tot doorlevering, hetzij omdat hij zijn leverancier tijdig heeft betaald, hetzij omdat de leverancier geen reden heeft zich te verzetten tegen een doorlevering, met het oog waarop, naar hij kon verwachten, de koopovereenkomst werd gesloten.’

De derde kan daarmee ook te goeder trouw zijn in het geval hij weet heeft van het bestaan van een eigendomsvoorbehoud, maar hij geen reden heeft te twijfelen dat het komt tot een normale afwikkeling van de koopovereenkomst en hij er daarom vanuit mag gaan dat de koper onder eigendomsvoorbehoud bevoegd is tot doorlevering.

In *Hoogovens/Matex* ging het om de vraag of de derde de eigendom heeft verkregen van de zaak. In de rechtspraak is ook aan de orde geweest of de derde zich op een pandrecht kon beroepen. Hierin kwam hetzelfde criterium aan de orde. De pandhouder was te goeder trouw indien hij niet behoeft te twijfelen aan het normaal tot afwikkeling komen van de koopovereenkomst.²⁶

Deze rechtspraak is terecht ook toegepast op de vraag of een logistieke dienstverlener een pandrecht op de zaak heeft verkregen. Een voorbeeld is *Boekhout/Vaheco*.²⁷

Boekhout treedt voor Vink op als vaste vervoerder. Vink is een koper onder eigendomsvoorbehoud. Vink komt in betalingsmoeilijkheden en geeft aan dat zij niet

24. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 496.

25. HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 m.nt. WMK (*Hoogovens/Matex*).

26. HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 m.nt. LEHR (*Seneca/Forum Bank*) en noot van Beekhuis 1960-1961. HR 12 juni 1970, NJ 1971, 203, m.nt. PhANH (*Philippens/OMSA*). Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 116. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 531.

27. Hof Den Haag 16 februari 1989, S&S 1990, 19 (*Boekhout/Vaheco*) en Rb. Rotterdam 7 november 1986, S&S 1987, 79 (*Boekhout/Vaheco*). Een vergelijkbare redenering als in het Hof Den Haag zien we in Rb. Almelo 20 juni 1984, S&S 1985, 69 (*July Tex/Bolk*).

meer haar schuld uit de huidige en vorige vervoerovereenkomsten aan Boekhout kan betalen. Boekhout beroept zich vervolgens op een tussen hen bedongen pandrecht uit de NOB-betalingsvoorwaarden. De vraag is of dit pandrecht tot stand is gekomen en aan de leveranciers van Vink tegengeworpen kan worden. Het Hof 's-Gravenhage overweegt met betrekking tot de goede trouw van Boekhout:

‘14. Ook indien Vink niet bevoegd was tot het verschaffen van pandrecht geniet Boekhout tegen de gevolgen daarvan bescherming, op voorwaarde dat hij te goeder trouw mocht aannemen dat Vink bevoegd was op het moment van vestiging.

Deze goede trouw is ook dan bij Boekhout aanwezig, indien Boekhout het bestaan van een eigendomsvoorbehoud kon vermoeden, maar geen reden had eraan te twijfelen dat het tot een normale afwikkeling zou komen van de transacties tussen Vink en de Duitse leveranciers. Tussen pp. staat onweersproken vast dat Boekhout eerdere soortgelijke transporten voor Vink had verzorgd, waarbij zich nooit problemen hadden voorgedaan. 15. Slechts indien Boekhout kon vermoeden en te weten kon komen, dat Vink deze keer aan zijn betalingsverplichtingen jegens zijn leveranciers niet zou (kunnen) voldoen dient goede trouw bij Boekhout afwezig te worden geoordeeld.’

De door het hof aangelegde toets is in lijn met de eerdergenoemde rechtspraak.²⁸ In de praktijk zal dit betekenen dat logistieke dienstverleners in veel gevallen een geldig pandrecht op de zaak zullen verkrijgen in het geval zij contracteren met een koper onder eigendomsvoorbehoud. Dat ligt slechts anders indien zij mogen vermoeden dat het niet tot een normale afwikkeling zal komen van de koopovereenkomst.

Een te zware toets aan de goede trouw wordt aangelegd in het oordeel van de rechtbank Rotterdam inzake *KPK/Van Uden*.²⁹ Het ging hier om de verkoop van drie partijen hout onder eigendomsvoorbehoud van KPK aan Vendégro. Er vindt een gedeelte vervoer over zee plaats, waarvoor ordercognossementen worden afgegeven. Vendégro verkrijgt deze ordercognossementen en geeft deze aan haar ontvangstexpediteur Van Uden. Van Uden presenteert het cognossement aan de vervoerder en neemt de lading hout in ontvangst. Vendégro gaat failliet zonder de koopprijs te hebben betaald. KPK licht dan Van Uden in over het eigendomsvoorbehoud en eist de lading op. De vraag is of Van Uden een pandrecht op de lading heeft verkregen of niet. Het gaat hier om een pandrecht als opgenomen in de Fenex-condities die tussen KPK en Van Uden waren overeengekomen. De rechtbank overweegt dat koper Vendégro niet bevoegd was de lading in pand te geven, omdat KPK nog eigenaar was en gesteld nog gebleken is dat KPK ermee heeft ingestemd dat de zaak aan Van Uden in pand werd gegeven tot zekerheid van hetgeen Vendégro aan Van Uden verschuldigd was. De onbevoegdheid van de pandgever kan worden geheeld indien

28. Zo ook: Haak 1997b, p. 95-96, die instemt met het hof.

29. Rb. Rotterdam 18 november 1999, *S&S* 2000, 79 (*KPK/Van Uden*).

komt vast te staan dat Van Uden te goeder trouw was (3:238 BW). Van Uden is te goeder trouw indien zij niet wist en niet behoorde te weten dat Vendégro onbevoegd was de partijen in pand te geven. Van Uden is, volgens de rechtbank, niet te goeder trouw indien bewezen wordt dat KPK Van Uden nog vóórdát deze de cognossementen van Vendégro had verkregen op het bestaan van het eigendomsvoorbehoud in de contracten heeft gewezen. Uit de rechtspraak inzake *Hoogovens/Matex* volgt echter dat het niet voldoende is dat Van Uden op de hoogte is van het bestaan van een eigendomsvoorbehoud, maar dat KPK er Van Uden op moet wijzen dat Vendégro niet beschikkingsbevoegd zal zijn om de zaak aan KPK te verpanden.

De hierboven aangehaalde rechtspraak leidt tot de conclusie dat al snel een pandrecht tot stand komt voor de logistieke dienstverlener wanneer hij contracteert met een koper onder eigendomsvoorbehoud. De logistieke dienstverlener kan in een dergelijk geval zijn pandrecht tegenwerpen aan zijn wederpartij, de koper onder eigendomsvoorbehoud, maar ook aan de verkoper. Hij kan zijn pandrecht uitoefenen voor alle vorderingen waarvoor hij het pandrecht heeft bedongen. Daarmee geeft zijn pandrecht hem een sterkere rechtspositie dan het retentierecht. Het retentierecht kan immers in beginsel alleen aan de oudere derde worden tegengeworpen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (3:291 lid 2 BW).³⁰ Het pandrecht dreigt hier het retentierecht volledig te overvleugelen. Naar mijn mening moet het pandrecht dan ook zo worden ingeperkt dat het pandrecht in beginsel jegens de verkoper niet kan worden tegengeworpen voor vorderingen die geen betrekking hebben op de zaak.

Daartoe moet worden onderzocht in hoeverre de verkoper de bevoegdheid aan de koper onder eigendomsvoorbehoud heeft verleend om een pandrecht te doen vestigen. Uitleg van de overeenkomst waarbij het eigendomsvoorbehoud is gemaakt, is noodzakelijk.³¹ Daarbij kan al snel worden aangenomen dat de koper wel beschikkingsbevoegd zal zijn de zaak te verpanden, indien de verkoper tijdig wordt betaald of de verkoper geen reden heeft zich te verzetten tegen een dergelijke verpanding.³²

Bij een pandrecht voor oude vorderingen ligt het voor de hand dat de verkoper hier niet zomaar bevoegdheid zal hebben verleend aan de koper onder eigendomsvoorbehoud. Daarmee ondergraaft hij immers zijn eigen rechtspositie ten gunste van de derde-pandhouder. De logistieke dienstverlener mag daarom niet snel te goeder trouw menen dat een dergelijke bevoegdheid is verleend. De dienstverlener mag ten aanzien van een pandrecht voor oude vorderingen pas te goeder trouw worden geacht voor zover van een toestemming door de verkoper is gebleken. Een voorbeeld daarvan zagen we in de hiervoor behandelde zaak *Boekhout/Vaheco*.

Hierin gaf de eigenaar meerdere zendingen steeds over aan de door de koper onder eigendomsvoorbehoud ingeschakelde dienstverlener. Deze feitelijke betrokkenheid kan met zich meebrengen dat de logistieke dienstverlener te goeder trouw mocht menen dat hij een pandrecht kon invoeren voor vorderingen die betrekking hadden

30. Vgl. HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61 (*VGC/GE SeaCo*) en zie hoofdstuk 4.

31. HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Love, love*).

32. Verstijlen 2003, p. 16. HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 m.nt. WMK (*Hoogovens/Matex*).

op de genoemde zendingen.³³ Is van een dergelijke feitelijke betrokkenheid echter geen sprake, dan zal een dergelijke toestemming niet snel aangenomen mogen worden. Vertrouwt hij erop dat de koopovereenkomst normaal wordt afgewikkeld, dan mag hij alleen voor een vordering op een zaak uit deze koopovereenkomst een pandrecht inroepen, slechts in zoverre mag aangenomen worden dat hij te goeder trouw is.³⁴

5.2.2.2 Beschikkingsbevoegd tot voorwaardelijke verpanding

Hiervoor is uiteengezet dat de koper onder eigendomsvoorbehoud niet beschikkingsbevoegd is een zaak (onvoorwaardelijk) te verpanden, behoudens het geval dat deze bevoegdheid door de eigenaar is verleend. De vraag die in deze paragraaf centraal staat is of de koper in staat is de zaak onder dezelfde opschortende voorwaarde te verpanden als waaronder hij de zaak heeft verkregen. Als dat het geval is, dan verkrijgt de pandhouder een pandrecht onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Na betaling van de koopprijs verkrijgt de koper de eigendom, terwijl de logistieke dienstverlener dan op hetzelfde moment een pandrecht op de zaak verkrijgt. Deze vraag kan van belang zijn in twee situaties. De eerste situatie is het geval dat de koper na faillissement alsnog de koopprijs betaalt aan de verkoper. Kan de schuldeiser in dat geval nog een pandrecht verkrijgen? De tweede situatie is of het pandrecht onder opschortende voorwaarde aan de pandgever, de koper, en aan jongere derden, subkopers of andere goederenrechtelijke gerechtigden, kan worden tegengeworpen. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst een antwoord worden gevonden op de vraag of de koper onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke aanspraak heeft op de zaak. Beide standpunten zijn in de literatuur verdedigd.³⁵

De eerste stroming kent de koper slechts een verbintenisrechtelijke positie toe. Voorwaardelijke eigendom is niets meer dan een bepaalde eigendomsverwachting.³⁶ Het pandrecht van de schuldeiser komt niet tot stand. De koper is pas bevoegd een pandrecht te vestigen op het moment dat hij de koopprijs heeft betaald en eigenaar is geworden. Gaat de koper echter failliet voordat hij de koopprijs heeft voldaan, dan wordt hij door het faillissement onbevoegd om over de zaak te beschikken.³⁷ Hij kan dan niet meer de leveringshandeling voltooien.³⁸ Het pandrecht komt dus niet tot stand en de curator kan de zaak opeisen van de schuldeiser.

De andere stroming kent de koper een goederenrechtelijke positie toe. Hij heeft de voorwaardelijke eigendom op de zaak verkregen en kan daarmee over de zaak beschikken.³⁹ De koper kan de zaak bezwaren met een pandrecht of vervreemden.

33. De hier verdedigde opvatting sluit aan bij hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.4.4, waar ik eveneens heb verdedigd dat een ruimere derdenwerking van het retentierecht jegens een oudere derde gerechtvaardigd is bij feitelijke betrokkenheid van de oudere derde bij de dienstverlening.

34. Zo ook het Duitse recht: BGH 08.03.1955, BGHZ 17, 1. Zie ook hierna paragraaf 5.2.4.

35. Een overzicht biedt Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 550 en Sniijders 2006a.

36. Kortmann 1992, p. 203-205. Van Mierlo 1988, p. 58. Vriesendorp 1985a, p. 88-90. Wibier & Smid 2009, p. 727. Noot N.S.G.J. Vermunt, onder Rb. Amsterdam 2 april 2003, JOR 2003, 181. Vgl. ook Hof Amsterdam 30 maart 2006, JOR 2006, 142.

37. Art. 23 Fw.

38. Art. 35 Fw.

39. Nieuwenhuis 1980, p. 53-55. Mezas 1985, p. 47. Rank-Berenschot 1992, p. 228-230. Reehuis 1998, p. 46-47. Scheltema 2003, p. 343 e.v. Sniijders 2006a, p. 226, 227-228. Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 411. Verstijlen 2007, p. 828. Haentjens 2008, p. 130. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten

Uiteraard kan hij dat alleen onder dezelfde opschortende voorwaarde als waaronder hij de zaken verkregen heeft. Dat betekent dat op het ogenblik dat de opschortende voorwaarde vervuld wordt (de koopprijs wordt betaald), de pandhouder een pandrecht op de zaak verkrijgt die niet meer aan de opschortende voorwaarde is onderworpen. Gaat de koper vervolgens, dus na de vervulling van de opschortende voorwaarde, failliet dan heeft de logistieke dienstverlener een separatistpositie in het faillissement (57 Fw). Ten slotte de vraag wat er gebeurt wanneer de koper eerst failliet gaat en vervolgens de koopprijs wordt betaald. In dat geval is aan alle vereisten voor de overdracht voldaan, maar bevatte de goederenrechtelijke overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger een opschortende voorwaarde. Ook ten aanzien van de verpanding is aan alle voorwaarden voldaan, maar vond de vestiging van het pandrecht plaats onder dezelfde opschortende voorwaarde. Wordt de opschortende voorwaarde vervuld tijdens het faillissement van de pandgever, dan zal daarmee het pandrecht tot stand komen. Een tussentijds faillissement van de koper onder eigendomsvoorbehoud is daarmee irrelevant voor de totstandkoming van een eventueel pandrecht in het geval de opschortende voorwaarde wordt vervuld.⁴⁰

In de literatuur zien we zowel verdedigd een verbintenisrechtelijke als een goederenrechtelijke rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Naar mijn mening heeft een goederenrechtelijke positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud zowel vanuit economisch als dogmatisch oogpunt de voorkeur.

Vanuit economisch oogpunt dient te worden bedacht dat de zaken die onder de koper liggen een bepaalde geldswaarde hebben. Het belang van de koper in de zaken neemt toe bij het verrichten van iedere deelbetaling, omgekeerd neemt het belang van de verkoper in de zaken af. Aan dit belang zou zakenrechtelijke betekenis toegekend dienen te worden.⁴¹ De koper kan dan over de zaken beschikken en daarmee inkomsten genereren, waarmee hij de verkoper kan voldoen. Kan de koper hierover niet beschikken, dan loopt de subkoper steeds het risico dat hij slechts een positie als concurrent schuldeiser zal innemen in een eventueel faillissement van de koper.⁴² Ook vanuit het oogpunt van het financieringsverkeer is een goederenrechtelijke positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud van belang. Banken kunnen niet buiten een stil pandrecht op voorraden, hieraan dient tegemoetgekomen te worden.⁴³

Vanuit dogmatisch oogpunt valt voor deze positie ook veel te zeggen. Ik noem hierbij één argument, namelijk de verwantschap met artikel 3:291 lid 1 BW.⁴⁴In

2010, nr. 550. Peter 2007, p. 150. Zwitser 1993, p. 525. Jansen 2001, p. 291. Waarschijnlijk: Bartels 1997, p. 94.

40. Peter 2007, p. 150.

41. Faber 2007, p. 55-56. Verstijlen 2007, p. 825-826. Peter 2007, p. 149. Zwitser 1993, p. 527.

42. Peter 2007, p. 149.

43. Snijders 2006a, p. 227.

44. Andere dogmatische argumenten zijn er ook. Een dogmatisch argument is dat betaling na faillissement van de verkoper de overgang van eigendom met zich meebrengt en dat wanneer de verkoper ten tweede male de zaken vervreemdt, de eerste koper zijn positie kan tegenwerpen aan de tweede koper. Snijders 2006a, p. 227. Een ander dogmatisch argument is dat de koper die betaalt niet plots een jonger eigendomsrecht verkrijgt dan hij eerder had op basis van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht. Zwitser 1993, p. 525. Het eigendomsvoorbehoud heeft verder het karakter van een zekerheidsrecht. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 419. Struycken 2007, p. 568. Het ligt dan voor de hand om deze positie analoog uit te leggen aan de overdracht onder voorbehoud van pandrecht. Steneker 2008, p. 644-645. Jansen 2008, p. 75-91. Struycken 2007, p. 568. Vriesendorp 1985b, p. 535. Verder kan rechtsvergelijkend verwezen worden naar het Duitse *Anwartschaftsrecht*, waarin

dit artikel is geregeld dat de schuldeiser zijn retentierecht kan tegenwerpen aan jongere derden. De retentor kan dus een retentierecht tegenwerpen aan subkopers. Ditzelfde resultaat wordt bereikt in het geval de koper de zaken kan verpanden onder opschortende voorwaarde. De pandhouder verkrijgt dan een pandrecht onder opschortende voorwaarde. Dit pandrecht heeft geen effect jegens de verkoper in het geval de opschortende voorwaarde niet wordt vervuld,⁴⁵ maar wel ten opzichte van subkopers of aan (stille) pandhouders wanneer hun pandrecht later tot stand is gekomen.⁴⁶ De pandhouder kan zijn pandrecht dus in ieder geval uitoefenen jegens alle jongere gerechtigden op de zaak. Dat volgt ook uit artikel 3:291 lid 2 BW. In hoofdstuk 4 is betoogd dat het pand- en retentierecht in de derdenwerking gegrond zijn op dezelfde goederenrechtelijke beginselen, zodat verklaarbaar wordt waarom dezelfde rechtsgevolgen intreden. In feite vormt het een toepassing van het *nemo plus*-beginsel. De koper onder eigendomsvoorbehoud die een zaak eerst verpand en vervolgens verkoopt aan een subkoper, kan de zaak niet overdragen aan de subkoper dan met eerbiediging van eerder totstandgekomen goederenrechtelijke rechten op de zaak, zoals het pandrecht. De conclusie kan daarom zijn dat de koper onder eigendomsvoorbehoud beschikkingsbevoegd blijft tot het verpanden van de zaak onder opschortende voorwaarde. Daarmee ontstaat een pandrecht dat aan een ieder kan worden tegengeworpen behalve de eigenaar.

5.2.3 Logistieke dienstverleners

5.2.3.1 *Logistieke dienstverleners zijn beschikkingsonbevoegd. Goede trouw*

In langere logistieke ketens komt het geregeld voor dat een logistieke dienstverlener contracteert met een andere dienstverlener. Er zijn voorbeelden te over, zoals een opslagbedrijf dat contracteert met een expediteur en een stuwadoor die contracteert met een vervoerder. In de algemene voorwaarden wordt daarbij steeds een pandrecht bedongen.

De pandgever is in deze gevallen iemand die niet de eigendom heeft van de zaak. Omdat in beginsel alleen de eigenaar beschikkingsbevoegd is, met uitsluiting van alle anderen, zal de logistieke dienstverlener niet beschikkingsbevoegd zijn om de zaken in pand te geven.⁴⁷ Een beroep op de goede trouw zal niet snel slagen (3:238 BW). De schuldeiser weet immers dat zijn wederpartij beschikkingsonbevoegd is omdat deze zich niet presenteert als eigenaar van de zaak, maar uitsluitend als een logistiek dienstverlener.

een meerderheid van de literatuur ook een goederenrechtelijke aanspraak ziet. Vgl. Peter 2007, p. 143. Bartels 1997, p. 86-90.

45. Pres. Rb. Arnhem, 13 oktober 1998, KG 1998, 316.

46. De pandhouder kan zijn pandrecht ook tegenwerpen aan de curator van de koper onder eigendomsvoorbehoud en aan degene aan wie de verkoper opnieuw vervreemdt of verpand. De verkoper heeft immers een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Hij kan daarom ook slechts eigendom of pandrecht onder die voorwaarde verlenen. Een dergelijke verlening kan echter geen afbreuk doen aan de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 542. Dat zal dan ook hebben te gelden voor de personen aan wie de koper een pandrecht heeft verleend. Vgl. hier art. 7A:1576I lid 2 BW ten aanzien van de huurkoper.

47. Haak & Zwitser 2003, p. 399. Zwitser 1997b bespreekt het geval waarin een expediteur wel beschikkingsbevoegd is.

De rechtspraak komt hiermee overeen. Een voorbeeld is de *Odin 1* en 2.⁴⁸ In beide gevallen sloot de stuwadoor Uniport een overeenkomst met vervoerder CIS. De vervoerder gaat failliet en de stuwadoor wil een pand- en retentierecht tegenwerpen aan de oudere derde-eigenaar die de zaken opeist. Het pandrecht is opgenomen in artikel 3.8 Rotterdamse Stuwadoorscondities (RSC).⁴⁹ De rechtbank overweegt dat het pandrecht niet tot stand komt, wegens ontbrekende beschikkingsbevoegdheid van de vervoerder. De goede trouw kan dit niet helen. In de *Odin 2* wordt overwogen: '4.4. Ten aanzien van de vraag of Uniport jegens eiseressen een pandrecht op de containers en hun lading kon inroepen is allereerst van belang of CIS bevoegd was om goederen van verladers in pand te geven voor schulden van CIS aan Uniport. Uniport heeft de stelling van eiseressen dat CIS daartoe niet bevoegd was, niet gemotiveerd betwist, terwijl ook anderszins niet is gesteld of gebleken dat CIS een dergelijke bevoegdheid had. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat CIS niet bevoegd was om de containers met inhoud ingevolge art. 3.8 RSC in pand te geven voor schulden van CIS aan Uniport en dat CIS derhalve als onbevoegd pandgever was te beschouwen.

4.5. Niettemin zou op grond van 3:238 lid 1 BW sprake kunnen zijn van een geldige vestiging van pandrecht, indien Uniport als pandhouder te goeder trouw zou zijn op het moment waarop de containers in haar macht kwamen. Goede trouw ontbreekt o.m. indien Uniport wist dan wel kon weten dat CIS niet bevoegd was om containers van verladers in pand te geven. Het is van algemene bekendheid dat een zeevervoerder als CIS in de regel geen eigenaar is van (de inhoud van) door haar aangeleverde containers. Uniport heeft de stelling van eiseressen dat zij wist dan wel kon weten dat CIS onbevoegd pandgever was niet betwist en evenmin andere omstandigheden aangevoerd waaruit zou kunnen volgen dat Uniport gegronde redenen had om aan te nemen dat CIS tot inpandgeving bevoegd was, of dat Uniport anderszins te goeder trouw was. Het enkele feit dat CIS in het kader van de overeenkomst tussen verladers en CIS bevoegd was om de containers bij Uniport aan te leveren is niet voldoende voor het aannemen van goede trouw bij de pandhouder. De Rb. verwerpt dan ook het beroep van Uniport op het bestaan van een pandrecht als bedoeld in art. 3 lid 8 RSC.⁵⁰

Slechts in bijzondere gevallen kan de logistieke dienstverlener erop vertrouwen dat zijn wederpartij eigenaar is. Een voorbeeld is de lease van een vrachtwagen of oplegger. De derde die een vrachtwagen onder zich krijgt, is er niet altijd van op de hoogte of zijn wederpartij eigenaar is van de vrachtwagen of slechts iemand die

48. Rb. Rotterdam 7 mei 1993, *S&S* 1994, 42 (*Odin 1*). Rb. 25 maart 1994, *S&S* 1994, 97 (*Odin 2*). Andere uitspraken die eenzelfde redenering bevatten zijn: Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1995, *S&S* 1997, 78 (*Cereol/Kamar*). Rb. Rotterdam 16 mei 1980, *S&S* 1980, 114 (*Ruys/IROS*).

49. Art. 3.8 RSC: '(...) De stuwadoor heeft een pandrecht op alle zaken, documenten en gelden welke hij onder zich heeft of zal krijgen, uit welken hoofde ook, voor alle vorderingen uit hoofde van zijn werkzaamheden of anderszins. (...)'

50. Instemmend met dit vonnis: Haak & Zwitser 2003, p. 399.

de vrachtwagen in lease heeft.⁵¹ Alle uiterlijke tekens, zoals de belettering van de vrachtwagen en het registratieformulier, kunnen verwijzen naar de leasepartij en niet naar de eigenaar. In dat geval kan de derde te goeder trouw (3:238 BW) menen dat de leasepartij eigenaar is en kan een pandrecht tot stand komen. Niet voldoende is echter wanneer de derde wist dat de leasepartij geen eigenaar was, maar wel bevoegd was om de oplegger aan de derde over te geven. In dat geval is immers slechts sprake van een contractuele bevoegdheid tot overgave van de oplegger en geen goederenrechtelijke bevoegdheid tot verpanding van de oplegger.⁵²

Is de pandgever geen eigenaar dan zal dus in beginsel geen pandrecht tot stand komen. De wettelijke regeling is hiermee in overeenstemming met de eisen van een vlot handelsverkeer. Zou toch een pandrecht tot stand komen, dan zou hiermee het belang van de schuldeiser teveel nadruk krijgen ten opzichte van het belang van de derde met een eigendomsrecht op de zaak. Een oudere derde-eigenaar moet er dan immers rekening mee houden dat hij een pandrecht tegengeworpen krijgt voor vorderingen die geen betrekking hebben op de zaak. Daarmee verkrijgt de dienstverlener meer zekerheid dan hij verkrijgt met een retentierecht. Artikel 3:291 lid 2 BW brengt immers met zich mee dat slechts voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (*debitum cum re iunctum*) een retentierecht kan worden tegengeworpen aan de oudere derde.

Ook ten opzichte van jongere derden, subkopers, lijkt een lichtere toetsing van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever ongewenst. Zij worden dan immers geconfronteerd met vorderingen die geen betrekking hebben op de zaak, waarbij zij nooit betrokken zijn geweest en die zij niet kunnen kennen. Ik heb daarom in hoofdstuk 4 voor het retentierecht betoogd dat in het geval de schuldeiser met een logistieke dienstverlener contracteert, de schuldeiser slechts een retentierecht voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak aan de jongere derde kan tegenwerpen. Deze lijn komt overeen met de huidige regeling van het pandrecht, zodat ik ten aanzien van de regeling van het pandrecht geen verandering zou willen bepleiten.

Theoretisch zouden logistieke dienstverleners een poging kunnen doen om het pandrecht in meer gevallen tot stand te doen komen. In de volgende paragraaf wordt uiteengezet op welke wijze dat kan gebeuren.

5.2.3.2 Contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid. Pandrecht in de logistieke keten

De logistieke dienstverlener is in beginsel beschikkingsonbevoegd met betrekking tot de zaak. Een logistieke dienstverlener is echter wel beschikkingsbevoegd in die gevallen waarin de eigenaar de bevoegdheid verleent om de zaak te vervreemden of te bezwaren. De logistieke dienstverlener kan daarbij in eigen naam optreden. Het verrichten van een beschikkingshandeling door de dienstverlener heeft goede-

51. In het Duitse recht kan sprake zijn van een zekerheidsoverdracht van het voertuig. Ook dan kan degene die een zaak onder zich krijgt, te goeder trouw menen dat de zaak aan zijn wederpartij toebehoort. BGH 04.05.1977, BGHZ 68, 323. BGH 18.05.1983, BGHZ 87, 274. BGH 25.02.1987, BGHZ 100, 95.

52. Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2001, S&S 2002, 77 (ALH/Van Seumeren q.q.). R.o. 4.6.2 van het hof lijkt te suggereren dat de derde in dat geval wel een beroep op een pandrecht kan doen. Naar mijn mening ten onrechte, omdat het slechts een verbintenisrechtelijke bevoegdheid betreft. Eist de eigenaar de oplegger op, dan zal de derde wel een retentierecht kunnen inroepen (3:291 lid 2 BW).

renrechtelijke gevolgen voor het eigendom van de achterman in de zin dat zijn eigendom wordt bezwaard met een beperkt recht of vervreemd.⁵³

Over de wijze waarop de tussenpersoon beschikken kan over goederen van zijn achterman bestaat controverse in de literatuur. Vroeger was de centrale vraag of de tussenpersoon in goederenrechtelijk opzicht beschikken kan over de zaken die toebehoren aan de achterman. Inmiddels is algemeen aanvaard dat zulks mogelijk is, in het geval aan de tussenpersoon bevoegdheid is verleend. De vervreemding of bezwaring door de tussenpersoon leidt ertoe dat de zaak, die toebehoort aan de achterman, rechtstreeks wordt overgedragen aan de derde of bezwaard met een pandrecht.⁵⁴ Dit kan worden verklaard met het leerstuk van de goederenrechtelijke vertegenwoordiging.⁵⁵ De tussenpersoon beschikt in dat geval over een zaak die toebehoort aan de achterman. Hij kan dit alleen doen in het geval hem die bevoegdheid door de achterman is verleend. In de overeenkomst kan daartoe een beding zijn opgenomen dat ertoe strekt dat de tussenpersoon de bevoegdheid heeft om de zaak, die toebehoort aan de achterman, te vervreemden of te bezwaren.⁵⁶ De tussenpersoon heeft daarmee de bevoegdheid verkregen om de achterman in goederenrechtelijk opzicht te vertegenwoordigen, zodat een beschikkingshandeling door de tussenpersoon rechtsgevolgen heeft voor de achterman. De leverings- of vestigingshandeling vindt direct plaats tussen achterman en derde. De directe leer dient dus ook te worden toegepast op vervreemding of bezwaring door een tussenpersoon.⁵⁷ Verder is er sprake van een samengestelde titel.⁵⁸ Er is sprake van een titel tussen achterman en tussenpersoon waarin aan de tussenpersoon de bevoegdheid wordt verleend om de zaken van de achterman te bezwaren. Daarnaast is er een titel tussen de tussenpersoon en de derde waarin het pandrecht door de derde wordt bedongen.

In de praktijk zal een eigenaar niet zomaar overgaan tot het verlenen van bevoegdheid tot het verpanden van de roerende zaken aan een logistieke dienstverlener of koper onder eigendomsvoorbehoud. Hij heeft daar geen belang bij en loopt bovendien het risico dat aan hem een pandrecht wordt tegengeworpen wanneer hij op

53. Peter 2007, p. 105 e.v. Jansen 2009, p. 803 e.v. Asser 2-I/Kortmann 2004, nr. 135-136. Allen met literatuur.

54. Art. 3:110 BW, waarin de directe leer is neergelegd, wordt dan niet alleen voor de verkrijging gebruikt, maar ook voor de vervreemding van een zaak. Haak & Zwitser 2003, p. 79 e.v. Bartels 2004, p. 57-63. In het algemeen over het verschil tussen directe leer en doorleveringsleer: Asser 2-I/Kortmann 2004, nr. 128-135.

55. In de literatuur wordt ook wel het begrip 'machtiging' gebruikt. Groefsema 1993. Het begrip 'zakenrechtelijke vertegenwoordiging' lijkt meer gebruikelijk te zijn.

56. Bartels 2004, p. 59. Asser 2-I/Kortmann 2004, nr. 136. Brahn 1974, p. 270. Anders: Van der Grinten 1973, p. 569 die meent dat beschikkingsbevoegdheid niet van de eigendom kan worden afgescheiden. Contractueel kan beschikkingsbevoegdheid niet aan een houder worden verleend. Zo ook: Asser 2-I/Van der Grinten 1990, nr. 134-135. Peter 2007, p. 107, 110, 111 en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 138, 141, 300. Zij voeren verder aan dat de tussenpersoon de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar uitoefent. Vgl. ook Potjewijd 1998, p. 143-144, p. 151-158. Potjewijd 2002, p. 31-33.

57. Bartels 2004, p. 119. Zwitser 1984, p. 108-117.

58. Hierover: Bartels 2004, p. 67 e.v. Hartkamp 1974, p. 395-398.

een gegeven moment de zaken van de derde-dienstverlener opeist. De logistieke dienstverlener kan er daarom niet zomaar vanuit gaan dat de eigenaar deze bevoegdheid stilzwijgend heeft verleend.

De logistieke dienstverlener kan echter in zijn algemene voorwaarden een beding opnemen waarin hij bepaalt dat zijn wederpartij hem de bevoegdheid verleent om de zaken te verpanden. Men zou een dergelijke bevoegdheid kunnen inlezen in het volgende beding:

Artikel 3 lid 2 Voorwaarden Massagoed – Stuwadoors Amsterdam 2006
De Stuwadoor is – zonder vooroverleg met de Opdrachtgever – bevoegd de opdracht geheel of gedeeltelijk door derden te doen uitvoeren en/of met personeel en/of met materieel van derden uit te voeren. De Stuwadoor wordt geacht ten behoeve van deze derde dezelfde rechten als in deze voorwaarden omschreven, bedongen te hebben, ook indien de Stuwadoor de opdracht om welke reden dan ook geheel aan deze derde zou overdragen met gelijktijdig ontslag door de Opdrachtgever van de Stuwadoor van diens verplichtingen jegens hem.

De stuwadoor bedingt hier jegens zijn opdrachtgever dat hij door hem ingeschakelde derden dezelfde rechten mag verlenen die hij bedongen heeft. In het geval hij een pandrecht heeft bedongen (uit de aangehaalde voorwaarden blijkt dit niet), zou dit wellicht ook betekenen dat hij de bevoegdheid bedingt om de zaken te verpanden.

De volgende schakel in de keten kan op zijn beurt een beding in zijn algemene voorwaarden opnemen waarin staat dat hij zijn wederpartij ziet als gevolmachtigd tot het vestigen van een pandrecht op de zaken. Een dergelijk beding komt daadwerkelijk voor, zoals blijkt uit de Voorwaarden voor logistieke activiteiten, opgesteld door Fenex in 1995.⁵⁹

Artikel 13 lid 3 Voorwaarden voor logistieke activiteiten (Fenex 1995)
De dienstverlener zal een ieder die ten behoeve van de opdrachtgever zaken aan de dienstverlener toevertrouwt voor het verrichten van werkzaamheden beschouwen als door de opdrachtgever gevolmachtigd tot het vestigen van een retentie- en een pandrecht op de zaken.

Een dergelijke clause zal uiteraard alleen effect hebben in die gevallen waarin de pandgever daadwerkelijk beschikkingsbevoegd is. De dienstverlener kan niet geacht worden te goeder trouw te zijn door het opnemen van een dergelijk beding in de algemene voorwaarden.

Uit voorgaande blijkt dat het door het op elkaar laten aansluiten van de verschillende algemene voorwaarden in theorie mogelijk is dat iedereen aan elkaar in de logistieke keten beschikkingsbevoegdheid verleent om de zaken te verpanden.

59. Eenzelfde beding is te vinden in art. 28 lid 3 Nederlandse Opslagvoorwaarden (Fenex 1995). Ook de Algemene Belgische Expeditievoorwaarden 2005 (te raadplegen op conexbe.be) kent een dergelijk beding (art. 34): 'De expeditiegever beschikt over een retentierecht op de goederen en is gerechtigd deze goederen te verzilveren tot algehele delging van zijn schuldvordering; zij strekken hem tevens tot pand, ongeacht of de opdrachtgever eigenaar ervan is.'

Daarmee is het ook mogelijk om iedere schakel in de logistieke keten een pandrecht te doen toekomen voor alle vorderingen die hij op zijn wederpartij heeft. Voor derden heeft dit nadelige gevolgen. Zij moeten een pandrecht dulden voor alle vorderingen waarvoor het pandrecht is bedongen. Het kan daarmee ook een pandrecht voor oude vorderingen betreffen. De schuldeiser verkrijgt daarmee meer zekerheid dan mogelijk is door middel van een retentierecht. Naar geldend recht kunnen oudere derden in beginsel alleen een retentierecht tegengeworpen krijgen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak (3:291 lid 2 BW). Bij de genoemde verlening van beschikkingsbevoegdheid is het mogelijk dat voor alle vorderingen, dus ook voor vorderingen die geen betrekking hebben op de zaak die toebehoort aan de oudere derde, een pandrecht wordt uitgeoefend. Een dergelijke oplossing lijkt onwenselijk en verstoort een vlot handelsverkeer.⁶⁰ Mijns inziens zal de rechter een dergelijk beding waarin bevoegdheid wordt bedongen tot het vestigen van een pandrecht eng moeten uitleggen. Een dergelijk beding staat namelijk volledig los van de dienstverlening die de logistieke dienstverlener moet verrichten. Hij is immers in beginsel slechts bevoegd tot het verrichten van (rechts)handelingen die ten dienste staan van de zaak, zoals vervoer, bewaarneming, stuwage, enzovoort, maar niet tot het bezwaren van de zaak.⁶¹ De rechter dient daarom een dergelijke contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid in de algemene voorwaarden pas toe te staan wanneer expliciet is gebleken dat de eigenaar met dit beding heeft ingestemd. Voor zover instemming niet blijkt, dient een dergelijk pandbeding te worden beperkt met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW).

De uitleg kan geschieden analoog aan het arrest *Citco Bank/Da Costa Gomez*.⁶² Het betrof hier de uitleg van een volmacht. De vertegenwoordiger van Da Costa Gomez, Euphrosina, was een onbeperkte volmacht verleend, waarin opgenomen was de bevoegdheid om onroerende rechten te bezwaren en andere daden van beschikking te treffen. Euphrosina verleent daarop een hypotheek ten behoeve van de Citco Bank op een aan Da Costa Gomez toebehorend erfpachtsrecht, tot zekerheid van een vordering die Citco heeft op een derde, genoemd Schoop.

De Hoge Raad overweegt dat hier sprake is van een algemeen luidende volmacht die wordt gebruikt ten voordele van een derde en daarmee de belangen van de volmachtgever in ernstige mate kan aantasten. Een dergelijke volmacht kan daarom slechts geacht worden mede ten behoeve van een derde te zijn verleend, indien dit ondubbelzinnig uit de volmacht blijkt. De volmacht mag hier niet voor tweemaal uitleg vatbaar zijn. Dat de volmacht geen onderscheid maakt tussen handelingen in het belang van de volmachtgever of gevolmachtigde enerzijds en handelingen in het belang van een derde anderzijds, dwingt niet tot de uitleg van de volmacht in die zin dat ondubbelzinnig blijkt dat de bevoegdheid van de gevolmachtigde zich mede uitstrekt tot beschikkingshandelingen ten behoeve van een derde.

60. Haak & Zwitser 2003, p. 403-405.

61. Vgl. Haak 1997b, p. 92-93, 100.

62. HR 24 januari 1997, NJ 1997, 231 (*Citco Bank/Da Costa Gomez*).

Evenzo moet een volmacht die een logistieke dienstverlener bedingt om zaken van een eigenaar te bezwaren, worden uitgelegd dat zij moet zijn in het belang van de eigenaar-volmachtgever. Een andere uitleg kan pas worden aangenomen in het geval de volmachtgever ondubbelzinnig heeft ingestemd met de voor hem bezwarende volmacht.⁶³

5.2.4 Rechtsvergelijking. Duits recht

De rechtsvergelijking met omliggende rechtsstelsels heeft minder toegevoegde waarde dan in voorgaande hoofdstukken het geval was, om reden dat de rechtsstelsels in grote lijnen gelijk lopen. Een eigenaar kan steeds zijn zaken verpanden en een niet-eigenaar kan dat in beginsel niet, tenzij dan na verlening van de bevoegdheid daartoe. Bovendien heeft rechtsvergelijking met het Engelse recht al om die reden geen zin omdat de logistieke dienstverlener geen pandrecht (*pledge*) bedingt in zijn algemene voorwaarden. Op deze plaats wordt daarom volstaan met een weergave van het Duitse recht.

Het Duitse recht regelt het pandrecht op roerende zaken in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (§§ 1204-1259 BGB). Vereist voor de totstandkoming van een pandrecht op roerende zaken is *Einigung* en *Übergabe* (§ 1205 BGB). Met de laatste eis wordt bedoeld dat de zaak uit de macht van de pandgever moet worden gebracht.⁶⁴ Met de eerste eis wordt bedoeld dat de eigenaar met de schuldeiser een zakenrechtelijke overeenkomst moet zijn aangegaan waarin is opgenomen dat het pandrecht aan de schuldeiser zal toekomen. In het geval de pandgever geen eigenaar is van de zaak kan het pandrecht tot stand komen in het geval de pandhouder te goeder trouw is (§ 1207 BGB). De pandhouder is te goeder trouw wanneer hij mag menen dat de zaak toebehoort aan zijn wederpartij (§ 1207 BGB jo. § 932 lid 2 BGB).⁶⁵

Het volgende onderwerp is of ook een koper onder eigendomsvoorbehoud de zaak kan verpanden aan een logistiek dienstverlener. Daartoe is van belang de vraag of de koper onder eigendomsvoorbehoud een goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke aanspraak heeft op de zaak. Naar Duits recht wordt het eigendomsvoorbehoud, net als naar Nederlands recht, in beginsel gezien als een overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs (§ 449 BGB). In de rechtspraak en literatuur is de gedachte ontwikkeld dat de koper zich bevindt in een voorfase van de eigendom. Dit staat bekend als het *Anwartschaftsrecht*. De meerderheid in de literatuur ziet hierin een goederenrechtelijk recht dat zich leent voor overdracht en verpanding.⁶⁶

63. In de richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten kan aan de pandhouder een gebruiksrecht worden verleend (7:53 BW). Het spreekt uit het betoog voor zich dat ik geen voorstander ben om deze bepaling uit te breiden tot de logistieke dienstverlening.

64. De zaak moet zich in de macht van de pandhouder bevinden, daarbij is het voldoende als er sprake is van een derde die de zaak voor de pandhouder houdt. Baur/Stürmer 2009, § 55 B II, nr. 16-17 (p. 756). *RGZ* 77, 201.

65. Baur/Stürmer 2009, § 55 B II, nr. 18. Tiedtke 1985, p. 63-64. Op deze regel wordt weer een uitzondering gemaakt, net als in art. 3:86 BW het geval is, voor de situatie dat de zaak van de eigenaar is gestolen (§ 935 BGB). *BGH* 02.07.1992, *BGHZ* 119, 75.

66. Baur/Stürmer 2009, § 59 B IV, nr. 32. *MünchKomm BGB* (Westermann) 2008, § 449 BGB, nr. 52-55. Peter 2007, p. 143-145. Bartels 1997, p. 87. *BGH* 22.02.1956, *BGHZ* 20, 88. *BGH* 24.06.1958, *BGHZ* 28, 16, 21. *BGH* 10.04.1961, *BGHZ* 35, 85, 89. *BGH* 24.10.1979, *BGHZ* 75, 221. *BGH* 21.03.1996, *BGHZ* 132, 218, 224 e.v.

De eigenaar kan daarnaast uiteraard aan de logistieke dienstverlener of aan de koper onder eigendomsvoorbehoud de bevoegdheid verlenen om de zaken te verpanden (§ 185 BGB). Een dergelijke bevoegdheid zal niet snel aangenomen mogen worden, zo leert het *Bundesgerichtshof* in een uitspraak uit 1955.⁶⁷ Hierin stelt de BGH dat een pandrecht voor *inkonnexe Forderungen* op zaken van derden in strijd is met de goede zeden.⁶⁸ Het betreft hier een pandrecht als bedongen in de algemene voorwaarden van de expediteur (ADSp). Deze expediteur had gecontracteerd met een koper die een aantal balen stof had gekocht onder eigendomsvoorbehoud. De koper gaat failliet en de verkoper eist de zaken (die onder de expediteur liggen) op van de expediteur. De expediteur oefent echter een pandrecht uit voor alle vorderingen die hij op zijn opdrachtgever, de koper, heeft uitstaan. Het gaat dan ook om vorderingen die niet samenhangen met expeditiewerkzaamheden op de zaken die zich in zijn macht bevinden.

Het BGB merkt op dat de wil van een pandgever er niet op gericht zal zijn om zaken van derden te verpanden. De algemene voorwaarden van de expediteur mogen dan ook niet zo worden uitgelegd dat de pandgever ermee rekenen moet dat de pandhouder zekerheid wil op zaken die niet toebehoren aan de pandgever. Dan gaat het *Bundesgerichtshof* op de vraag in wanneer de wil van de pandgever/niet-eigenaar er wel op gericht is om zaken van een derde in pand te geven:

‘Selbst wenn aber der Wille des Auftraggebers, der mit einem Spediteur in laufender Geschäftsverbindung steht, wider Treu und Glauben allgemein dahin gehen sollte, dem Spediteur auch für fremdes Speditionsgut ein Pfandrecht für nicht zusammenhängende Forderungen zu bestellen, so würde eine solche allgemein getroffene Vereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein. Wenn Auftraggeber und Spediteur miteinander vereinbaren, daß am Speditionsgut ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse ein Pfandrecht bestellt werden soll, so widerspricht eine solche Vereinbarung dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (§ 138 BGB).’

De wil van de pandgever kan dus niet met zich meebrengen dat zaken van derden worden verpand. Een dergelijke wil en overeenkomst zijn tegen de goede zeden.⁶⁹ Een expediteur kan zich er niet op beroepen te goeder trouw te zijn:

‘Überdies enthielte das Verlangen des Spediteurs, ihm ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse an allen Sachen, die in seine Verfügungsgewalt kommen, ein Pfandrecht für inkonnexe Forderungen zu bestellen, das Bewußtsein einer möglichen Schädigung fremden Eigentums, das von vornherein seinen guten Glauben ausschlosse.’

Het *Bundesgerichtshof* wijst daarmee categorisch een pandrecht voor oude vorderingen van de hand welke rust op zaken van een derde. Wel is mogelijk dat een (wettelijk)

67. BGH 08.03.1955, BGHZ 17, 1. Zo ook: BGH 10.06.2010, *Transportrecht* 2010-7/8, p. 303-308. Waarover: Schmidt 2010, p. 33. e.v. Schmidt 2011. Anders: RGZ 113, 427 en RGZ 118, 250.

68. Brüning-Wildhagen 2000, p. 141. § 9 AGBGB.

69. § 138 lid 1 BGB bevat de hierop betrekking hebbende bepaling: ‘Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.’

pandrecht tot stand komt voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak.⁷⁰ Deze beperking in de totstandkoming van een pandrecht ten opzichte van oudere derde heb ik naar Nederlands recht willen overnemen. Naar Nederlands recht betekent dit dan dat een pandrecht niet tot stand zal komen, maar dat alleen een retentierecht aan de oudere derde kan worden tegengeworpen.

5.3 Derdenwerking van het pandrecht

5.3.1 In welke gevallen is er sprake van derdenwerking

De derdenwerking van het pandrecht hangt onlosmakelijk samen met de totstandkoming van het pandrecht. Is het pandrecht immers eenmaal tot stand gekomen, dan kan het ook aan derden worden tegengeworpen. Een pandrecht is namelijk een goederenrechtelijk recht en kan daarom worden ingeroepen jegens een ieder die de zaak opeist (*erga omnes*). Daartoe wordt op deze plaats kort herhaald in welke gevallen het pandrecht tot stand komt.

Het pandrecht komt tot stand in alle gevallen waarin met een eigenaar wordt gecontracteerd. In het geval de logistieke dienstverlener met een koper onder eigendomsvoorbehoud contracteert, komt een pandrecht tot stand onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs. Dat heeft tot gevolg dat het jegens iedere derde behalve de verkoper die de zaken onder eigendomsvoorbehoud heeft verkocht, kan worden tegengeworpen. Een pandrecht met werking jegens deze verkoper bestaat in het geval de logistieke dienstverlener te goeder trouw mocht menen met een eigenaar te contracteren of mocht menen dat het tot een normale afwikkeling van de koopovereenkomst zou komen. Eveneens komt een pandrecht tot stand in het geval de verkoper de bevoegdheid aan de koper onder eigendomsvoorbehoud of logistieke dienstverlener heeft verleend om de zaak te verpanden. Hieruit volgt dat het pandrecht vooral tot stand komt in gevallen waarin de pandhouder heeft gecontracteerd met een eigenaar of koper onder eigendomsvoorbehoud. Voor deze gevallen moet dan ook dieper worden ingegaan op de derdenwerking van het pandrecht. Het gaat mij dan voornamelijk om de uitoefening van een pandrecht jegens een jongere derde. Hiervan is sprake in het geval de zaak eerst wordt verpand en vervolgens overgedragen. Weegt in dat geval het belang van de pandhouder zwaarder of het belang van de koper? Het probleem daarbij is dat de pandhouder niet alleen voor huidige vorderingen een pandrecht kan bedingen, maar ook voor oude vorderingen. Derden kunnen daardoor steeds geconfronteerd worden met een pandrecht voor vorderingen waaraan zij volkomen vreemd zijn. Ten aanzien van het retentierecht van de vervoerder en de expediteur heeft de wetgever betoogd, dat het niet billijk is om de ontvanger te confronteren met een retentierecht voor vorderingen waaraan de ontvanger volkomen vreemd is. In Boek 8 BW zijn daarom de daarin opgenomen retentierechten beperkt tot huidige vorderingen.⁷¹ De vraag is of we dit moeten overnemen voor het pandrecht.

Hieronder zal ik betogen dat een beperking inderdaad geëigend is in gevallen waarin een cognossement is uitgegeven. Een derde-cognossementhouder moet niet geconfronteerd worden met een pandrecht voor oude vorderingen, voor zover dat

70. Zie hiervoor hoofdstuk 2.

71. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW).

niet uit het cognossement blijkt. Tot verheldering van dit probleem wordt eerst het arrest *Bosman/Condorcamp* besproken en wordt uiteengezet wat de ratio achter dit arrest is (§ 5.3.2). Daaruit wordt tevens duidelijk dat de bescherming van de jongere derde tegen de werking van een pandrecht beperkt moet blijven tot gevallen waarin een zakenrechtelijk waardepapier is afgegeven. In gevallen buiten cognossement dient geen relativering van het pandrecht plaats te hebben (§ 5.3.3). Een pandrecht heeft niet alleen derdenwerking jegens een eigenaar, maar ook jegens andere goederenrechtelijk gerechtigden. Daarom wordt ook kort behandeld de vraag naar de rangorde van goederenrechtelijk gerechtigden in situaties waarin een eigenaar hetzelfde goed meermaals heeft verpand (§ 5.3.4). Het geheel wordt afgesloten met enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (§ 5.3.5).

5.3.2 De derde-cognossementhouder en *Bosman/Condorcamp*

5.3.2.1 *Het feitencomplex in Bosman/Condorcamp*

In het arrest *Bosman/Condorcamp* deed zich het volgende feitencomplex voor.⁷² Condorcamp heeft in 1985 drie partijen sportschoenen gekocht. De schoenen zijn gemaakt in Taiwan en Korea in opdracht van Etonic, een bedrijf in de Verenigde Staten. Pemaco, die met Etonic een exclusieve distributieovereenkomst voor Europa heeft gesloten, laat de schoenen naar Rotterdam verschepen en maakt daartoe gebruik van expediteur Bosman.

In de overeenkomst tussen Pemaco en Bosman zijn de Fenex-voorwaarden van toepassing die voorzien in een pandrecht voor de expediteur voor alle openstaande vorderingen. In casu stonden nog vorderingen uit hoofde van eerder verrichte expeditiewerkzaamheden open, in totaal een bedrag van ruim fl. 66.000.

Bosman regelt het vervoer van de partijen sportschoenen uit het Verre Oosten naar Rotterdam en schakelt daartoe lokale expediteurs in. De lokale expediteurs hebben de schoenen in ontvangst genomen tegen afgifte van verhandelbare en aan order gestelde Fiata-cognossementen aan de fabrikanten van de schoenen. De feitelijke vervoerder geeft op zijn beurt niet verhandelbare, op naam gestelde zeecognossementen af. De zeecognossementen worden door de vervoerder afgegeven aan de lokale expediteurs die het vervolgens aan Bosman doen toekomen. Bosman verkrijgt door presentatie van de zeecognossementen de lading van de vervoerder.⁷³

De Fiata-cognossementen zijn, zoals eerder gesteld, afgegeven aan de Taiwanese en Koreaanse fabrikanten van de schoenen. Op een gegeven moment blijkt Condorcamp deze cognossementen onder zich te hebben. Uit het arrest wordt niet duidelijk op welke wijze dit is geschied. Condorcamp stelt dat zij jegens de fabrikanten een accreditief heeft geopend. Als dat het geval zou zijn, dan zou Condorcamp de partij

72. HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*). Voor de kortgedingprocedure voor het hof, zie Hof 's-Gravenhage 29 mei 1986, S&S 1986, 136 (*Condorcamp/Bosman*). Het arrest wordt besproken door Van der Ziel 1998a, p. 106 e.v. Koopmann 1994, p. 26-28. Vriesendorp 1994, p. 242 e.v. Zwitser 2005, p. 189 e.v. Mahmoud & Margetson 2004, p. 174-177.

73. De vraag komt op wie vervoerder is onder het FIATA-cognossement. Van der Ziel 1998a, p. 108 meent dat de lokale expediteurs vervoerder zijn, omdat zij het cognossement afgeven en dat Bosman gekwalificeerd moet worden als een agent van de vervoerder. Ik zou deze zienswijze willen onderschrijven. Enige twijfel kan echter bestaan, omdat het Bosman is die de lokale expediteurs heeft ingeschakeld. De feiten laten daarom ook de mogelijkheid toe dat het Bosman is die optreedt als vervoerder.

schoenen waarschijnlijk rechtstreeks van deze fabrikanten geleverd hebben gekregen. Een andere mogelijkheid is dat Condorcamp de cognossemten van Pemaco verkreeg. Bij eerdere expeditiewerkzaamheden van Bosman voor Pemaco was het namelijk Pemaco die uiteindelijk het cognossement presenteerde aan Bosman. Deze feitenconstellatie ligt ook in het onderhavige geval voor de hand, omdat Pemaco op het cognossement staat vermeld als degene aan wie de aankomst van de lading in de loshaven moet worden bericht (*notify adress*). Deze feiten lijken erop te wijzen dat Pemaco de Fiata-cognossemten aan Condorcamp heeft geëndosseerd en overhandigd. Het is van deze laatste feitenconstellatie dat ik zal uitgaan.⁷⁴ In ieder geval heeft Condorcamp het Fiata-cognossement onder zich en presenteert dit aan Bosman met het verzoek over te gaan tot uitlevering van de lading. Bosman weigert met een beroep op zijn met Pemaco overeengekomen pandrecht. Daarbij speelt het feit dat Pemaco inmiddels failliet is gegaan. Bosman gaat vervolgens tot executie van de lading over, doet de schoenen veilen en int de opbrengst. Condorcamp vordert daarop van Bosman schadevergoeding omdat Bosman geweigerd heeft de lading uit te leveren bij presentatie van het Fiata-cognossement. Bosman beroept zich op zijn pandrecht. De vraag in de procedure is of het pandrecht van Bosman kan worden tegengeworpen aan de derde-cognossementhouder Condorcamp.

5.3.2.2 Procedure en relevante overwegingen

Het Hof 's-Gravenhage in kort geding⁷⁵ en de rechtbank Rotterdam in de bodemprocedure⁷⁶ nemen aan dat een pandrecht voor Bosman tot stand is gekomen. Bosman mocht Pemaco voor beschikkingsbevoegd houden, althans als vaste expediteur van Pemaco was Bosman te goeder trouw aan een eventuele beschikkingsonbevoegdheid.

Het Hof 's-Gravenhage in de bodemprocedure komt echter tot de slotsom dat Bosman geen pandrecht toekomt. Het hof overweegt dat de pandgever, Pemaco, het bezit van het in pand gegeven goed aan Bosman moet hebben verschaft om een pandrecht tot stand te doen komen. Er moet een vestigingshandeling hebben plaatsgevonden. Het hof meent dat daaraan niet is voldaan. Het Fiata-cognossement was namelijk door de lokale expediteurs uit het Verre Oosten aan de fabrikant van de schoenen afgegeven.

74. Hetzelfde doet ook Zwitser 2005, p. 189. Alleen binnen deze feitenconstellatie is het begrijpelijk dat Pemaco staat aangeduid als *notify adress* op het cognossement. Uit Hof 's-Gravenhage 29 mei 1986, *S&S* 1986, 136 (*Condorcamp/Bosman*) blijkt ook dat een aantal endossementen in blanco pas na aanvang van het kort geding zijn geplaatst. Dit doet mij vermoeden dat Pemaco inderdaad het cognossement heeft doorgeleverd aan Condorcamp toen hij (Pemaco) in betalingsproblemen kwam. Dit komt echter niet vast te staan. Het maakt echter wel begrijpelijk dat Bosman aanvoert dat er sprake is van samenspanning tussen Condorcamp en Pemaco om het pandrecht van Bosman te omzeilen. Vgl. ov. 2.28 van de advocaat-generaal Asser en uitgebreid het cassatiemiddel, onder 3.b en 3.c. De samenspanning komt echter niet vast te staan. Tenslotte ligt deze feitenconstellatie het meest voor de hand, omdat in het geval Condorcamp rechtstreeks het cognossement had ontvangen van de fabrikanten, Pemaco nooit eigenaar kon zijn geworden van de zaak, zodat uit dien hoofde Bosman al geen pandrecht zou toekomen.

75. Hof 's-Gravenhage 29 mei 1986, *S&S* 1986, 136 (*Condorcamp/Bosman*).

76. Kenbaar uit HR 26 november 1993, *S&S* 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*).

‘4. (...) Dat zo zijnde en in aanmerking genomen, dat na afgifte van evenbedoelde cognossementen het bezit van de goederen niet meer kon worden overgedragen – ook niet ten titel van pand – zonder overgave van die cognossementen en niet gesteld of gebleken is, dat Bosman deze ooit in haar bezit heeft gekregen moet reeds daarom worden geoordeeld, dat noch Bosman, noch de door haar in het Verre Oosten ingeschakelde onderexpediteurs ooit pandbezit van de goederen van Pemaco hebben verkregen en bijgevolg de voor de uitoefening door Bosman van het tussen Pemaco en Bosman overeengekomen pandrecht vereiste vestiging van dat pandrecht niet heeft plaatsgevonden.’

Aan dit uitgangspunt doet, naar het hof overweegt, niet af dat Bosman wel de zeecognossementen onder zich had gekregen. Overgave van deze zeecognossementen kon niet meer met zich meebrengen dat het pandbezit kon worden verschaft, daar Fiata-cognossementen waren afgegeven en Bosman hier weet van had. Het hof laat de vraag naar beschikkings(on)bevoegdheid van Pemaco in het midden omdat de zaak kon worden afgedaan op de vraag of pandbezit kon worden verschaft (de vestigingseis).

In het cassatiemiddel wordt hiertegen aangevoerd dat feitelijke macht over de zaken toereikend is als vestigingshandeling. Verder stelt Bosman dat afgifte van het cognossement rechtens niet het gevolg heeft dat de zaken onvatbaar worden voor vervreemding of bezwaring door middel van een in algemeen toereikende leverings- of vestigingshandeling. Bosman mocht er verder vanuit gaan dat zijn wederpartij beschikkingsbevoegd was de zaken te verpanden.

De advocaat-generaal Asser gaat met het hof mee. Hij stelt voorop dat zaken die onder cognossement vervoerd worden, alleen verpand kunnen worden door afgifte van het cognossement aan de pandhouder. Omdat Pemaco nooit het cognossement heeft overgegeven ten titel van pand aan Bosman, kon Bosman zich niet op een pandrecht beroepen. Niet voldoende is dat alleen de zaken in de macht van de pandhouder zijn gebracht. De Hoge Raad komt eveneens tot de conclusie dat Bosman geen pandrecht toekomt, maar motiveert dit op andere wijze dan het hof.

‘3.3. (...) Indien de eigenaar van per zeeschip verscheepte zaken ermee instemt dat voor die zaken verhandelbare cognossementen in het verkeer worden gebracht door afgifte daarvan aan de verschepers, geeft hij daarmee met werking tegen allen die van dit in het verkeer brengen op de hoogte zijn of behoren te zijn, de bevoegdheid prijs om ten nadele van hen aan wie deze cognossementen verhandeld zullen worden, pandrecht als bedoeld in art. 1196 (oud) BW op die zaken te vestigen door die zaken zelf, en niet de cognossementen, in de macht van de pandhouder te brengen, zulks tenzij het beding waarop het betreffende pandrecht berust, en de vordering waarvoor dit wordt uitgeoefend, uit de inhoud van de cognossementen zelf blijken. (...)’

De aangehaalde rechtsoverweging is complex door de dubbele relativering die erin verborgen zit.⁷⁷ Het gaat om een eigenaar die instemt dat er voor de zaken verhandelbare cognossemerten in het verkeer worden gebracht.

De eerste relativering brengt met zich mee, dat hij voor dit geval de bevoegdheid prijs geeft om ten nadele van degene aan wie de cognossemerten verhandeld worden pandrecht op de zaken te vestigen door de zaken en niet het cognossement in de macht van de pandhouder te brengen. Het gaat dus om een relativering van het pandrecht jegens een derde-cognossementhouder met een eigendomsrecht dat jonger is dan het door de dienstverlener op de lading gepretendeerde pandrecht.⁷⁸

In casu betekent de uitspraak dat Bosman het pandrecht wel tegen Pemaco had kunnen inroepen in het geval deze de lading had opgeëist, maar dat hij het pandrecht niet aan Condorcamp kon tegenwerpen.

Op de eerste relativering is dan weer als uitzondering te vinden dat wél ten nadele van de verkrijgende cognossementhouder pandrecht kan worden gevestigd op de zaken zonder dat de cognossemerten in de macht van de pandhouder zijn gebracht, wanneer uit het cognossement blijkt dat er pandrecht is bedongen en voor welke vordering het is bedongen.

De tweede relativering is dat de eigenaar van de zaken zijn bevoegdheid alleen prijsgeeft voor zover de derde aan wie het pandrecht wordt tegengeworpen, van het in het verkeer brengen van het cognossement op de hoogte is of behoorde te zijn. In het vervolg blijft de tweede relativering buiten beschouwing. Ik neem steeds aan dat iedere betrokkene weet heeft van het in omloop zijn van een cognossement. De aangehaalde rechtsoverweging formuleert de Hoge Raad met het oog op de rechtszekerheid die in het belang van het internationale handelsverkeer vereist is. Daarbij wijst de Hoge Raad onder meer op de regel dat tegen de inhoud van het cognossement geen tegenbewijs wordt toegelaten in het geval de cognossementhouder te goeder trouw was bij de verkrijging van het cognossement (8:48 BW; 8:414 BW). De Hoge Raad voegt toe dat de expediteur voldoende beschermd wordt door de mogelijkheden, geboden door de wet, de kosten van deze verzending zelf op de zaken te verhalen, betaling van welke kosten in het onderhavige geval door Condorcamp bovendien is aangeboden. Wellicht heeft de Hoge Raad hier het oog op de uitoefening van het retentierecht.⁷⁹ Bosman zou zich dan alleen kunnen beroepen op een retentierecht en niet op een pandrecht.

77. Van der Ziel 1998a, p. 113 gaat uit van een driedubbele relativering. Naast de door mij genoemde ziet hij ook als relativering dat niet alleen de zaken, maar ook de cognossemerten in de macht van de pandhouder dienen te worden gebracht. Dit is echter een (extra) eis van totstandkoming en geen relativering. Relativering ziet steeds op de werking jegens een derde.

78. Naar analogie zal hetzelfde hebben te gelden voor andere goederenrechtelijke rechten op het cognossement, zoals een pandrecht op cognossement dat jonger is dan het pandrecht op de lading. Zie hierna § 5.3.4. Het arrest strekt zich echter niet uit tot cognossementhouders met een ouder eigendomsrecht. Een andere interpretatie staat Van der Lelij 1996, p. 133 voor. Hij meent dat *Bosman/Condorcamp* inhoudt dat de bevoegdheid wordt prijsgegeven om anders dan door middel van het cognossement pandrecht te vestigen. Deze interpretatie lijkt mij onjuist. Meer over de leveringswijze is te vinden in hoofdstuk 6.

79. Als Bosman zou optreden als vervoerder, dan zou art. 8:30 lid 2 BW van toepassing zijn. Trad Bosman alleen op als ontvangstexpediteur, dan is niet art. 8:69 lid 2 BW van toepassing, maar de algemene regeling van het opschortingsrecht, art. 6:52 BW. Zie hierover hoofdstuk 2.

5.3.2.3 *Reacties in de literatuur. De opvatting van Vriesendorp en Zwitser*

In de literatuur is het arrest besproken. Met het resultaat wordt algemeen ingestemd. In de gevallen waarin het pandrecht niet uit het cognossement blijkt moet de cognossementhouder ervan uit kunnen gaan dat hij onbezwaarde goederen koopt. Over de argumenten die de Hoge Raad gebruikt om deze relativering van het pandrecht jegens een derde-cognossementhouder te verklaren, wordt echter verschillend gedacht.⁸⁰ In het navolgende worden de opvattingen van Vriesendorp en Zwitser besproken.

Vriesendorp meent dat de Hoge Raad uitgaat van een aan de leveringsformaliteit gekoppelde onbevoegdheid.⁸¹ Het gaat niet om beschikkingsonbevoegdheid van eigenaar Pemaco, het gaat erom dat Pemaco slechts kon verpanden door niet alleen de zaken maar ook het cognossement in de macht van de pandhouder te brengen. Hierbij constateert Vriesendorp dat de Hoge Raad, verwarrend genoeg, de bevoegdheid met de levering combineert. Dat had niet hoeven, zoals uit de uitspraak van het hof bleek. Het hof had immers gesteld dat het pandbezit op de zaken alleen kon worden verkregen door het cognossement mee over te geven. Het hof redeneert dus zuiverder dan de Hoge Raad via de vestigingseis.⁸²

Zwitser is een andere opvatting toegedaan. Hij meent dat de Hoge Raad via de sleutel van beschikkingsbevoegdheid redeneert.⁸³ De eigenaar is dan relatief beschikkingsonbevoegd ten opzichte van derde-cognossementhouders. Hij acht het feit dat de eigenaar (relatief) beschikkingsonbevoegd raakt door de uitgifte van een cognossement echter onbegrijpelijk. Het cognossement is immers in de eerste plaats een contractueel gebeuren, waarbij de goederenrechtelijke implicaties optioneel zijn. De uitgifte van het cognossement op zich, als contractueel gebeuren, kan dan ook niet beschikkingsonbevoegdheid tot gevolg hebben.⁸⁴

Dat de Hoge Raad redeneert via het leveringsvereiste acht Zwitser onaannemelijk. Een van zijn argumenten is dat partijen kunnen afspreken dat de eigendom niet overgaat bij de overgave van het cognossement. Artikel 8:417 BW is van regelend recht. De vervoerder houdt in dat geval niet voor de cognossementhouder, maar voor de eigenaar. De overgave van het cognossement bepaalt dus niet de zakenrechtelijke positie van de cognossementhouder, maar de bestaande rechtsverhoudingen.⁸⁵

We zien hier hoe Vriesendorp en Zwitser de uitspraak inzake *Bosman/Condorcamp* verschillend interpreteren: de een redeneert via het vestigingsvereiste, de ander via het vereiste van beschikkingsbevoegdheid. De reden voor dit verschil in interpretatie ligt in de overweging van de Hoge Raad, waarin bevoegdheid wordt verbonden aan de vestiging van het pandrecht. De Hoge Raad overweegt immers dat het gaat om het prijsgeven van de *bevoegdheid* om ten nadele van de verkrijgende

80. Vriesendorp 1994, p. 242-248. Koopmann 1994, p. 26-28. Van der Ziel 1998a, p. 106-114. Mahmoud & Margetson 2004, p. 174-177. Zwitser 2005, p. 189-195.

81. Vriesendorp 1994, p. 247.

82. Vriesendorp 1994, p. 247. Vriesendorp voegt daaraan toe de gedachte dat daarom de levering door middel van het cognossement exclusief is (p. 246). Slechts door middel van het cognossement kunnen de zaken worden verpand of vervreemd. Zo ook Van der Lelij 1996, p. 133. Molenaar 1999, p. 14-15. In hoofdstuk 6 zal ik voorstaan dat de levering niet exclusief moet worden opgevat.

83. Zwitser 2005, p. 190. Hetzelfde meent ook Van der Ziel 1998a, p. 109, 112.

84. Zwitser 2005, p. 193.

85. Zwitser 2005, p. 190.

cognossementhouder pandrecht te *vestigen*. Daarmee combineert de Hoge Raad twee voorwaarden voor de totstandkoming van het pandrecht, maar wekt tevens verwarring op welke wijze het arrest moet worden ingepast in het recht. In het navolgende wil ik proberen het arrest in te passen in het recht.

5.3.2.4 *Betekenis van Bosman/Condorcamp*

Met genoemde schrijvers acht ik *Bosman/Condorcamp* naar het resultaat juist. De belangenafweging tussen het belang van de pandhouder in de uitoefening van zijn recht en het belang van de cognossementhouder, moet in beginsel uitvallen in het voordeel van de cognossementhouder. De motivering die de Hoge Raad hiervoor aanreikt, lijkt me echter niet geheel voldoende.

De rechtsregel uit de hiervoor (in § 5.3.2.2) aangehaalde overweging van de Hoge Raad wordt gemotiveerd met een beroep op de rechtszekerheid welke in het belang van het internationaal handelsverkeer is vereist, en moet verder worden afgeleid uit artikel 8:441 BW in verband met de artikelen 8:414, 8:415 en 8:417 BW, waarin de bescherming van de cognossementhouder is neergelegd. Jegens de cognossementhouder is tegen de inhoud van het cognossement geen tegenbewijs toegelaten; hij is ook niet gebonden aan vervoer- en andere overeenkomsten waarbij hij geen partij is en waarvan uit het cognossement niet blijkt.

Hierover kan worden opgemerkt dat de rechtszekerheid van groot belang is, maar dat de rechtszekerheid niet-bestaande goederenrechtelijke rechten opzij kan zetten. De verwijzing naar de artikelen waarin bescherming van de cognossementhouder zou zijn bevat, biedt ook geen afdoende verklaring, omdat deze artikelen in het bijzonder handelen over de verbintenisrechtelijke zijde van het cognossement en de goederenrechtelijke aspecten niet bedoelen te regelen.⁸⁶

Naar mijn mening moet niet zozeer worden gewezen op de rechtszekerheid, als wel op het verkeersbelang. Cognossementen zijn bestemd om verhandeld te worden. Die verhandelbaarheid moet niet worden belemmerd door de uitoefening van een pandrecht op een zaak die de cognossementhouder niet uit het cognossement kan kennen. Het belang van een vlot handelsverkeer gaat boven het belang van degene met een zekerheidsrecht op de zaak.

De rechtsregel die de Hoge Raad aanreikt om zijn beslissing te rechtvaardigen, is gedacht vanuit het perspectief van de eigenaar van de zaak. De eigenaar mist de bevoegdheid om de zaak te verpanden ten nadele van de cognossementhouder door alleen de zaak en niet het cognossement in de macht van de pandhouder te brengen, tenzij het pandrecht uit het cognossement blijkt. Naar mijn mening is het juist dat de nadruk ligt op de bevoegdheid van de eigenaar, maar had meer aansluiting gezocht kunnen worden bij eerdere rechtspraak.

Wanneer we het cognossement namelijk even wegdenken dan blijkt het in *Bosman/Condorcamp* te gaan om een klassiek geval. Het betreft de situatie waarin een zaak eerst wordt verpand en vervolgens in eigendom overgedragen.⁸⁷ Het pandrecht gaat niet teniet op het moment dat het wordt overgedragen, maar kan als absoluut recht tegen een ieder worden tegengeworpen en daarmee ook tegen de verkrijger

86. De enkele verwijzing naar art. 8:417 BW maakt dit niet anders, omdat deze bepaling nu juist niet goed past bij de door de Hoge Raad ontwikkelde gedachte dat tegen de inhoud van het cognossement geen tegenbewijs is toegelaten.

87. Enige twijfel kon bestaan over de feiten, zie hierboven § 5.3.2.1.

onder bijzondere titel.⁸⁸ Het is van dit resultaat dat wordt afgeweken in *Bosman/Condorcamp*. Dat betekent noodzakelijk dat de introductie van een cognossement deze afwijkende rechtsgevolgen moet verklaren. De verklaring moet dan naar mijn mening daarin liggen dat de vervreemder van het cognossement, ook na de vestiging van een pandrecht op de zaken, beschikkingsbevoegd blijft de zaken onbezwaard over te dragen door middel van het cognossement, dan wel dat de verkrijger van het cognossement te goeder trouw mag menen dat de vervreemder deze bevoegdheid heeft.

De verklaring is opgebouwd in twee stappen. De eerste stap gaat uit van de gedachte dat indien de verkrijger van het cognossement geen weet heeft van het bestaan van een pandrecht op de zaak, hij dan in ieder geval te goeder trouw is. De verkrijger van het cognossement wordt in dat geval beschermd. Daarmee hangt samen de vraag in hoeverre de verkrijger een onderzoeksplicht heeft om zich ervan te vergewissen of een pandrecht op de lading rust. Dit wordt hierna als eerste besproken. De tweede stap heeft betrekking op het probleem indien de verkrijger van het cognossement van het bestaan van een pandrecht op de zaak afweet. De vraag is dan in hoeverre de vervreemder in dat geval nog beschikkingsbevoegd is, dan wel of de verkrijger nog een beroep op de goede trouw kan doen.

Het eerste deel van de verklaring gaat ervan uit dat indien de verkrijger geen weet heeft van goederenrechtelijke rechten op de zaak, hij wordt beschermd. De wet geeft hiervan blijk in de artikelen 3:86 en 3:238 lid 2 BW. Het moet dan gaan om goederenrechtelijke rechten die de pandhouder op of de verkrijger van het cognossement niet kende en niet behoorde te kennen. Daarmee is de vraag gegeven in hoeverre de verkrijger van het cognossement moet onderzoeken in hoeverre er al een goederenrechtelijk recht op de zaak rust. Op dit punt onderschrijf ik de overweging van de Hoge Raad waarin is geoordeeld dat het pandrecht niet aan de verkrijger van het cognossement kan worden tegengeworpen, tenzij het pandrecht uit het papier blijkt. Hieruit volgt dat de onderzoeksplicht van de verkrijger zich in beginsel slechts uitstrekt tot de inhoud van het papier en niet verder. Naar mijn mening kan deze beperkte onderzoeksplicht worden verklaard door het cognossement te zien als een legitimatiepapier. Door middel van het papier kan de houder ervan zich legitimeren als rechthebbende op het papier en daarmee op de zaak.⁸⁹

88. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 779. Vgl. HR 1 november 1929, NJ 1929, p. 1745-1750 m.nt. PS; W. 12059 m.nt. SB (*Proehl & Gutmann*). Schöck heeft zes aandelen aan toonder aan Proehl & Gutmann in pand gegeven en verkoopt ze vervolgens door aan de kopers. De kern van de beslissing handelt over de vraag of de pandhouder lijdelijk is of toestemming moet geven voor deze overdracht. De Hoge Raad beslist dat de pandhouder een lijdelijke rol toekomt. De pandhouder hield dus eerst voor de verkoper, maar na overdracht van de aandelen, voor de kopers. De wil van de pandhouder is in deze irrelevant. Dat betekent echter niet dat het pandrecht tenietgaat door de overdracht. De pandhouder had aangevoerd dat overdracht niet kon geschieden dan met medewerking van de pandhouder. Hier gaat de Hoge Raad niet in mee en stelt dan onder meer: 'Dat appellante hare opvatting ten onrechte aandringt met een beroep op den aard der overeenkomst van inpandgeving, daar met die overeenkomst niet meer wordt beoogd dan den schuldeischer zekerheid te verschaffen van verhaal bij voorrang boven andere schuldeischers, eene zekerheid die, zoolang de zaak in de macht blijft van den pandhouder, door hare vervreemding niet wordt verminderd'.
89. Dit is naar mijn mening de betekenis van artikel 8:417 BW. In hoofdstuk 6 wordt de betekenis van art. 8:417 BW nader uitgewerkt. Over het cognossement als legitimatiepapier, zie onder meer Asser 3-I/Mijnssen 2006, nr. 293. Mijnssen 1983, p. 349. Zo ook al Kist 1866, p. 76, die het cognossement ziet als bewijs van het zakelijke recht, alhoewel hij dit naar mijn mening ten onrechte verklaart uit de verhouding vervoerder en cognossementhouder.

Is geen cognossement uitgegeven, dan legitimeert de macht over een zaak de houder ervan als rechthebbende van een zaak. Een houder wordt immers geacht voor zichzelf te houden (3:109 BW), wordt dus vermoed bezitter te zijn (3:107 BW). Een bezitter wordt vermoed rechthebbende te zijn (3:119 BW). Het bezit scheidt dus het vermoeden of schijn van eigendom.⁹⁰ Door bezitsverschaffing in het kader van een overdracht (3:90 BW) verkrijgt de koper het bezit van de zaak. Hij is dan in staat zich jegens derden als eigenaar te legitimeren.⁹¹

In het handelsverkeer gaat het echter steeds om levering van roerende zaken die onder een derde liggen, zoals een vervoerder. De legitimatie kan in een dergelijk geval niet geschieden door het uitoefenen van de macht over de zaak. De zaak bevindt zich immers ergens op volle zee. Met een cognossement kan dan toch worden bereikt dat de houder zich kan legitimeren als eigenaar van de zaken.⁹² De legitimatie geschiedt dan niet meer door het uitoefenen van de macht over de zaken, maar door het uitoefenen van de macht over het cognossement.

Op deze manier wordt duidelijk dat de rechtsgevolgen van de levering van een cognossement gelijk zijn aan de rechtsgevolgen van levering van roerende zaken door middel van bezitsverschaffing. In beide gevallen kan de verkrijger van de zaak of het cognossement zich legitimeren door de uitoefening van de macht over de zaak of het cognossement.⁹³

Het cognossement is dus een legitimatiepapier waarmee de houder ervan zich kan legitimeren als rechthebbende op een zaak (ondanks het feit dat de zaken onder een derde liggen). Dat betekent naar mijn mening dat een verkrijger van het cognossement mag afgaan op het cognossement en in beginsel alleen het cognossement behoeft te onderzoeken of er mogelijk sprake is van andere gerechtigden op het cognossement of de zaak, zoals een pandhouder.⁹⁴

90. Nieuwenhuis 1980, p. 23-24. De Haan 1946, p. 105-107. Van Schaick 2003, p. 2-3.

91. Nieuwenhuis 1980, p. 23-24. Füller 2006, p. 298.

92. Nieuwenhuis 1980, p. 31, 41. Rank-Berenschot 2001, p. 55-56, 58. Vgl. PG Boek 3 BW, p. 437 (art. 3:115 BW). Deze legitimatie geschiedt dan door middel van een drievoudig bewijsvermoeden. Het eerste vermoeden is neergelegd in art. 8:417 BW: levering van het cognossement geldt als levering van de zaken. Het artikel gebruikt het woord 'gelden', dat betekent naar mijn mening dat bedoeld wordt dat dezelfde rechtsgevolgen door middel van het cognossement bereikt moeten kunnen worden als door middel van de levering van de zaken het geval is. Vgl. Stengel 1975, p. 167-170. Het artikel bedoelt hiermee niet een alternatieve en exclusieve vorm van levering te introduceren. Uiteindelijk gaat het gewoon om een *traditio longa manu*. Zie over deze materie hoofdstuk 6. Met dezelfde rechtsgevolgen wordt dan bedoeld dat de houder van het cognossement zich hiermee kan legitimeren als eigenaar van de zaken. Het tweede bewijsvermoeden is daarom dat de houder van het cognossement de zaken voor zichzelf houdt en dus wordt vermoed bezitter te zijn (3:109 BW). Het derde bewijsvermoeden is dat de bezitter rechthebbende is van de zaken (3:119 BW).

93. Mijnsen 1983, p. 349-350. PG Boek 3 BW, p. 437. HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*). Naar mijn mening is dit een uitwerking van de rechtsregel uit art. 8:417 BW. Ik werk dat nader uit in hoofdstuk 6.

94. Het is deze opvatting die ook doorklinkt in de overwegingen van de Hoge Raad in *Bosman/Condorcamp* wanneer wordt verwezen naar artikel 8:414 BW, waarin is geregeld dat tegenbewijs tegen het cognossement niet is toegestaan wanneer het is overgedragen aan een derde te goeder trouw. Kennelijk bedoelt de Hoge Raad dit artikel, dat in beginsel alleen ziet op de verbintenisrechtelijke zijde van het cognossement, ook te betrekken op de goederenrechtelijke zijde van het cognossement. De opvatting dat de verkrijger van een cognossement ook moet onderzoeken of degene die de macht uitoefent op een zaak een zekerheidsrecht uitoefent, moet niet worden onderschreven omdat ze de rol van het cognossement als legitimatiepapier miskent. Het zou immers betekenen dat het cognossement de houder ervan niet afdoende legitimeert. Een consequente opvatting van het

De verkrijger van een cognossement die uit het cognossement niet opmaakt dat een pandrecht op de lading rust, en daar ook op andere wijze niet van afweet, kan een beroep doen op de goede trouw (3:86 BW). Hij wordt als derde te goeder trouw beschermd en verkrijgt daarmee de onbezwaarde eigendom. Hetzelfde geldt voor de pandhouder op cognossement. In het geval hij geen weet had van het bestaan van een pandrecht op de zaak, verkrijgt hij een pandrecht op cognossement dat voorgaat boven het pandrecht op de zaak (3:238 lid 2 BW).

In het tweede deel van de verklaring wordt een antwoord gezocht op de vraag indien de verkrijger van het cognossement, zoals in casu Condorcamp, wel weet heeft van het bestaan van een pandrecht op de lading. Hierbij zijn verschillende situaties denkbaar. In het eerste geval is het pandrecht opgetekend in het cognossement. In het tweede geval is het pandrecht niet vermeld in het cognossement, maar heeft de verkrijger van het cognossement op andere wijze wetenschap van het pandrecht verkregen. Men kan hier denken aan de situatie dat de pandhouder of vervreemder bij de overdracht mededeelt dat een pandrecht op de lading rust. De Hoge Raad doet het laatstgenoemde probleem mijns inziens minder juist af door op dit punt de bevoegdheid van de eigenaar in te perken: de eigenaar van de zaak mist de bevoegdheid om ten nadele van de cognossementhouder pandrecht op de zaak te vestigen zonder het cognossement in de macht van de pandhouder te brengen. Deze rechtsregel laat zich moeizaam verklaren vanuit het geldende recht en is naar mijn mening ook niet nodig.

Het uitgangspunt moet zijn dat bestaande goederenrechtelijke rechten op een zaak niet verloren gaan door een overdracht van de zaak. Heeft de verkrijger op de een of andere wijze wetenschap van het feit dat een pandrecht op de zaak rust, dan moet zij dit pandrecht tegen zich laten gelden. Het pandrecht gaat echter teniet in het geval de pandhouder toestemming geeft om de lading in eigendom over te dragen aan een derde. De eigenaar behoudt daarmee bevoegdheid om te beschikken over de onbezwaarde eigendom. In dat geval verkrijgt de cognossementhouder de onbezwaarde eigendom.

Een soortgelijk geval deed zich voor in het arrest *Nieuwe Matex*.⁹⁵ Hierin had de eigenaar Murochem een voorraad vloeistof, benzeen, opgeslagen bij een opslagbedrijf en vervolgens tot zekerheid overgedragen aan een bank. Murochem verkrijgt een ceel van het opslagbedrijf en draagt dit in eigendom over aan een derde, Easco. Een vraag die zich voordeed was of Easco wel een eigendomsrecht op de ceel en daarmee op de vloeistof had verkregen. Voor de beantwoording van deze vraag was het van belang dat Murochem met de bank was overeengekomen dat hij de bij de opslagmaatschappij aanwezige voorraden ten behoeve van zijn normale bedrijfsuitoefening mocht uitleveren aan derden. De Hoge Raad concludeert

cognossement als legitimatiepapier betekent dat verkrijgers mogen afgaan op de inhoud van het papier. Hiermee in overeenstemming is de opmerking van advocaat-generaal Huydecoper, ov. 11 van zijn conclusie onder HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (*EWL/Fortis*) die een eerder gevestigd stil pandrecht op de zaak geen effect laat hebben tegen de cognossementhouder. Hij wijst daarbij op het publiciteitsbeginsel. Ik heb dat hier de legitimerende werking van het cognossement genoemd.

95. HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*), m.nt. Van Schilfgaarde 1978.

daaruit dat Murochem bevoegd was om de ceel en daarmee de vloeistof over te dragen en dat Easco daarmee de eigendom van de vloeistof had verkregen.

De lijn ingezet met *Nieuwe Matex* had mijns inziens doorgetrokken kunnen worden naar het onderhavige arrest *Bosman/Condorcamp*. De vraag was dan of eigenaar Pemaco de bevoegdheid had om de onbezwaarde eigendom aan Condorcamp over te dragen. Dat moet niet worden uitgesloten, omdat door Bosman ingeschakelde lokale expediteurs een verhandelbaar FIATA-cognossement hebben afgegeven. Daarmee stemt Bosman in dat de lading zal worden verhandeld en zal Bosman wellicht dienovereenkomstig deze verhandelbaarheid niet willen frustreren door middel van een pandrecht op de lading. De conclusie kan echter ook zijn dat eigenaar Pemaco niet bevoegd was de onbezwaarde eigendom over te dragen, daarover nu meer.

Voor het geval de cognossementhouder onbevoegd is het cognossement onbelast te vervreemden of te bezwaren, en de verkrijger hiervan op de hoogte is, kan aansluiting worden gevonden bij het arrest *Hoogovens/Matex*.⁹⁶ In dat arrest werd overwogen dat een subkoper te goeder trouw kan zijn in het geval de koper onder eigendomsvoorbehoud de zaak doorlevert. Daarbij kan betekenis worden gehecht aan het verkeersbelang dat bescherming vereist van hem die geen reden heeft te twifelen aan het normaal tot afwikkeling komen van een koopovereenkomst, zoals dat in dit geval onder eigendomsvoorbehoud is gesloten tussen de verkoper en de eerste koper. Bij een normale afwikkeling van een zodanige koopovereenkomst mag er vanuit worden gegaan dat een koper, ondanks een eigendomsvoorbehoud, niet onbevoegd is tot doorlevering, hetzij omdat hij zijn leverancier tijdig heeft betaald, hetzij omdat de leverancier geen reden heeft zich te verzetten tegen een doorlevering, met het oog waarop, naar hij kon verwachten, de koopovereenkomst werd gesloten.

Dit arrest is van groot belang voor *Bosman/Condorcamp*. In *Hoogovens/Matex* speelde het verkeersbelang op de achtergrond een belangrijke rol, zoals in de overwegingen van de Hoge Raad naar voren komt. Hiervoor heb ik bij het arrest *Bosman/Condorcamp* ook betoogd dat het verkeersbelang een centrale rol speelt. Naar mijn mening kunnen de overwegingen uit *Hoogovens/Matex* daarom worden doorgetrokken naar het arrest *Bosman/Condorcamp*.⁹⁷ De rechtsregel kan dan als volgt tot uitdrukking worden gebracht. De verkrijger van een cognossement is te goeder trouw indien hij mocht verwachten dat het tot een normale afwikkeling zal komen van de expeditieovereenkomst, waarin het pandrecht was bedongen. De pandgever zal in dat geval bevoegd zijn tot overdracht van het cognossement, omdat de pandhouder geen reden heeft zich te verzetten tegen een doorlevering, met het oog waarop, naar hij kon verwachten, het cognossement werd afgegeven. Een uitzondering op deze regel is het geval wanneer het pandbeding in het cognossement is opgenomen.

96. HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 m.nt. WMK (*Hoogovens/Matex*). Aansluiting bij dit arrest ligt voor de hand, omdat, zoals eerder vermeld, de levering van een cognossement qua rechtsgevolgen overeenkomt met de levering van roerende zaken door middel van bezitsverschaffing.

97. Naar mijn mening behoeft daarom niet de oplossing te worden nagevolgd die Zwitser 2005, p. 194 oppert, namelijk dat het pandrecht uit de algemene voorwaarden van de logistieke dienstverleners moet worden ingeperkt op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

In dat geval kan de cognossementhouder verwachten dat de bedoeling van de pandhouder voorstaat om het pandrecht aan de ladingontvanger tegen te werpen. Passen we deze rechtsregel toe op *Bosman/Condorcamp*, dan moet in beginsel worden aangenomen dat Condorcamp te goeder trouw was zelfs al wist hij van het bestaan van het pandrecht. Twijfel aan zijn goede trouw kon in casu overigens bestaan, omdat de pandhouder Bosman had aangevoerd dat Pemaco en Condorcamp hadden samengespannen om aan het pandrecht van Bosman te ontkomen. Het kwam niet vast te staan. Zou dit echter wel komen vast te staan, dan wist Condorcamp dat het niet tot een normale afwikkeling zou komen van de expeditieovereenkomst, waarin het pandrecht was bedongen, en moest zij het pandrecht dulden.

De conclusie luidt dat de Hoge Raad terecht het vereiste van (beschikkings)bevoegdheid en het vestigingsvereiste noemt. Voor de vestiging van een pandrecht is macht over de zaak noodzakelijk. Door middel van de uitoefening van de macht kan de houder van de zaak zich legitimeren als een rechthebbende op de zaak. Na uitgifte van een cognossement kan deze legitimatie zich ook door middel van het cognossement voltrekken. Dit heeft tot gevolg dat de onderzoeksplicht van een verkrijger van het cognossement zich in beginsel slechts behoeft uit te strekken tot de inhoud van het cognossement, zodat niet meer behoeft te worden onderzocht in wiens macht de zaak zich bevindt. Een verkrijger van het cognossement is daarmee al snel te goeder trouw. Indien de verkrijger wel weet heeft van het bestaan van een ouder goederenrechtelijk recht op de zaak, zoals een pandrecht, dan volgt hieruit nog niet onmiddellijk dat de verkrijger geen beroep meer kan doen op de goeदे-trouwbescherming. De goede trouw dient zich dan te richten op de vraag of de vervreemder beschikkingsbevoegd is de onbezwaarde eigendom over te dragen of te verpanden, dan wel dat de verkrijger mocht menen dat het tot een normale afwikkeling zou komen van de overeenkomst waarin het pandrecht is bedongen. Daarmee wordt duidelijk dat de cognossementhouder al snel wordt beschermd. Een dergelijk resultaat is in overeenstemming met het belang van een vlot handelsverkeer. De verhandelbaarheid van de goederen door middel van het cognossement wordt immers niet gehinderd door de uitoefening van een pandrecht op de zaak.

5.3.3 Uitbreiding van *Bosman/Condorcamp* tot het gehele handelsverkeer ongewenst

In *Bosman/Condorcamp* ging het om een relativering van het pandrecht op de zaken ten opzichte van de verkrijger van het cognossement. Men zou natuurlijk een dergelijke relativering ten opzichte van de verkrijger kunnen uitbreiden tot het gehele handelsverkeer. Dan zou worden bereikt dat iedere logistieke dienstverlener die een pandrecht op de zaak heeft bedongen, zijn pandrecht niet kan tegenwerpen aan de verkrijger van diezelfde zaak. Denk bijvoorbeeld aan het vervoer onder vrachtbrief. Kan de vervoerder hier een pandrecht voor oude vorderingen tegenwerpen aan de geadresseerde of niet?

Een argument voor een dergelijke relativering van het pandrecht ten opzichte van de verkrijger van de zaak zijn de opmerkingen van de minister bij de vervoerrechtelijke retentierechten. Deze retentierechten zijn steeds beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op de zaak en strekken zich niet uit tot oude vorderingen. De minister achtte het te enen male onrechtvaardig dat een ontvanger die aan al zijn verplichtingen heeft voldaan, de hem toegezonden goederen niet kan ontvan-

gen, omdat uit overeenkomsten, waaraan hij volkomen vreemd is, nog verplichtingen voortvloeien van zijn afzender.⁹⁸ Deze situatie kan zich uiteraard niet alleen voordoen in het vervoer, maar in de gehele logistieke dienstverlening. Wanneer we dit argument willen toepassen op het pandrecht, dan zou dit betekenen dat of geen pandrecht tot stand dient te komen of slechts een pandrecht voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Dit zou dan kunnen worden bereikt door het inperken van de titel van het pandrecht in de algemene voorwaarden door middel van het instrument van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹⁹

Ik meen echter daartoe niet te moeten overgaan om de volgende redenen. In de eerste plaats moet worden bedacht dat het probleem niet groot is. Een pandrecht komt slechts tot stand in gevallen waarbij met een eigenaar (of een koper onder eigendomsvoorbehoud) wordt gecontracteerd. In het zeevervoer zal de zaak gewoonlijk aan de vervoerder worden overgegeven door een verzendexpediteur, zodat het pandrecht van de vervoerder niet tot stand komt.

In de tweede plaats is het verkeersbelang, dat zo'n belangrijke rol speelde in *Bosman/Condorcamp*, minder dominant in gevallen waarin geen cognossement is afgegeven. Bij een vrachtbrief wordt de zaak niet doorverkocht in een hele keten van kopers, maar moet de vervoerder afleveren aan de geadresseerde op de vrachtbrief. De vlotte verhandelbaarheid van de zaken staat daarmee minder op de voorgrond. In de derde plaats, in het geval het pandrecht tot stand komt, heeft de koper steeds verhaal op de verkoper omdat hij de verplichting heeft de zaak zonder last over te dragen (7:15 BW).¹⁰⁰ Daarbij moet worden bedacht dat de koper en de verkoper gewoonlijk handelen in dezelfde branche, bijvoorbeeld graan, olie of metaal, en elkaar zullen kennen.¹⁰¹ De koper kan daardoor beter het risico inschatten in hoeverre de verkoper verhaal biedt, dan zulks mogelijk is voor de dienstverlener. Het lijkt mij verder dat de koper in gevallen van wanbetaling meer druk kan uitoefenen op de verkoper, dan de logistieke dienstverlener kan doen. Het ligt dan voor de hand om de dienstverlener op alternatieve wijze te beschermen, namelijk door middel van een beroep op zijn pandrecht.

Dat de balans ten gunste van de vervoerder moet doorslaan is ook de opvatting van de wetgever in Boek 8 BW geweest, bij de regeling van het retentierecht in de binnenvaart en het wegvervoer. Het ging daarin om de vraag of de wegvervoerder of de binnenvaarder een retentierecht kan tegenwerpen aan de ladingontvanger voor vorderingen die de vervoerder op de afzender heeft. De minister achtte dat mogelijk, met de overweging dat het voor de ontvanger gemakkelijker zal zijn dan voor de vervoerder om de afzender tot betaling te krijgen.¹⁰² Deze ratio laat zich ook doortrekken naar het pandrecht van de vervoerder en is naar mijn mening niet alleen relevant voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak, maar ook voor oude vorderingen, dus voor vorderingen die de vervoerder uit eerdere vervoerovereenkomsten op de afzender heeft. In alle gevallen

98. PG Boek 8 BW, p. 1104 (art. 8:1131 BW).

99. Zwitser 2005, p. 193-194. Haak & Zwitser 2003, p. 381, 403, 405.

100. Artikel 7:15 BW. PG Boek 7, p. 113 (art. 7:15 BW). Art. 41 CISG. Engels recht: s. 12 lid 2 sub a Sale of Goods Act 1979. Duits recht: §§ 433 en 435 BGB.

101. Haak & Zwitser 2010, p. 13.

102. PG Boek 8 BW, p. 913, 914. PG Boek 8 BW, p. 1103 (art. 8:1131 BW).

lijkt het immers voor de koper gemakkelijker dan voor de logistieke dienstverlener om de verkoper tot betaling te bewegen.

In de vierde plaats moet worden bedacht dat de logistieke dienstverlener in veel gevallen een retentierecht voor oude vorderingen kan tegenwerpen aan de jongere derde (3:291 lid 1 BW). Het ligt dan voor de hand om ook een pandrecht voor oude vorderingen toe te staan.¹⁰³

De genoemde vier argumenten leiden tot de conclusie dat, zolang geen zakenrechtelijk waardepapier is afgegeven, de algemene regels van vermogensrecht gelden.¹⁰⁴ Dat betekent dat een pandrecht, als ouder recht, in beginsel aan een jongere derde kan worden tegengeworpen. Het pandrecht gaat immers niet teniet bij een latere overdracht van de zaak. De verkrijger van de zaak zal het pandrecht in beginsel kunnen kennen, doordat de zaak zich niet in de macht van de vervreemder bevindt. Het feit dat het niet gemakkelijk is om te onderzoeken in wiens macht de zaak zich bevindt, omdat partijen in verschillende landen woonachtig zijn, komt in beginsel voor rekening van de verkrijger en moet niet worden afgewenteld op de logistieke dienstverlener. De logistieke dienstverlener kan daarom jegens een verkrijger van de zaak een pandrecht tegenwerpen voor alle vorderingen waarvoor hij een pandrecht heeft bedongen.

5.3.4 Rangorde van goederenrechtelijke rechten

In het voorgaande stond de vraag centraal of een pandhouder zijn recht kan inroepen jegens de pandgever en een jongere derde-koper. Daarnaast kan zich ook de situatie voordoen dat de eigenaar de zaken meermaals heeft verpand. In dat geval kan een conflict ontstaan tussen de verschillende goederenrechtelijk gerechtigden op de zaak.

Een veelvoorkomende situatie is de volgende. De eigenaar heeft zijn handelsvoorraad stil verpand aan een bank, waarna hij hem op een later ogenblik laat opslaan bij een opslagbedrijf. Dit opslagbedrijf bedingt een vuistpandrecht. Het betreft hier een meervoudige verpanding. De rangorde tussen de verschillende pandrechten wordt dan bepaald door het tijdstip van vestiging. Deze regel staat bekend als de prioriteitsregel. De prioriteitsregel houdt in dat het eerder gevestigde pandrecht voorgaat boven het later gevestigde pandrecht. Na executie van het pandrecht mag daarom het eerder gevestigde pandrecht zich eerst uit de opbrengst voldoen, vervolgens het tweede, enzovoort.¹⁰⁵

Indien de tweede pandhouder het eerder gevestigde beperkte recht niet kende of behoorde te kennen, kan rangwisseling optreden (3:238 lid 2 BW). Een dergelijke rangwisseling kan slechts optreden als het eerder gevestigde beperkte recht een stil pandrecht betreft. Is het eerder gevestigde beperkte recht immers een vuistpandrecht, dan zal de uitoefening van de macht over de zaak met zich meebrengen dat

103. Mijn visie komt in deze overeen met het Duitse recht dat een pandrecht en een retentierecht toestaat voor oude vorderingen in geval met een eigenaar is gecontracteerd. Zie hoofdstuk 4 voor deze problematiek.

104. Het kan zijn dat in de (nabije) toekomst roerende zaken steeds meer op elektronische wijze worden verhandeld. In dergelijke gevallen kan het verkeersbelang aan belang winnen en wellicht eraan bijdragen dat aansluiting moet worden gezocht bij de boven uitgewerkte rechtsregels voor cognosementen.

105. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 128.

het recht bekend is aan jongere derden.¹⁰⁶ Rangwisseling treedt ook op voor die gevallen waarin de stille pandhouder aan de eigenaar de bevoegdheid geeft om de zaken te verpanden in de normale uitoefening van beroep of bedrijf.

Is een cognossement uitgegeven, dan moet naar mijn mening worden aangenomen dat de regel als neergelegd in het arrest *Bosman/Condorcamp* de prioriteitsregel bedoelt te doorbreken. Het gaat dan om het geval dat een eigenaar eerst een stil of vuistpandrecht op de zaken vestigt en vervolgens een pandrecht op het cognossement doet vestigen. Een pandrecht op het cognossement geldt als een pandrecht op de zaken (8:417 BW). Hoewel het pandrecht op het cognossement jonger is dan het pandrecht op de zaken, zal het ingevolge de regel uit *Bosman/Condorcamp* toch voorgaan. De eigenaar geeft immers de bevoegdheid prijs om ten nadele van de pandhouder op cognossement de zaken te verpanden door de zaken en niet de cognossementen in de macht van de pandhouder te brengen. De prioriteitsregel blijft wel gelden indien het pandrecht op de zaak uit het cognossement blijkt. In dat geval gaat het pandrecht op de zaken voor op het pandrecht op het cognossement.

Voor de verhouding tussen het retentierecht en een eerder of later gevestigd pandrecht moet artikel 3:292 BW in ogenschouw worden genomen. De retentor kan zijn vordering op de zaak verhalen met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. In beginsel zal de retentor daarom voorrang hebben boven een pandhouder op de zaak. Artikel 3:292 BW geldt ook voor de situatie dat een cognossement is afgegeven. In *Bosman/Condorcamp* merkt de Hoge Raad immers op dat de expediteur voldoende beschermd wordt door de mogelijkheden, geboden door de wet, om de kosten van deze verzending zelf op de zaken te verhalen. Naar ik vermoed wordt hiermee gewezen op een wettelijk retentierecht. Dat betekent dan dat een wettelijk retentierecht op de zaak steeds voorgaat boven een pandrecht op het cognossement.¹⁰⁷ *Bosman/Condorcamp* is daarmee in overeenstemming met de artikelen 3:291 BW jo. 3:292 BW.¹⁰⁸

5.3.5 Rechtsvergelijkende opmerkingen. Duits recht

De rechtsvergelijking kan summier blijven. In alle omliggende rechtstelsels heeft het pandrecht, als goederenrechtelijk recht, werking tegen alle derden die de zaak opeisen. Naar Duits recht kan de logistieke dienstverlener die met een eigenaar contracteert een pandrecht tegenwerpen aan een jongere derde, de koper, voor huidige én oude vorderingen.¹⁰⁹ Dat is in overeenstemming met het hierboven weergegeven Nederlandse recht.

106. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 129.

107. Evenzo moet worden aangenomen dat een retentierecht op de zaak voorgaat boven een retentierecht op het cognossement.

108. In het geval het gaat om een normale exploitatie aan de zaak kan de dienstverlener een retentierecht tegenwerpen aan een pandhouder met een ouder recht. PG Boek 3 BW, p. 884-885 (art. 3:291 BW). HR 1 mei 1964, NJ 1965, 339 m.nt. JHB; S&S 1966, 49 (*Echo*). Zie hoofdstuk 4.

109. Zie hoofdstuk 4 voor een uiteenzetting van het retentierecht uit § 369 HGB en het wettelijk pandrecht uit § 441 HGB. Het retentierecht en wettelijk pandrecht kunnen ook voor oude vorderingen aan de jongere derde worden tegengeworpen wanneer gecontracteerd is met een eigenaar. Wordt gecontracteerd met een eigenaar, dan komt ook het pandrecht uit het BGB (§ 1204 BGB) tot stand. Ook dit kan voor alle vorderingen waarvoor het pandrecht is bedongen, worden tegengeworpen aan de jongere derde. Voor de logistieke dienstverlener blijft dus steeds naast het pandrecht uit het HGB een beroep open op het pandrecht uit het BGB. De bepalingen staan alternatief ten opzichte van elkaar: de schuldeiser heeft de keuze. Schmidt 1999, p. 674.

Voor de situatie waarin een cognossement is uitgegeven, kent het Duitse recht een met artikel 8:417 BW vergelijkbaar artikel, § 650 HGB. De levering van het cognossement moet naar rechtsgevolgen gelijk worden gesteld aan de levering van roerende zaken.¹¹⁰ Vermeldt de pandhouder zijn pandrecht in het cognossement, dan kan hij zijn pandrecht aan de cognossementhouder tegenwerpen. Ook de vestiging van een pandrecht op de zaak dat niet uit het cognossement blijkt, blijft mogelijk. De verkrijger van het cognossement is echter al spoedig te goeder trouw, omdat hij op de inhoud van het cognossement mag afgaan.¹¹¹ Een eventueel pandrecht op de zaak gaat daarmee teniet. Wel behoudt de vervoerder een wettelijk pandrecht voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Hij kan dit wettelijke pandrecht dan ook aan de cognossementhouder tegenwerpen.¹¹²

5.4 Conclusie

Dit hoofdstuk heeft betrekking op de vraag in hoeverre de uitoefening van een pandrecht op de zaak het handelsverkeer kan verstoren en of hiervoor een rechtvaardiging is te vinden. Het ging daarbij steeds om het pandrecht van een logistieke dienstverlener op een zaak. Eerst is onderzocht in welke gevallen het pandrecht tot stand komt, immers alleen voor die gevallen is van belang in hoeverre het handelsverkeer erdoor wordt verstoord. Vervolgens kwam de uitoefening van het pandrecht aan de orde, waarbij met name de derdenwerking van het pandrecht jegens een verkrijger van de zaak is bekeken.

Een van de voorwaarden voor totstandkoming van het pandrecht is dat er sprake moet zijn van een beschikkingsbevoegde pandgever. Daarmee kan het pandrecht een minder grote rol in het handelsverkeer vervullen dan het retentierecht. In veel gevallen wordt immers gecontracteerd met een logistieke dienstverlener en zal daarom geen pandrecht tot stand komen wegens beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever. Een pandrecht komt wel tot stand in het geval er wordt gecontracteerd met een eigenaar. Een pandrecht komt ook tot stand indien de pandgever een koper onder eigendomsvoorbehoud is, het pandrecht komt dan tot stand onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs en kan worden tegengeworpen aan iedere derde, uitgezonderd de eigenaar. Is de pandhouder te goeder trouw dan kan het pandrecht ook worden tegengeworpen aan de eigenaar. Een pandhouderschuldeiser is te goeder trouw in het geval hij meende met een eigenaar te contracteren of wanneer hij mocht menen dat het tot een normale afwikkeling van de koopovereenkomst zou komen, waarbij de schuldeiser mocht verwachten dat de koper onder eigendomsvoorbehoud niet onbevoegd was tot doorlevering omdat

110. Zie hoofdstuk 6 voor een uiteenzetting, waarbij wordt ingegaan op de opvattingen van Stengel en Canaris.

111. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363 HGB, nr. 124-125 met betrekking tot de schuldenaar uit het papier, maar met een andere opvatting in nr. 127 voor derden die de zaak onder zich hebben. Koller 2010, § 448 HGB, nr. 1-3. Stengel 1975, p. 121-122, 130-131 onder verwijzing naar § 364 lid 2 HGB, wat overeenkomt met art. 8:414 BW. Prüssmann/Rabe 2000, § 650 HGB, nr. 6, 13 stelt dat het pandrecht van de derde op de zaak in beginsel blijft bestaan na overgave van het cognossement. De cognossementhouder is echter snel te goeder trouw wanneer het pandrecht niet uit het cognossement blijkt.

112. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363 HGB, nr. 126. Koller 2010, § 448 HGB, nr. 3. Stengel 1975, p. 123. Prüssmann/Rabe 2000, § 650 HGB, nr. 13.

de verkoper-eigenaar geen reden heeft zich te verzetten tegen de vestiging van het pandrecht.

Kort gezegd leidt het geldende recht ertoe dat een pandrecht in ieder geval tot stand komt wanneer is gecontracteerd met een eigenaar of koper onder eigendomsvoorbehoud. Een pandrecht komt in beginsel niet tot stand wanneer een logistieke dienstverlener als pandgever optreedt.

In dit hoofdstuk heb ik betoogd dat in het geldende recht geen verandering gewenst is. De reden is de volgende. Een pandrecht kan worden bedongen voor alle vorderingen die de logistieke dienstverlener op zijn wederpartij heeft. Het gaat dan niet alleen om vorderingen die betrekking hebben op de zaak (huidige vorderingen), maar ook om vorderingen op zaken die de dienstverlener in het verleden onder zich heeft gehad (oude vorderingen). Steeds moet daarom worden bedacht dat als het pandrecht tot stand komt, het in beginsel ook ingeroepen kan worden tot zekerheid van oude vorderingen. Een pandrecht voor oude vorderingen moet daarom worden vergeleken met een retentierecht voor oude vorderingen. In die gevallen waarin het pandrecht niet tot stand komt, omdat een logistieke dienstverlener niet bevoegd was tot het verpanden van de zaak, kan, zo is in hoofdstuk 4 uiteengezet, alleen een retentierecht tot stand komen voor huidige vorderingen. Daar is betoogd dat uitbreiding niet gewenst is, omdat uitbreiding ten koste gaat van derden in het handelsverkeer. Het pandrecht verdient daarom ook geen uitbreiding.

In de gevallen dat wordt gecontracteerd met een eigenaar of een koper onder eigendomsvoorbehoud komt een pandrecht tot stand, voor zover dat is bedongen. Het pandrecht kan in dat geval aan jongere derden (kopers van de lading) worden tegengeworpen voor huidige en oude vorderingen. In hoofdstuk 4 is uiteengezet dat artikel 3:291 lid 1 BW dezelfde rechtsgevolgen heeft. Inperking van het pand- en retentierecht is niet nodig, omdat de koper in deze gevallen gemakkelijker verhaal kan zoeken op de verkoper, dan zulks mogelijk is voor de logistieke dienstverlener. Het belang van de dienstverlener op voldoende zekerheid weegt daarom zwaarder dan het belang van de koper in het verkrijgen van onbezwaarde eigendom. Hiermee is een rechtvaardiging gevonden waarom de uitoefening van het pandrecht in deze gevallen het (vlot) handelsverkeer kan verstoren. Het geldende recht behoeft daarom op dit punt geen wijziging.

Een uitzondering op het bovengenoemde resultaat bepleit ik in het geval een pandrecht op de lading is gevestigd en tevens een cognossement is afgegeven. Een cognossement wordt gewoonlijk afgegeven om de zaken gemakkelijk verhandelbaar te maken. De uitoefening van een pandrecht op de zaak door de vervoerder zou dit gemakkelijk kunnen verstoren. Het verkeersbelang vereist daarom dat het pandrecht niet zomaar aan de cognossementhouder kan worden tegengeworpen. Uit de algemene regels van vermogensrecht vloeit echter voort dat de schuldeiser zijn pandrecht, als absoluut recht, kan tegenwerpen aan iedere derde en daarmee ook aan de cognossementhouder. Naar aanleiding van het arrest *Bosman/Condorcamp*, is daarom betoogd dat spoedig moet worden aangenomen dat de cognossementhouder te goeder trouw is aan de bevoegdheid van zijn wederpartij om de zaken onder cognossement onbezwaard te vervreemden. Het belang van de verkrijger van het cognossement weegt in deze gevallen zwaarder dan het belang van de logistieke dienstverlener in de uitoefening van zijn pandrecht.

Hoofdstuk 6

Pandrecht op cognossement

6.1 Inleiding

In de praktijk wordt geregeld een pandrecht op cognossement bedongen, in het bijzonder door de expediteur en de bank. Het belang van een pandrecht op cognossement door de bank komt naar voren in gevallen waarin sprake is van een documentair krediet.¹ Een koper geeft daarbij opdracht aan de bank om uit te betalen aan de verkoper op het moment dat de verkoper bepaalde documenten aan de bank presenteert.² De bank heeft bij een documentair krediet een zelfstandige verplichting om uit te betalen na presentatie van de juiste documenten door de verkoper. Van deze documenten zal in de meeste gevallen een cognossement deel uitmaken. Het cognossement is een vervoerdocument dat door de vervoerder op verlangen van zijn wederpartij, de afzender, wordt afgegeven.³ Omdat de bank na de betaling aan de verkoper het risico loopt dat de koper geen verhaal biedt, zal de bank tot zekerheid een pandrecht op het cognossement bedingen.⁴ Gewoonlijk bedingt de bank ook op andere wijze zekerheid, zodat het pandrecht op het cognossement met name bedoeld is om de zekerheidspositie van de bank verder te versterken.⁵

Niet alleen banken krijgen het cognossement onder zich, ook de expediteur krijgt in bepaalde gevallen een cognossement onder zich. Treedt een verzendexpediteur op als afzender, dan geeft de vervoerder het cognossement aan hem af (8:399 BW). In zijn algemene voorwaarden bedingt hij een pandrecht op het cognossement.⁶ Hetzelfde geldt voor de ontvangstexpediteur. Nadat het vervoer is voltooid en het schip in de bestemmingshaven is aangekomen, kan door middel van presentatie en afgifte van het cognossement worden bereikt dat de vervoerder overgaat tot af-

1. Het documentair incasso wordt in dit boek niet behandeld.
2. De overeenkomst tussen de koper en de bank is een overeenkomst van opdracht, meer specifiek lastgeving. HR 31 mei 1974, *NJ* 1976, 309 m.nt. BW (*African Continental Bank/Dieleman*). Boon 1997, p. 169-170. Haak & Zwitser 2010, p. 95. Over het documentair krediet: Haak & Zwitser 2010, p. 91-95. Boon 1997. Dehouck 2007. Schmitthoff/Murray/Holloway/Timson-Hunt 2007, nr. 11-001 e.v. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 37 e.v. Benjamin/Guest 2006, nr. 23-001 e.v.
3. Vgl. de art. 8:44 BW (multimodaal vervoer), 8:399 BW (zeevervoer) en 8:916 BW (binnenvaart). Ook als de expediteur geen afzender is, zal hij het cognossement geregeld onder zich krijgen. Bijvoorbeeld als hij het cognossement in naam van de afzender in ontvangst neemt, zoals naar voren komt in HR 27 januari 1995, *NJ* 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Verder zal bij een FOB-koop, waar de koper als afzender optreedt, de verkoper of diens expediteur het cognossement van de vervoerder willen ontvangen. Voor de FOB-koop en het recht van de verkoper, zie Zwitser 2008a. Van der Ziel 1999, p. 14, 25. Claringbould 1996, p. 31 e.v. Boonk 1993, p. 23-27. Loeff 1981, p. 26 e.v.
4. Het betreft het pandrecht als opgenomen in art. 24 Algemene Bankvoorwaarden 2009. Vgl. Boon 1997, p. 353.
5. De zekerheid op het cognossement geldt als een aanvullende zekerheid, zie hierna hoofdstuk 6, § 6.4.1.
6. Art. 19 Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004).

levering van de lading. De koper van de zaken zal het cognossement gewoonlijk niet zelf presenteren, maar laat dit doen door zijn ontvangstexpediteur. De ontvangstexpediteur zal daarom het cognossement onder zich krijgen en daarop een pandrecht bedingen. Tenslotte kan ook een douane-expediteur het cognossement onder zich krijgen.⁷

Zowel de bank als de expediteur bedingt dus een pandrecht op het cognossement. Een geldig pandrecht op het cognossement brengt twee belangrijke rechtsgevolgen met zich mee. In de eerste plaats leidt het pandrecht ertoe dat de pandhouder een recht heeft op aflevering van de zaken (8:441 BW).⁸ Hij kan dus aflevering van de in het cognossement genoemde lading van de vervoerder vorderen. De wet wijst hem daartoe aan als recht- en regelmatig houder van het cognossement. In de tweede plaats brengt het pandrecht op cognossement in de praktijk met zich mee dat een pandrecht op de roerende zaken die onder de vervoerder liggen, wordt verkregen (8:417 BW).⁹ Aan de overgifte van het cognossement in pand zal namelijk in het gewone geval tevens de bedoeling van partijen ten grondslag liggen om de in het cognossement genoemde lading in pand te geven.¹⁰ Het pandrecht op het cognossement geldt daarmee als een pandrecht op de zaken.

De centrale onderzoeksvraag in dit boek stelt, onder meer, de vraag naar de betekenis van het pandrecht in het handelsverkeer aan de orde. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzocht wat de rol is van het pandrecht op cognossement in het handelsverkeer. De uitoefening van een pandrecht op cognossement kan het handelsverkeer verstoren. De vervoerder mag in beginsel niet afleveren aan een ander dan de cognossementhouder (8:441 BW). Bovendien kan de cognossementhouder zich verhalen op de verpande zaken (8:417 BW). De pandhouder op cognossement kan daarmee voorkomen dat de koper en eventuele subkopers de lading onder zich krijgen.

Toch lijkt de potentiële inbreuk op een vlot handelsverkeer aanvaardbaar. Een pandrecht komt immers alleen tot stand voor zover het overeengekomen is met een beschikkingsbevoegd persoon, in de praktijk de eigenaar van de lading. De eigenaar stemt dus in met de totstandkoming van een pandrecht op het cognossement en daarmee aanvaardt de eigenaar dat een verstoring van het handelsverkeer het gevolg kan zijn. De eigenaar is na de totstandkoming van het pandrecht niet bevoegd om de onbezwaarde eigendom over te dragen. De koper en eventuele subkopers zullen daar ook van op de hoogte (kunnen) zijn, omdat de lading wordt verhandeld door middel van het cognossement. In het geval de verkoper het cognossement niet kan overgeven omdat een derde het cognossement in zijn macht heeft en houdt, zal de (sub)koper dus kunnen weten dat er mogelijk een zekerheidsrecht op het cognossement, en daarmee op de lading, rust. Het is dan aan hem om te bepalen of hij overgaat tot dan wel afziet van het sluiten van een koopovereenkomst. Omdat de eigenaar instemt met het pandrecht en (sub)kopers in beginsel met het pandrecht bekend (kunnen) zijn, zal ik in het vervolg aannemen dat een

7. Vgl. HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (EWL/Fortis). Zie hoofdstuk 7.

8. Art. 8:51 lid 1 BW (multimodaal vervoer), 8:441 lid 1 BW (zeevervoer) en 8:940 lid 1 BW (binnenvaart).

9. Art. 7:607 BW (ceel bewaarnemer), 8:50 BW (multimodaal vervoer), 8:417 BW (zeevervoer) en 8:924 BW (binnenvaart). Een *delivery order* wordt met een cognossement gelijkgesteld (8:482 BW).

10. Aan het vereiste van een geldige titel tot verpanding is daarom meestal voldaan. Voor een geval waarin een geldige titel tot verpanding ontbreekt, zie hierna *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD) en [1993] 2 Lloyd's Rep. 542 (CA), als besproken in hoofdstuk 6, § 6.5.4.

pandrecht op cognossement het handelsverkeer niet op onaanvaardbare wijze verstoort. Dit is naar mijn mening zowel het geval voor de uitoefening van een pandrecht door de bank, als voor de verzend- of ontvangstexpediteur. In alle gevallen stemt de eigenaar immers met het pandrecht in.¹¹

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt echter ook duidelijk dat het pandrecht op het cognossement niet steeds tot stand komt. Het probleem speelt vooral bij de vestiging van een pandrecht op een ordercognossement, hiervoor is naast machtsverschaffing tevens endossement vereist (3:236 BW). Het endossement is een op het waardepapier geplaatste mededeling van de vervreemder dat hij het cognossement overdraagt. In de praktijk komt het voor dat het endossement ontbreekt of verkeerd is geplaatst. Een pandrecht komt dan niet tot stand.

Een andere voorwaarde voor de totstandkoming van het pandrecht is de aanwezigheid van een beschikkingsbevoegde pandgever. Deze problematiek speelt vooral bij banken bij een documentair krediet. Bij een documentair krediet wordt soms gebruikgemaakt van de diensten van meerdere banken. De vraag kan dan opkomen of al deze banken wel een pandrecht op het cognossement verkrijgen.

Ook als het pandrecht op cognossement eenmaal tot stand komt, kan de betekenis van het pandrecht onzeker zijn. De vervoerder kan hebben afgeleverd aan een ander dan de cognossementhouder. Kan een pandrecht op het cognossement in dat geval nog wel de bovengenoemde rechtsgevolgen met zich meebrengen, namelijk een recht op aflevering van de zaken en een recht op de zaken? Hetzelfde geldt voor het geval de pandhouder op het cognossement niet alle cognossementexemplaren onder zich heeft. In de praktijk worden meestal twee of meer exemplaren van het cognossement afgegeven. Heeft de pandhouder in het geval hij niet alle exemplaren onder zich heeft wel een recht op aflevering van de zaken en een recht op de zaken?

Met het voorgaande zijn alle problemen genoemd. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 6.2 wordt ingegaan op het recht op aflevering van de zaken. Daarbij wordt het arrest *Heliopolis Star* behandeld, dat voor het onderhavige onderwerp van groot belang is, hierin werd namelijk geoordeeld dat een verzendexpediteur geen pandrecht op het cognossement had verkregen ondanks het feit dat hij het cognossement onder zich had.¹² In paragraaf 6.3 komt het tweede rechtsgevolg van een pandrecht op cognossement aan de orde, de pandhouder op cognossement verkrijgt immers, voor zover overeengekomen, tevens een pandrecht op de zaken. In paragraaf 6.4 wordt het probleem behandeld of de banken die betrokken zijn bij een documentair krediet een pandrecht op het cognossement verkrijgen. Paragraaf 6.5 heeft betrekking op de vraag of de pandhouder op cognossement zijn rechten uit het cognossement verliest op het moment dat de vervoerder aflevert aan een ander dan de cognossementhouder. Paragraaf 6.6 geeft antwoord op de vraag welke rechten uit het cognossement de pandhouder toekomen in het geval

11. Men zou uiteraard ook kunnen betogen dat een pandrecht voor de verzendexpediteur in alle gevallen ongeoorloofd is, omdat hij daarmee een vlot handelsverkeer kan verhinderen. Naar mijn mening moet echter ervan uitgegaan worden dat een overeenstemmende wil van contractspartijen steeds van groter gewicht is dan het verkeersbelang. De instemming van de eigenaar met het pandrecht weegt daarom naar mijn mening zwaarder dan het belang van een vlot handelsverkeer. Zie ook hierna hoofdstuk 6, § 6.2.2.3.

12. HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*).

de pandhouder niet alle cognossementemplaren onder zich heeft. Paragraaf 6.7 besluit met een conclusie.

6.2 Het recht op aflevering van de zaken

6.2.1 Artikel 8:441 lid 1 BW. Cessie of derdenbeding

Artikel 8:441 lid 1 BW geeft de recht- en regelmatige houder van het cognossement het recht aflevering van de zaken van de vervoerder te vorderen. Dit recht op aflevering van de zaken is een recht uit de vervoerovereenkomst. Het artikellid luidt als volgt:

Artikel 8:441 lid 1 BW

Indien een cognossement is afgegeven, heeft uitsluitend de regelmatige houder daarvan, tenzij hij niet op rechtmatige wijze houder is geworden, jegens de vervoerder onder het cognossement het recht aflevering van de zaken overeenkomstig de op de vervoerder rustende verplichtingen te vorderen (...).

De wet onderscheidt daarmee het rechtmatige en het regelmatige houderschap. Het rechtmatige houderschap kan worden gelijkgesteld met de materiële legitimatie uit het algemene waardepapierenrecht. Hiermee wordt bedoeld de rechthebbende op het papier aan te duiden. De rechtmatige houder van het cognossement kan daarom worden omschreven als de houder van het cognossement aan wie het in het cognossement vervatte recht op aflevering van de zaken toekomt als gevolg van een door het recht toegestane wijze van schuldeiservervanging.¹³ De, hier niet limitatief opgesomde, door het recht toegestane manieren zijn de overdracht, de verpanding en de lastgeving.¹⁴ De pandhouder op het cognossement is daarmee tevens een rechtmatig houder van het cognossement.¹⁵ Als rechtmatig houder van het cognossement heeft de pandhouder het recht op aflevering van de zaken. Artikel 8:441 lid 1 BW noemt naast het rechtmatige houderschap ook het regelmatige houderschap. Het regelmatige houderschap moet gelijk worden gesteld met het begrip formele legitimatie uit het algemene waardepapierenrecht. Het gaat hierbij om een bewijsvermoeden. De inhoud van het papier legitimeert de houder ervan als rechthebbende, tot op het moment dat tegenbewijs wordt geleverd.¹⁶ Wie regelmatig houder is, wordt helder omschreven door Molengraaff.

13. Claringbould 1998, p. 24 geeft de volgende definitie: 'Het op rechtmatige wijze houden van het cognossement houdt niet alleen in dat het cognossement als stuk papier maar ook het in het cognossement belichaamde recht op aflevering krachtens geldige titel in de zin van art. 3:84 BW door een beschikkingsbevoegde geleverd moet zijn.' Zo ook Claringbould in zijn noot onder *Heliopolis Star*, nr. 7. Zie verder over de rechtmatige houder, Claringbould 1996, p. 14-17 en Mahmoud & Margetson 2004, p. 148-150.
14. Cleveringa 1961, p. 618. Claringbould 1996, p. 17. Claringbould 1998, p. 24. Men zou verder kunnen denken aan het recht van vruchtgebruik. In de praktijk zal een recht van vruchtgebruik op cognossement waarschijnlijk niet voorkomen.
15. Claringbould 1996, p. 17. Anders: Koot 2002, p. 125 (noot 10) en p. 126 (noot 25). Meer in het algemeen: Mahmoud & Margetson 2004, p. 177 e.v.
16. Zwitser 2006a, p. 53. Mulder 2000, p. 26. Scheltema/Wiarda 1969, p. 112. De Hoge Raad, in het nog te bespreken arrest *Heliopolis Star*, overweegt dat de regelmatige houder degene is die overeenkomstig de inhoud van het cognossement als houder is gelegitimeerd (r.o. 3.3.3). Dezelfde gedachte is te vinden bij advocaat-generaal Asser, ov. 2.8 van zijn conclusie, en verwijst daarbij onder meer naar

‘Regelmatig houder is de in het cognossement genoemde afzender (de nemer van het cognossement) of, bij een cognossement op naam: de daarin bij name aangewezen geadresseerde; bij een cognossement aan order: de door een regelmatige reeks endossementen aangewezen houder, en, bij een cognossement aan toonder: de toonder.’¹⁷

Bij een ordercognossement gaat het dus om houderschap van het cognossement, waarbij tevens vereist wordt een regelmatige reeks endossementen, waarbij het laatste endossement de houder van het cognossement aanwijst.

Een letterlijke lezing van artikel 8:441 lid 1 BW brengt met zich mee dat het onvoldoende is dat iemand het cognossement ten titel van pand onder zich houdt, dus rechtmatig houder is. Het recht op aflevering kan naar artikel 8:441 lid 1 BW bepaalt, jegens de vervoerder in beginsel alleen dan worden ingeroepen indien hij tevens regelmatig houder is van het cognossement.¹⁸ Verderop zal ik betogen dat de nadruk op het rechtmatige houderschap moet liggen en niet op het regelmatige houderschap. Het is immers de rechtmatige houder die rechthebbende is van het recht op aflevering van de zaken en daarom de bevoegdheid heeft de zaken van de vervoerder op te eisen. Het regelmatige houderschap geeft slechts bewijs van dit rechtmatige houderschap.¹⁹

Daarom moet nader worden onderzocht op welke wijze de pandhouder rechtmatig houder wordt van het cognossement of, anders gezegd, wanneer de pandhouder als schuldeiser het recht op aflevering van de zaken kan inroepen. Het recht reikt twee manieren aan waarop schuldeiservervanging kan plaatsvinden: op goederenrechtelijke dan wel verbintenisrechtelijke wijze.²⁰ Beide manieren worden achtereenvolgens behandeld.

De wetgever is uitgegaan van een goederenrechtelijke wijze van verpanding van vorderingsrechten.²¹ De wet bepaalt immers dat voor de totstandkoming van een pandrecht noodzakelijk is een geldige titel, een beschikkingsbevoegde pandgever en een vestigingshandeling (3:98 jo. 3:84 BW). De vestigingshandeling is verder geregeld in artikel 3:236 BW, waar de wijze van vestiging van een pandrecht op een recht op naam, aan toonder of aan order is geregeld. Artikel 3:236 BW luidt als volgt:

Cleveringa 1961, p. 617. Kritisch hierover: Claringbould in zijn noot, nr. 2, die stelt dat Cleveringa daar slechts doelt op de processuele of formele abstractie. Dat is juist, maar naar mijn mening moet de verwantschap tussen de processuele abstractie en de formele legitimatie niet uit het oog worden verloren. In beide gevallen wordt immers bedoeld hetzelfde uit te drukken: namelijk dat de houder van het papier niet de onderliggende rechtsverhouding behoeft te stellen en te bewijzen. Vgl.

- Zwitser 2006a, p. 53. De verwijzing van de A-G Asser acht ik dan ook gerechtvaardigd.
17. Molengraaff 1927, p. 204. De passage wordt nog altijd aangehaald, bijvoorbeeld door Claringbould 1996, p. 9-10 en Mahmoud & Margetson 2004, p. 149.
 18. Vgl. Claringbould, noot onder *Heliopolis Star*: ‘Het recht op aflevering komt niet toe aan iemand die het cognossement, een stuk papier, ten titel van pand onder zich houdt zonder dat hij regelmatige cognossementhouder is.’
 19. Eenzelfde opvatting is te vinden bij Cleveringa 1961, p. 622.
 20. Vgl. Thiel 1903, p. 270 e.v., m.n. p. 295, 297, 301. Wiarda 1937, p. 94. Zwitser 2006a, p. 25. Een verbintenisrechtelijke opvatting van de cessie is gemeengoed in het Duitse recht (§ 398 BGB).
 21. Vgl. Zwitser 2006a, p. 27.

Artikel 3:236 BW

1. Pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder of order, of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht, wordt gevestigd door de zaak of het toonder- of orderpapier te brengen in de macht van de pandhouder of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen. De vestiging van een pandrecht op een recht aan order of op het vruchtgebruik daarvan vereist tevens endossement.

2. Op andere goederen wordt pandrecht gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald.

Voor het vestigen van een pandrecht op een recht aan toonder moet het toonderpapier in de macht van de pandhouder worden gebracht.²² Voor het vestigen van een pandrecht op een orderpapier is tevens endossement vereist. Een pandrecht op een recht op naam wordt gevestigd door middel van een cessie (3:236 lid 2 jo. 3:94 BW). Vereist is dan een akte van cessie en mededeling aan de schuldenaar.²³ Schuldeiservervanging kan ook worden bereikt op verbintenisrechtelijke wijze. In dit kader moet worden gewezen op de regeling van het derdenbeding in de wet (6:253-256 BW). Bij deze rechtsfiguur wordt niet een recht op afgifte van de zaken overgedragen, maar verkrijgt de cognossementhouder een eigen recht. De vervoerovereenkomst, als neergelegd in het cognossement, bevat een aanbod van de vervoerder die vervolgens door de cognossementhouder kan worden aanvaard. Met het aanvaarden van het beding wordt hij partij bij de vervoerovereenkomst en kan hij aflevering van de zaken vorderen. Ook op deze manier wordt de cognossementhouder schuldeiser ten aanzien van het recht op aflevering van de zaken. De heersende leer ziet het derdenbeding als de dogmatische constructie waarmee wordt verklaard dat de derde-cognossementhouder een recht uit de vervoerovereenkomst kan uitoefenen.²⁴ De derde treedt met de aanvaarding van het derdenbeding toe tot de vervoerovereenkomst en kan daarna als schuldeiser het recht op aflevering van de zaken uit de vervoerovereenkomst inroepen.

Op deze plaats moet dan de vraag worden beantwoord op welke wijze de pandhouder op het cognossement schuldeiser van het recht op aflevering wordt. Is dat door middel van een verpanding van het recht op aflevering in de zin van artikel 3:236

22. Of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen. In dit hoofdstuk wordt deze mogelijkheid buiten beschouwing gelaten.

23. Artikel 3:94 lid 1 BW: de openbare cessie. Met de wet van 30 juni 2004, Stb. 2004, 314 is ook de stille cessie geregeld in art. 3:94 lid 3 BW. Voldoende is dan een authentieke of geregistreerde onderhandse akte zonder mededeling aan de schuldenaar. De verkrijger kan echter niet het recht op naam uitoefenen dan na mededeling aan de schuldenaar. Zie over de stille cessie, het bijzondere nummer in het WPNR van 2003 (nr. 6546). Het lijkt theoretisch mogelijk dat de akte bij een openbare cessie op de achterkant van het cognossement wordt aangetekend. Vgl. Van der Lelij 1996, p. 52. Claringbould, noot onder *Heliopolis Star*, nr. 3. Op deze wijze wordt het cognossement op naam gemakkelijk verhandelbaar. Waarschijnlijk zal de praktijk van deze mogelijkheid geen gebruikmaken.

24. PG Boek 8 BW, p. 474 (art. 8:441 BW). HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; *S&S* 2001, 37 (*Eendracht*). HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; *S&S* 2003, 62 (*Ladoga 15*). Cleveringa 1961, p. 600. Claringbould 1996, p. 8. Zwitser 2000c, p. 142-143. Zwitser 2006a, p. 27. Rechtsvergelijkend: Smeele 2009. Anders: Cahen 1964, p. 5-10, hij beschrijft het derdenbeding als heersende leer, maar kiest zelf voor de kwalitatieve verbintenis. Loeff 1981, p. 48-49. Boonk 1993, p. 10 e.v. Van der Ziel 1999, p. 7. Van Huizen 1999a, p. 74. Van Huizen 1999b, p. 511-513. Huizink 1998, p. 15.

BW of gebeurt dat door het aanvaarden van een daartoe strekkend derdenbeding? Beide benaderingen zijn principieel onverzoenbaar: of er is sprake van een goederenrechtelijke wijze van overgang van het vorderingsrecht of de schuldeiser heeft een eigen recht dat niet ontleend is aan zijn rechtsvoorganger.²⁵ Naar mijn mening kan de economische werkelijkheid beter worden verklaard met een derdenbeding, dan door middel van een cessie mogelijk is. In het navolgende zal ik daarom ervan uitgaan dat de pandhouder schuldeiser wordt van het recht op aflevering van de zaken na toetreding tot de vervoerovereenkomst. Een goederenrechtelijke verklaring van overgang van vorderingen, door middel van een cessie, kan minder goed alle mogelijke rechtsgevolgen verklaren en verdient daarom niet de voorkeur.

Het standpunt dat een derdenbeding meer in overeenstemming is met de economische werkelijkheid dan een cessie, kan als volgt worden onderbouwd. Vooraf moet worden gesteld dat de rechtsgevolgen van het derdenbeding en die van de cessie niet geheel gelijk zijn.²⁶ In de eerste plaats zijn voor een goederenrechtelijke wijze van overdracht of verpanding van een vordering vormvereisten noodzakelijk om de overdracht of verpanding te bewerkstelligen. Bij een recht aan order is endossement vereist (3:93 BW, 3:236 BW). Bij een recht op naam is een akte van cessie vereist (3:94 BW). De toetreding van een derde tot de vervoerovereenkomst geschiedt echter vormvrij. Het endossement is hiervoor niet constitutief. In de tweede plaats kan worden verklaard dat de derde niet alleen rechten uit de vervoerovereenkomst kan uitoefenen, maar ook gebonden raakt aan plichten, zoals het betalen van de vracht. Het derdenbeding kan dit verklaren doordat de derde partij wordt bij de vervoerovereenkomst en daarmee ook gebonden kan raken aan plichten die voortvloeien uit de overeenkomst. De cessie kan echter alleen verklaren dat een recht overgaat. In de derde plaats kan worden verklaard op welk ogenblik de derde het recht op aflevering kan uitoefenen. De cessieconstructie heeft tot gevolg dat de verkrijger van het cognossement rechthebbende wordt op het moment dat hij het cognossement onder zich krijgt. Meestal wordt echter geleerd dat de cognossementhouder pas op het moment van presentatie van het cognossement toetreedt tot de vervoerovereenkomst. Het derden-

25. Soms wordt wel gedacht dat een goederenrechtelijke en een verbintenisrechtelijke wijze van schuldeiservervanging kan worden gecombineerd. Het recht op aflevering gaat in deze opvatting over op goederenrechtelijke wijze, door middel van een cessie, maar de rechthebbende kan zijn recht pas uitoefenen jegens de vervoerder na aanvaarding van het derdenbeding. Deze opvatting lijkt mij onjuist. Indien het recht op aflevering op de verkrijger van het cognossement is overgegaan, dan is hij daarmee rechthebbende op de vordering en is toetreding tot de vervoerovereenkomst niet meer nodig. Minder juist lijkt mij ook de gedachte dat de verkrijger van het cognossement een recht op afgifte van de zaken krijgt onder voorwaarde van presentatie van het cognossement. Het presenteren van het cognossement kan dan echter niet worden gezien als een aanvaarding van een derdenbeding, maar als een vervulling van de (opschortende) voorwaarde. Ook deze constructie strijdt daarmee tegen de heersende leer dat aan de toetreding tot de vervoerovereenkomst een derdenbeding ten grondslag ligt.

Hetzelfde geldt voor de constructie dat het recht op afgifte slechts kan overgaan door middel van een cessie, terwijl de gebondenheid aan andere rechten en plichten uit de vervoerovereenkomst geschiedt door de aanvaarding van een derdenbeding. Deze constructie verliest uit het oog dat ook het recht op afgifte deel uitmaakt van de vervoerovereenkomst.

26. Een bespreking van de verschillen is te vinden bij Zwitser 2006a, p. 27-31. Zwitser 1997a. Zwitser 2000c. Vgl. ook Wiarda 1937, p. 94-99.

beding kan dit resultaat verklaren.²⁷ In de vierde plaats kan met het derdenbeding worden verklaard dat de derde een eigen recht verkrijgt. Bij de cessie is het zo dat het recht overgaat op de verkrijger en de vervreemder geen recht meer kan uitoefenen. Dat past echter niet in het vervoer, waar ook de afzender soms nog rechten en verplichtingen toekomen. Het derdenbeding kan dit verklaren doordat de derde niet het recht van de afzender overgedragen krijgt, maar een eigen recht verkrijgt dat hij jegens de vervoerder kan inroepen.

Uitgaande van een derdenbeding als de geëigende dogmatische constructie, is het van belang te bepalen wat de inhoud van het derdenbeding is. Wie wordt in het derdenbeding aangewezen als degene die het recht op aflevering kan uitoefenen? Uit mijn omschrijving van het rechtmatige houderschap volgt dat de vervoerder in ieder geval bereid is tot aflevering van de goederen aan degenen die het cognossement in eigendom, pand of onder last onder zich hebben gekregen. De inhoud van het derdenbeding moet dan ook zo worden bepaald dat het een aanbod bevat jegens deze bepaalde categorieën cognossementhouders, dat door hen vervolgens kan worden aanvaard.

Daarmee komen we bij een zeer belangrijke vraag, namelijk op welke wijze dan het pandrecht op een cognossement wordt gevestigd. Een letterlijke lezing van artikel 3:236 BW brengt met zich mee, dat dit artikel uitsluitend betrekking heeft op de verpanding van een recht aan toonder of order en niet op het order- of toonderpapier dat het recht belichaamt. Uitgaande van het derdenbeding als de aangewezen dogmatische constructie, moet echter worden vastgesteld dat nu juist geen recht wordt verpand, maar dat de vervoerovereenkomst een aanbod bevat dat door de cognossementhouder kan worden aanvaard. Desondanks lijkt naar huidige recht de opvatting de overhand te hebben dat een order- of toonderpapier op dezelfde wijze wordt verpand als een recht aan toonder of order.²⁸

Het pandrecht op een order- of toonderpapier komt daarmee tot stand als voldaan is aan een geldige titel en een vestigingshandeling verricht door een beschikkingsbevoegde pandgever. Voor een toonderpapier is het voldoende indien het papier in de macht van de pandhouder wordt gebracht, voor de totstandkoming van een orderpapier is tevens endossement vereist. De vestiging van een pandrecht op een cognossement op naam geschiedt op de wijze genoemd in artikel 3:94 lid 1 BW, namelijk door mededeling aan de schuldenaar en een akte. Is het pandrecht op

27. Dat geldt ook voor het cognossement op naam. Bij een cessie behoeft het cognossement niet te worden overgegeven. De internationale trend lijkt echter in de richting te gaan dat ook het cognossement op naam moet worden gepresenteerd om aflevering te kunnen verkrijgen. Dit kan worden verklaard met het derdenbeding. *Carewins Development (China) Ltd v Bright Fortune Shipping Ltd* [2009] 3 HKLRD 409 (Court of Final Appeal Hong Kong).

28. Steun voor deze interpretatie biedt artikel 8:416 BW. Hierin is bepaald dat een cognossement aan order wordt geleverd op de wijze als aangegeven in afdeling 2 van Titel 4 van Boek 3. Met deze verwijzing wordt (kennelijk) bedoeld op artikel 3:93 BW: een cognossement aan order wordt geleverd door overgave van het papier en endossement. PG Boek 8 BW, p. 443 (art. 8:416 BW); Met art. 8:416 BW wordt aangesloten bij het oude recht, dat in art. 508 oud-K bepaalde dat een cognossement aan order wordt overgedragen door endossement en overgave van het stuk. Naast art. 8:416 BW (zeevervoer) zijn verder te noemen de art. 8:49 BW (CT-document) en 8:923 BW (binnenvaart).

het cognossement tot stand gekomen, dan kan de pandhouder vervolgens van de vervoerder aflevering van de zaken vorderen.²⁹

Samenvattend kan worden gesteld dat de stand van het huidige recht voor de pandhouder zo kan worden weergegeven dat de vervoerder belooft af te leveren aan de pandhouder aan wie het cognossement op de wijze van een recht aan order, aan toonder of op naam is verpand.³⁰ De vervoerovereenkomst als neergelegd in het cognossement bevat dan ook een daartoe strekkend aanbod van de vervoerder, welke door de pandhouder op het cognossement kan worden aanvaard. Op dit punt aangekomen is het van belang in te gaan op het arrest *Heliopolis Star*, omdat daar de elementen pandrecht en recht- en regelmatig houderschap eveneens aan de orde zijn geweest.

6.2.2 Heliopolis Star

6.2.2.1 Feiten

Heliopolis Star betreft een procedure in kort geding.³¹ Expediteur Damco verzorgt voor zijn opdrachtgever Van Meer regelmatig het vervoer van partijen veevoeder naar Egypte. Deze partijen zijn door Van Meer aan Egyptische kopers verkocht. Van Meer blijkt niet in staat om de hieruit voortvloeiende facturen aan Damco te voldoen en als gevolg daarvan heeft Damco inmiddels een vordering van ruim fl. 44.000 op Van Meer voor in het verleden verrichte expeditiewerkzaamheden. In de overeenkomst tussen Damco en Van Meer zijn de Fenex-voorwaarden van toepassing, die onder meer een pand- en retentierecht bevatten.

Van Meer geeft op een gegeven moment opnieuw opdracht aan Damco om 100 ton veevoeder te doen verschepen van Rotterdam naar Alexandrië. De partij wordt aan boord gebracht van het schip *Heliopolis Star*, een schip dat aan reder Heliopolis toebehoort. Als agent van Heliopolis treedt Lotus Shipping op. Aan Damco wordt een cognossement aan order afgegeven waarop als afzender Van Meer staat vermeld en verder is uitgesteld aan de order van de bank van de Egyptische kopers. Damco heeft het cognossement in naam van Van Meer in ontvangst genomen.

Damco instrueert Lotus Shipping om de lading niet af te geven in Alexandrië dan tegen presentatie van het originele cognossement. Deze instructie wordt doorgegeven aan Heliopolis. Enkele weken later geeft Van Meer echter toestemming aan Heliopolis om de lading zonder presentatie van het cognossement af te leveren. Heliopolis levert vervolgens inderdaad af. Damco heeft op dat ogenblik nog steeds het cognossement onder zich en spreekt Heliopolis aan. Hij voert daartoe aan dat hij recht- en regelmatig houder was van het cognossement en ingevolge de Fenex-

29. Art. 3:246 BW kan hierbij analoog worden toegepast (analoog omdat de vordering niet op goederenrechtelijke wijze overgaat, maar de pandhouder derde is uit derdenbeding). Zwisler 2006a, p. 86. Dit artikel is geschreven voor pandrecht op vorderingen op naam. Stein (Groene Serie Privaatrecht), art. 3:246 BW, aant. 7. Maar kan naar analogie ook worden toegepast op vorderingen aan order of toonder. Zwisler 2006a, p. 86. Mulder 2000, p. 36. HR 13 januari 1928, NJ 1928, p. 324-329 m.nt. PS (*Bladergroen*; ceel aan toonder) en HR 19 januari 1928, NJ 1928, p. 481-484 m.nt. PS (*Klaverwijden*; promesse aan order). Scholten betoogt in zijn noot onder dit laatste arrest dat de pandhouder inningsbevoegd is. Vgl. verder Molenaar 1985, p. 67. Anders: Stein (Groene Serie Privaatrecht), art. 3:246, aant. 7 en 8.

30. Vgl. Zwisler 2006a, p. 30.

31. HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringboud; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Over dit arrest: Van der Lelij 1997a. Van der Ziel 1998b.

condities pandrecht op het cognossement had verkregen. Heliopolis had als vervoerder slechts mogen afleveren aan de cognossementhouder en heeft dat niet gedaan. Daarmee is hij zijn verplichtingen als vervoerder jegens Damco als cognossementhouder niet nagekomen. Heliopolis betwist dat Damco recht- en regelmatig houder is van het cognossement.³²

6.2.2.2 Procedure en rechtsoverwegingen

De president van de rechtbank Middelburg overweegt dat Damco op rechtmatige wijze houder is geworden van het cognossement. Heliopolis heeft te maken met een houder van het cognossement en dient zich hiertegenover te gedragen overeenkomstig de op haar als vervoerder rustende verplichtingen. Onweersproken is dat Damco krachtens de Fenex-condities een pandrecht op het cognossement heeft verkregen. Een en ander brengt met zich mee dat Damco recht- en regelmatig houder van het cognossement is geworden en gebleven.

In hoger beroep bekrachtigt het Hof 's-Gravenhage het vonnis van de president. Damco heeft een vordering op Van Meer en leidt schade doordat Heliopolis het vervoerde goed heeft uitgeleverd zonder inname van het cognossement. 'Aldus wordt immers gefrustreerd het in art. 19 der Nederlandse Expeditievoorwaarden neergelegde recht – onder meer – documenten terug te houden en deze aan de expediteur tot onderpand te doen strekken.' Damco moet worden aangemerkt als een recht- en regelmatig houder van het cognossement. Het gehoor geven aan de instructie van Van Meer om over te gaan tot aflevering van de zaken, kan het cognossement niet opzij zetten of de vervoerder van zijn daarmee samenhangende verplichtingen ontheffen. Het cognossement is een waardepapier dat de goederen representeert, zodat de vervoerder slechts tegen inname van het cognossement de goederen mag uitleveren.

Heliopolis gaat in cassatie. In het cassatiemiddel wordt gewezen op de wijze waarop het cognossement was opgemaakt. Als afzender (*shipper*) stond aangeduid Van Meer en als geadresseerde (*consignee*) de order van de bank. Op deze manier wordt aangegeven wie overeenkomstig artikel 8:441 lid 1 BW houder van het cognossement is en daarmee bij uitsluiting gerechtigd is tot uitoefening jegens de vervoerder van de uit dat cognossement voortvloeiende rechten, namelijk de geadresseerde of diens order. Dat is niet Damco, omdat van een overdracht van het cognossement door endossement aan Damco niet is gebleken.

In zijn conclusie begint advocaat-generaal Asser met de vraag wat de positie is van een expediteur die een retentierecht c.q. pandrecht heeft bedongen op documenten die hij voor zijn opdrachtgever houdt (ov. 2.1). Het cassatiemiddel stelt daarbij de vraag aan de orde wie beschouwd moet worden als de houder van het cognossement die ingevolge artikel 8:441 BW het exclusieve recht op uitlevering van de lading heeft. Meer in het bijzonder gaat het om de vraag wie regelmatig houder is van het cognossement (ov. 2.7). Het cognossement is uitgesteld aan de order van een derde en niet aan de order van de afzender. Vanaf het moment dat de geadresseerde of diens order het cognossement onder zich krijgt, geldt deze als de regelmatige cognossementhouder, voor zover er tevens sprake is van een regelmatige reeks endossementen (ov. 2.10). Is het cognossement, dat de vervoerder aan de afzender heeft

32. Zie r.o. 3.2-3.3 van het vonnis van de rechtbank, te vinden in NJ 1997, 194.

afgegeven, nog niet aan de derde toegekomen, dan is de afzender de regelmatige houder van het cognossement (ov. 2.11). Van Meer was *in casu* de afzender, omdat Damco het cognossement in naam van Van Meer van de vervoerder ontving. Van Meer was daarom regelmatig houder van het cognossement en ingevolge artikel 8:441 BW exclusief tot de uitlevering van de lading gerechtigd (ov. 2.21). Het enkele houderschap van het cognossement door Damco maakt Damco nog niet tot een regelmatig houder.

Volgens advocaat-generaal Asser moet in cassatie het uitgangspunt zijn dat Damco het cognossement op rechtmatige wijze onder zich heeft gekregen ingevolge de opdracht die zij van Van Meer had en dat zij het papier rechtmatig onder zich hield krachtens de genoemde Fenex-voorwaarden. Het hof heeft dat beslist en daartegen richt zich het middel niet (ov. 2.20). Kennelijk meent de advocaat-generaal dat Damco een pandrecht op het papier heeft verkregen en is het de vraag welke rechten dat geeft jegens de vervoerder (ov. 2.22). De levering van het cognossement geschiedt op de wijze waarop de rechten die in het cognossement zijn belichaamd worden geleverd. 'Een cognossement op naam wordt geleverd door cessie van de daarin belichaamde vordering op naam en levering van het papier, een cognossement aan order door orderossement en overgifte en alleen een cognossement aan toonder wordt geleverd door de enkele levering van het papier' (ov. 2.23). Dan komt de vraag aan de orde op welke wijze het onderhavige cognossement, een cognossement aan de order van de geadresseerde, moet worden geleverd.

'2.24. Het cognossement aan de order van de geadresseerde is geen toonderpapier in de relatie tussen de vervoerder en de afzender. Als orderpapier kan het ook niet gelden, omdat de afzender geen rechten ontleent aan de geadresseerde. De afzender heeft een recht op naam jegens de vervoerder zolang het cognossement nog niet aan de geadresseerde is afgegeven en van dat recht vormt het cognossement bewijsmiddel, terwijl het daarnaast de afzender/houder ook formeel legitimeert als gerechtigde tot uitlevering van de lading.

2.25. Dat betekent dat pandrecht op het cognossement slechts met werking jegens de vervoerder (dus met werking ten aanzien van de lading) kan worden gevestigd door mededeling van de pandovereenkomst aan de vervoerder en overhandiging van het cognossement aan de pandhouder. Pas daardoor kan de pandhouder die zijn recht aan een overeenkomst met de afzender ontleent, pandrecht op de lading uitoefenen. Voor de vestiging van een pandrecht op een recht op naam is immers de mededeling van de pandovereenkomst aan de debiteur, d.w.z. de vervoerder, vereist, zie art. 3:236 lid 2 juncto art. 3:94 lid 1 BW. De verpanding van het cognossement ingevolge de Fenex-voorwaarden bracht dus niet zonder meer mee dat ook het in het cognossement belichaamde recht werd verpand. Met de zeer ruime aanduiding in art. 19 lid 2 van de Fenexvoorwaarden ("alle zaken, documenten en gelden, die de expediteur, uit welke hoofde en met welke bestemming ook, onder zich heeft of zal krijgen") van al wat onder het pandrecht van de expediteur valt, kan niet worden afgeweken van dwingendrechtelijke zakenrechtelijke regels met betrekking tot de vestiging van een pandrecht op een recht op naam of aan order.'

Het pandrecht is niet gevestigd op de wijze van een recht aan order, omdat endossement niet heeft plaatsgevonden. Damco kon daarom aan het behouden van het cognossement ingevolge artikel 19 van de Fenex-condities geen pandrecht ontlenen ten aanzien van het recht op uitlevering van de lading, zodat Damco niet uit hoofde van een pandrecht jegens Heliopolis diende te gelden als degene die met uitsluiting van anderen tot uitlevering van de lading gerechtigd was (ov. 2.27). De Hoge Raad neemt, als ik het goed zie, de conclusie van de advocaat-generaal over. De gedachtegang van het hof wordt als volgt samengevat. 'Aldus heeft het Hof klaarblijkelijk geoordeeld dat Damco (niet alleen rechtmatig maar ook) regelmatig houdster van het cognossement is geworden doordat de tussen haar en Van Meer geldende Nederlandse Expeditievoorwaarden haar als expediteur het recht toekennen het cognossement terug te houden en tot onderpand voor haar vordering op Van Meer te doen strekken, en dat zij als recht- en regelmatig cognossementhouder tegenover Heliopolis als vervoerder het in art. 8:441 BW voorziene exclusieve recht op uitlevering van de lading kan doen gelden.' Hiermee geeft het Hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat zij miskend heeft wie overeenkomstig artikel 8:441 BW als regelmatig cognossementhouder kan worden aangemerkt.

'3.3.3 (...) Bij een cognossement als het onderhavige, dat is gesteld aan de order van een met name genoemde geadresseerde, geldt de in het cognossement vermelde afzender tegenover de vervoerder als de regelmatige houder zolang hij het stuk nog niet heeft doen toekomen aan de geadresseerde. In deze situatie kan een expediteur die - zoals hier - het cognossement namens de afzender in ontvangst heeft genomen en mitsdien voor deze is gaan houden, de in dit stuk belichaamde rechten tegenover de vervoerder niet zelf geldend maken, tenzij de afzender deze rechten aan hem heeft overgedragen op de in afdeling 2 van titel 4 van Boek 3 voor vorderingen op naam aangegeven wijze.

Nadat het cognossement aan de geadresseerde ter hand is gesteld, is regelmatig houder de geadresseerde, dan wel diens order, te weten degene die het cognossement onder zich heeft en aan wie het tevens als laatste in een reeks van regelmatige endossementen is geëndosseerd (zie art. 8:416 in verbinding met art. 3:93, tweede zin).

Voor zover het Hof mocht hebben bedoeld dat Damco door het – ingevolge art. 19 der Nederlandse Expeditievoorwaarden aan haar tegenover Van Meer toegestane – onder zich houden van het cognossement een jegens Heliopolis werkend pandrecht heeft verkregen op het in het cognossement belichaamde recht op uitlevering van de vervoerde zaken, heeft het daarmee eveneens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Voor vestiging van zulk een pandrecht zou immers nodig zijn geweest dat was voldaan aan de in art. 3:236 voorgeschreven vereisten voor het vestigen van een pandrecht op rechten op naam onderscheidenlijk rechten aan order.'

Evenals de advocaat-generaal Asser benadrukt de Hoge Raad dat het onderhavige cognossement aan de order van de geadresseerde door de afzender slechts als een recht op naam aan de derde Damco kan worden geleverd. Omdat daaraan niet is

voldaan, kon Damco niet een jegens Heliopolis werkend pandrecht hebben verkregen.

6.2.2.3 *Het pandrecht van de verzendexpediteur in Heliopolis Star*

Het resultaat in *Heliopolis Star* is dat de verzendexpediteur niet een jegens de vervoerder geldend pandrecht heeft verkregen. Het genoemde resultaat was *in casu* bevorderlijk voor een vlot handelsverkeer. De vervoerder kon daardoor immers, op verlangen van de verkoper, afleveren aan de kopers zonder de presentatie van het cognossement in de loshaven af te wachten en zonder achteraf door de cognossementhouder te worden aangesproken tot vervangende schadevergoeding.

Aan de andere kant moet echter worden bedacht dat Van Meer ermee heeft ingestemd dat een cognossement door de vervoerder werd afgegeven. De vraag kan daarom gesteld worden of Van Meer niet aanvankelijk beoogd heeft aflevering door middel van presentatie van het cognossement te doen plaatsvinden. Van Meer heeft vervolgens ingestemd met de Fenex-voorwaarden van de expediteur en daarmee ook met het daarin opgenomen pandrecht. Is het dan wel te rechtvaardigen dat Van Meer zich aan deze instemming onttrekt door de vervoerder te instrueren zonder inname van het cognossement af te leveren? Naar mijn mening is dat niet het geval. De vervoerder werd echter gedekt door het feit dat de overeenstemmende wil van partijen geen effect had wegens een gebrek in de vestigingshandeling, namelijk als gevolg van het ontbreken van een akte van cessie of endossement. Het is daarmee een goederenrechtelijk vereiste dat aan de wil van partijen in de weg staat.

Naar mijn mening had Damco naar gewenst recht wel vervoerder Heliopolis moeten kunnen aanspreken. Ik zal verderop uiteenzetten hoe ik het gewenste recht voor mij zie (§ 6.2.4).³³ Naar huidig recht is echter geen ander resultaat mogelijk dan in *Heliopolis Star* werd bereikt: de verzendexpediteur kon de vervoerder niet aanspreken, omdat het pandrecht niet op geldige wijze werd gevestigd.

Daartoe moet het volgende worden opgemerkt. Verzendexpediteur Damco ontving het cognossement van de vervoerder in naam van afzender Van Meer. Daaruit volgt dat Damco in beginsel geen rechten heeft uit het cognossement. Het is Van Meer die als afzender stond vermeld op het cognossement en daarmee instructie kon geven aan de vervoerder om tot aflevering over te gaan. Ondanks het feit dat het cognossement in naam van de principaal wordt ontvangen, kan de tussenpersoon toch een eigen recht toekomen in zoverre zulks met de principaal is bedongen. Het bedingen van een pandrecht in de algemene voorwaarden kan gelden als een eigen recht.³⁴ Uiteraard moet het pandrecht dan wel op de rechtsgeldige wijze zijn gevestigd op het cognossement. Dat was niet het geval in de onderhavige zaak.

33. Naar het resultaat stem ik dus in met het oordeel van het Hof 's-Gravenhage in deze zaak.

34. Naar Duits recht moet waarschijnlijk in andere zin worden geoordeeld. Het cognossement bevat een recht op afgifte (*Herausgabeanspruch*). Slechts bij een dergelijk recht op afgifte kan ook middellijk bezit op de zaken ontstaan (§ 868 BGB). Omdat de principaal het recht op afgifte heeft, kan niet de tussenpersoon het middellijk bezit op de zaken uitoefenen en komt dus geen pandrecht op de zaken tot stand. Zo: OLG Hamburg 9.10.1987, *Transportrecht* 1988-2, p. 69-72, waarover Rabe 1988. Naar Nederlands recht behoeft dit niet te worden overgenomen omdat het recht op aflevering een contractueel recht is uit de vervoerovereenkomst dat losstaat van de vraag voor wie de vervoerder de zaken houdt.

Zowel de advocaat-generaal Asser als de Hoge Raad overweegt dat een pandrecht wordt gevestigd op de wijze als bepaald in artikel 3:236 BW. Voor het recht aan order is dan overgave van het papier en endossement vereist. Voor het recht op naam is een akte van cessie vereist. Een endossement was niet geplaatst en ook een akte van cessie ontbrak, zodat het pandrecht niet rechtsgeldig was gevestigd. Daarmee was niet sprake van een voltooide vestigingshandeling. De Hoge Raad overwoog immers dat het pandrecht op een cognossement dat uitstaat aan de geadresseerde of diens order door de afzender slechts door middel van een cessie ten behoeve van een derde kan worden gevestigd.

Het valt op dat de advocaat-generaal Asser en de Hoge Raad de verpanding van een recht op naam of aan order goederenrechtelijk denken. Naar huidig recht moet echter worden aangenomen dat de derde het recht op aflevering van de zaken kan uitoefenen op het moment dat hij het derdenbeding aanvaardt en daarmee tot de vervoerovereenkomst toetreedt. De Hoge Raad heeft in later gewezen arresten, *Eendracht* en *Ladoga 15*, deze zienswijze overgenomen. Van een pandrecht op het recht op aflevering van de zaken is dan ook geen sprake. Naar het resultaat maakt dit geen verschil in *Heliopolis Star*. Aangenomen moet immers worden dat het derdenbeding een derde aanwijst die gerechtigde is op het cognossement. Een pandrecht op het cognossement aan order komt alleen dan tot stand na overgave van het papier en endossement (8:416 jo. 3:236 BW). Een goederenrechtelijke benadering van de overgang van vorderingen aan order laat het pandrecht op een recht aan order onder precies dezelfde voorwaarden tot stand komen (vgl. § 6.2.1).

Enkele opmerkingen moeten nog worden gemaakt over het recht- en regelmatige houderschap op het cognossement. Opmerkelijk is dat in cassatie werd aangenomen dat Damco rechtmatig houder is van het cognossement. Het rechtmatig houderschap van Damco werd door het Hof vastgesteld en in cassatie was daartegen niet opgekomen, zodat de advocaat-generaal Asser en de Hoge Raad hiervan uit moesten gaan. Van rechtmatig houderschap is sprake indien een geldig pandrecht op het cognossement is gevestigd (zie hiervoor, § 6.2.1). Omdat in het onderhavige geval geen pandrecht tot stand is gekomen, moet worden geoordeeld dat Damco ook geen rechtmatig houder van het cognossement kon zijn geworden. Het is eigenaar Van Meer die rechtmatig houder is van het papier.

Verzendexpediteur Damco is ook geen regelmatig houder geworden van het cognossement. Het papier wees Damco immers niet aan als gerechtigde op het cognossement, omdat geen endossement op het cognossement stond vermeld (en er ook geen sprake was van een akte van cessie). Het enkele feit dat hij het cognossement in zijn macht hield, was niet voldoende.

Omdat verzendexpediteur Damco geen recht- en regelmatig houder was van het cognossement kon hij niet het recht op aflevering van de zaken uitoefenen en evenzo ook niet het sequeel vervangende schadevergoeding vorderen.

In de volgende paragraaf wordt verder ingegaan op het recht- en regelmatig houderschap van de pandhouder op een ordercognossement. Daarbij worden ook alternatieve leveringswijzen van een ordercognossement bekeken, juist omdat de Hoge Raad in *Heliopolis Star* een dergelijke alternatieve leveringswijze noemt,

namelijk de cessie van een orderpapier dat uitstaat aan de geadresseerde of diens order.

6.2.3 **Pandrecht op ordercognossement en recht- en regelmatig houderschap**

6.2.3.1 *De dubbele rol van het cognossement en het endossement*

In paragraaf 6.2.1 is uiteengezet dat de vervoerder belooft de zaken af te leveren aan degene aan wie het cognossement op geldige wijze is overgedragen, verpand of in last gegeven. Voor een cognossement aan order betekent dit steeds dat het papier in de macht van de verkrijger, pandhouder of lasthebber moet worden gebracht en is tevens endossement vereist.

In bepaalde omstandigheden is een endossement niet noodzakelijk. De rechthebbende van een cognossement aan order kan het papier ook leveren door het plaatsen van een endossement in blanco. Het papier kan daarna worden verhandeld als een toonderpapier. Dat betekent dat het enkele houderschap van het cognossement voldoende is. Wordt het ordercognossement vervolgens verpand, dan is het nog slechts nodig dat het papier in de macht van de pandhouder wordt gebracht.³⁵ Endossement is niet nodig. Ook wanneer een geadresseerde op het cognossement staat genoemd, is een endossement niet noodzakelijk om het cognossement aan de geadresseerde te leveren. Is er sprake van een blanco papier, dan is voor de levering een endossement eveneens niet noodzakelijk.³⁶

Hiermee is de gewone manier van verpanding van een cognossement aan order uiteengezet. Een veelvoorkomende situatie in de praktijk is de verpanding van het cognossement door de koper aan zijn ontvangstexpediteur of bank. Indien aan alle vereisten voor de totstandkoming van het pandrecht is voldaan, verkrijgt de ontvangstexpediteur of bank een geldig pandrecht (3:98 jo. 3:84 BW).

Bij deze gewone manier van verpanden vervullen het cognossement en het endossement een dubbele rol. Het is namelijk zowel van belang voor het tweeebrengen van het rechtmatige houderschap, als voor het regelmatige houderschap. Anders gezegd: het cognossement en het endossement is zowel overdrachtsinstrument als bewijsmiddel.³⁷

De eerste rol van het cognossement en het endossement blijkt daaruit dat overgave van het cognossement en het plaatsen van een endossement constitutief zijn voor de totstandkoming van het pandrecht. Het pandrecht komt alleen dan tot stand indien aan deze beide vereisten is voldaan. Daarmee is de overgave van het cognossement en het plaatsen van een endossement op het papier onmisbaar om de cognossemthouder rechtmatig houder van het cognossement te doen worden.

35. Het pandrecht komt dan tot stand indien ook is voldaan aan de andere vereisten, namelijk het aanwezig zijn van een geldige titel en een beschikkingsbevoegde pandgever.

36. Zwitser 2006c, p. 415.

37. Mulder 2000, p. 5. Vgl. ook Haak & Zwitser 2010, p. 50-53. De dubbele rol van het endossement wordt vooral in de oudere literatuur naar voren gebracht. Daar wordt gesteld dat het endossement een legitimatiefunctie en een transportfunctie kent. Zevenbergen 1951, p. 68, 70-71. Kirberger 1893, p. 15, 26. Duits recht: Brox 2005, p. 278 e.v.

De tweede rol van het cognossement en het endossement zit in het teweegbrengen van regelmatig houderschap. De uitoefening van de macht over het cognossement samen met de omstandigheid dat het laatste endossement in een regelmatige reeks endossementen de houder van het cognossement aanwijst, brengt met zich mee dat de houder van het cognossement regelmatig houder is geworden. Het papier legitimeert hem dan als rechthebbende op het papier.

In het gewone geval vervult het cognossement en het endossement dus steeds een dubbele rol. Een koper endosseert en overhandigt bijvoorbeeld het ordercognossement aan zijn ontvangstexpediteur. Daarmee wijst het cognossement de ontvangstexpediteur aan als degene die het recht op aflevering kan uitoefenen (bewijsmiddel). De ontvangstexpediteur is tegelijkertijd rechthebbende op (het recht op aflevering uit) het cognossement geworden (overdrachtsinstrument). Na presentatie van het cognossement aan de vervoerder kan de ontvangstexpediteur vervolgens daadwerkelijk aflevering van de lading vorderen van de vervoerder.

In bijzondere gevallen komt deze dubbele rol aan het cognossement en het endossement te ontvallen. In de volgende paragraaf (§ 6.2.3.2) worden enkele situaties geschetst waarin de houder van het cognossement rechtmatig houder is van het cognossement. Er is dus een geldig pandrecht op het cognossement gevestigd. Het regelmatige houderschap ontbreekt echter.

6.2.3.2 Enkele a-typische gevallen

Deze paragraaf behandelt enkele a-typische gevallen waarin het cognossement is uitgesteld aan de verkeerde persoon of waarin een endossement is gericht aan de verkeerde persoon.³⁸ Het gevolg is daarvan meestal dat de pandhouder wel rechtmatig houder is van het cognossement, maar niet (meer) regelmatig houder. Ook ontbreekt soms het rechtmatige houderschap omdat in het geheel geen pandrecht op het cognossement tot stand is gekomen.

Een geval waarin een pandrecht op het cognossement bestaat, maar regelmatig houderschap ontbreekt, is indien de pandhouder een onvoltooide leveringshandeling verricht. Denk hierbij aan het geval waarin een pandhouder het cognossement wil overgeven aan een derde, maar het endossement niet op de juiste wijze plaatst.

Een voorbeeld is een confirmerende bank bij een documentair krediet die het cognossement wil leveren aan de openende bank (*issuing bank*), maar daarbij de naam van de openende bank niet op correcte wijze in het cognossement vermeldt.³⁹

Omdat het endossement naar Nederlands recht een goederenrechtelijke voorwaarde is voor de levering van een recht aan order, zal het recht op aflevering van de zaken niet op de openende bank overgaan. Het recht op aflevering zal dus blijven berusten bij de confirmerende bank. Hij blijft dus rechtmatig houder. Omdat hij echter een niet-geldig endossement op het cognossement heeft geplaatst, zal het regelmatige houderschap van het cognossement hem zijn ontvallen.

38. Het gaat dus niet om een endossement in blanco, maar om een endossement waarin de verkrijger van het cognossement wordt genoemd.

39. Van een dergelijk aan een verkeerde persoon gericht endossement was sprake in *Aegean Sea Traders Corporation v. Repsol Petroleo S.A. and Another (The "Aegean Sea")* [1998] 2 Lloyd's Rep. 39 (QBD) en *East West Corporation v. DKBS 1912 and AKTS Svendborg Utaniko Ltd., P&O Nedlloyd B.V.* [2002] 2 Lloyd's Rep. 182 (QBD) en [2003] 1 Lloyd's Rep. 239 (CA).

In de praktijk doet zich deze situatie ook voor bij een rechthebbende op het cognossement. Een voorbeeld is het geval waarin een verkoper een documentaire wissel opstuurt aan de koper. Hierbij zal meestal een aan de koper geëndosseerd cognossement zitten. De koper wordt hierop echter pas rechthebbende na acceptatie van de wissel. Indien de koper de wissel niet accepteert, maar in zijn geheel terugstuurt (zonder terug te endosseren), wordt de verkoper niet meer aangewezen door het cognossement als de rechthebbende (het regelmatige houderschap ontbreekt dus). Omdat het cognossement echter nooit is overgedragen aan de koper, is de verkoper rechthebbende op het cognossement gebleven.⁴⁰

Hetzelfde geldt indien de confirmerende bank (*confirming bank*) bij documentair krediet een cognossement van de verkoper krijgt aangeboden dat uitstaat aan de order van de openende bank (*issuing bank*) of de bank krijgt een cognossement onder zich dat uitstaat aan de order van de koper.⁴¹

De bank kan dan naar geldend recht geen pandrecht op het cognossement verkrijgen. Aangenomen moet daarom worden dat de verkoper in dat geval nog rechthebbende op het cognossement is gebleven.⁴²

Meer problematisch is het geval waarin een naam in een keten van endossementen wordt gemist. Er is dan sprake van een gat in de endossementketen. Een cognossement wordt bijvoorbeeld meerdere keren overgedragen, waarbij A endosseert aan B en C aan D, maar het endossement van B aan C ontbreekt.⁴³ In dit geval is het de vraag of de laatstgenoemde op het papier wel de rechten uit het papier heeft verkregen, omdat een voorgaande levering niet op de juiste wijze is geschied. Endossement is immers noodzakelijk voor de levering of de vestiging van een pandrecht. D kan zich daarbij niet beroepen op de goede trouw (3:86, 3:238 BW), omdat hij uit het papier kon opmaken dat niet op de juiste wijze aan C is geleverd.⁴⁴ Naar huidige recht moet dan worden geoordeeld dat de laatste cognossementhouder in een dergelijk geval geen pandrecht op het cognossement kan hebben verkregen. Hij is daarom niet alleen geen regelmatig houder van het cognossement geworden, maar ook geen rechtmatig houder.

Een ander probleem is het geval wanneer op het cognossement aan order een geadresseerde is genoemd, en de afzender wil het cognossement overdragen of vervanden aan een ander dan de genoemde geadresseerde. Dit is het probleem dat ten grondslag ligt aan het hiervoor besproken arrest *Heliopolis Star*. Indien het de

40. In de hiermee vergelijkbare Engelse uitspraak inzake *East West Corporation v. DKBS 1912* [2002] 2 Lloyd's Rep. 182 (QBD) en *East West Corporation v. DKBS 1912* [2003] 1 Lloyd's Rep. 239 (CA), kreeg de eigenaar van de lading na overgave van het papier door de bank een niet aan hem geëndosseerd cognossement onder zich. De Engelse rechter achtte het niet mogelijk dat de ladingeigenaar uit cognossement de vervoerder aansprak, maar gaf de mogelijkheid om de vervoerder aan te spreken uit bailment. Naar Nederlands recht moet echter worden aangenomen dat de genoemde ladingeigenaar rechthebbende is op het cognossement, zodat hij de vervoerder kan aanspreken, ondanks het ontbreken van regelmatig houderschap.

41. Vgl. Debattista 2008, nr. 2.61.

42. In de praktijk zullen banken die betrokken zijn bij een documentair krediet dergelijke verkeerd uitgestelde cognossementen weigeren. De verkoper zal dan de vervoerder verzoeken een vervangende set cognossementen af te geven en deze vervolgens (opnieuw) presenteren aan de bank.

43. Het gaat hier alleen om de situatie dat er sprake is van volledige endossementen, dus waarop de ontvanger wordt genoemd. Is er sprake van een endossement in blanco, dan wordt het orderpapier geleverd op de wijze van een toonderpapier en geldt genoemd probleem niet.

44. Zwitsers 2006c, p. 411.

afzender was toegestaan in een dergelijk geval te endosseren aan een ander dan de geadresseerde, zal hij daarmee wel een pandrecht op het cognossement kunnen verkrijgen en daarmee tevens rechtmatig houder van het cognossement worden. Betwijfeld kan echter worden of de derde in dat geval regelmatig houder van het cognossement wordt. Het cognossement wijst hem immers niet meer exclusief aan omdat ook de naam van de geadresseerde op het cognossement staat genoemd. De Hoge Raad kiest in *Heliopolis Star* voor een andere oplossing. De Hoge Raad acht het mogelijk dat een cognossement dat uitstaat aan de geadresseerde of diens order aan een ander dan de geadresseerde kan worden geleverd door middel van een cessie. Het cognossement biedt echter van een voltooide cessie geen bewijs. Als akte van cessie zal immers het cognossement niet functioneren.⁴⁵ De cognossementhouder is daarmee weliswaar rechthebbende op het cognossement geworden, maar daarmee nog geen regelmatig houder.

De oplossing van cessie van een orderpapier die de Hoge Raad in *Heliopolis Star* aanreikt, lijkt een oplossing te bieden voor een verkeerd uitgesteld orderpapier en ook voor het geval waarin sprake is van een verkeerd geplaatst endossement. Het papier kan daarna nog door de rechthebbende worden gecedeerd aan een derde. De cessie van een orderpapier kan waarschijnlijk niet een gat in de endossementketen helen. In dat geval zou immers moeten worden aangetoond dat de levering die niet is aangetekend op het papier een cessie is. Het lijkt echter onmogelijk dat een orderpapier dat eenmaal is gecedeerd vervolgens weer wordt overgedragen op de wijze van een orderpapier.

Het is overigens naar geldend recht onzeker of cessie van een orderpapier onder alle omstandigheden mogelijk is.⁴⁶ Het arrest *Heliopolis Star* biedt hiervoor te weinig steun. Nog meer onzeker is de mogelijkheid in hoeverre een endossement aan een derde van een cognossement dat uitstaat aan de geadresseerde of diens order mogelijk is. In rechtsvergelijkend opzicht is hiervoor wel steun te vinden.⁴⁷

45. Van der Lelij 1996, p. 52 en Claringbould, noot onder *Heliopolis Star*, nr. 3 achten het theoretisch wel mogelijk dat de akte van cessie wordt gevormd door het cognossement. Strikt genomen behoeft bij de cessie ook geen overgave van het papier plaats te hebben. Naar mijn mening moet worden aangenomen dat overgave van het papier wel noodzakelijk is, omdat zonder presentatie van het cognossement de cognossementhouder in beginsel geen aflevering kan vorderen.

46. Zwitser 2006a, p. 3 acht de cessie van een orderpapier niet mogelijk. Zo ook: PG boek 3 BW, p. 391 (art. 3:93 BW): 'In het voorlopig verslag werd de vraag gesteld, of het voortaan niet meer mogelijk zal zijn een aan order of toonder luidende vordering desgewenst ook bij wege van cessie over te dragen. Inderdaad sluit de stringente redactie van het onderhavige artikel uit, dat 'rechten aan toonder' en "rechten aan order" op andere wijze dan in het artikel voorgeschreven worden geleverd (...). Het zou niet raadzaam zijn daarnaast de mogelijkheid van cessie toe te laten. Deze zou er te gemakkelijk toe kunnen leiden dat wel het recht overgaat, maar het toonder- of orderpapier niet in handen van de verkrijger komt.' Pitlo/Reehuis/Heisterkamp e.a. 2006, p. 215 (nr. 251). Van der Lelij 1996, p. 100-101. De cessie van een orderpapier lijkt wel aanvaard in Van Empel & Huizink 2002, nr. 30. Ik zou dat willen onderschrijven. Partijen hebben de vrijheid om een vordering gemakkelijk verhandelbaar te maken door haar aan order of toonder te stellen. Daaruit volgt naar mijn mening ook de vrijheid om van deze voordelen af te zien.

47. Zie hierna § 6.2.3.3. Benjamine/Guest 2006, nr. 18-021. Bools 1997, p. 158. Carver/Treitl/Reynolds 2005, nr. 1-012 en nr. 5-018. *Elder Dempster Lines v. Zaki Ishag (The "Lycan")* [1983] 2 Lloyd's Rep. 548. In deze zaak was sprake van een cognossement waarop de koper als geadresseerde stond vermeld. De verkoper endosseerde het cognossement echter tot zekerheid aan de bank. 'The bank insisted on the word "Consignee" being deleted'. De afzender is de rechthebbende op het papier; de geadresseerde ontleent geen rechten aan het cognossement. Anders: advocaat-generaal Asser in zijn conclusie bij *Heliopolis Star*, ov. 2.24. Carver/Treitl/Reynolds 2005, nr. 1-013 - 1-014 noemen een geval waarin aan de geadresseerde al wel de rechten waren overgedragen. Inderdaad kan de afzender in

Voor de hierboven beschreven gevallen waarin regelmatig houderschap ontbreekt, neem ik aan dat de vervoerder niet mag afleveren aan een ander dan de cognossementhouder.⁴⁸ De cognossementhouder is in de genoemde gevallen wel rechtmatig houder geworden of gebleven van het cognossement en daarmee schuldeiser van het recht op aflevering van de zaken.⁴⁹ Het feit dat hij geen regelmatig houder is van het cognossement, brengt weliswaar met zich mee dat hij zijn recht op andere wijze moet bewijzen,⁵⁰ maar niet dat het recht op aflevering van de zaken hem is ontvallen.

Uit het voorgaande blijkt dat de vlotte verhandelbaarheid van het cognossement tot een einde komt na een verkeerd geplaatst endossement. Niet alleen gaat in ieder geval het regelmatige houderschap verloren, maar soms kan het cognossement niet meer worden verpand. Dat is bijvoorbeeld het geval waarin sprake is van een gat in een endossementketen. Ook als het cognossement nog wel kan worden verpand, geeft de Hoge Raad hier alleen de mogelijkheid van een cessie aan. Daarmee komt een vlotte verhandelbaarheid aan het cognossement te ontvallen. Naar mijn mening leggen de bovengenoemde a-typische gevallen (die echter alle in de werkelijkheid zijn voorgekomen) hiermee een belangrijke zwakte van het huidige recht bloot. De vlotte verhandelbaarheid van het cognossement kan gemakkelijk in het gedrang komen indien er iets mis is met het plaatsen van het endossement. Naar gewenst recht doe ik daarom een voorstel tot oplossing van dit probleem (§ 6.2.4), maar eerst maak ik enkele rechtsvergelijkende opmerkingen.

6.2.3.3 *Engels en Duits recht*

Hiervoor kwam voor het Nederlandse recht aan de orde dat een cognossement aan order in beginsel wordt verpand door middel van overgave van het papier en endossement. Onder bepaalde omstandigheden staat de cognossementhouder naar Nederlands recht nog slechts de cessie van het orderpapier open. Dat is naar Nederlands recht niet een aantrekkelijk alternatief, omdat in dat geval steeds een akte van cessie en mededeling aan de schuldenaar (vervoerder) is vereist. Het Engelse en het Duitse recht komen op dit punt tot betere resultaten.

Naar Engels recht kan het recht op aflevering van de zaken uit het cognossement overgaan op de wijze zoals geregeld is in de Carriage of Goods by Sea Act (COGSA 1992). Artikel 5 lid 2 van de COGSA 1992 vermeldt dat de rechtmatige houder (*lawful holder*) houder is van het cognossement en tevens in het cognossement moet zijn aangeduid als geadresseerde of dat sprake is geweest van een levering van het cognossement en tevens op het (order)cognossement een endossement is geplaatst.

dat geval niet meer overdragen aan een derde, maar dat komt eenvoudig omdat hij niet meer rechthebbende is.

48. Zo ook: Cleveringa 1961, p. 622.

49. In de hier gepropageerde opvatting pas na aanvaarding van het daartoe strekkende derdenbeding.

50. Dat kan bijvoorbeeld door een rechterlijk vonnis waarin wordt uitgesproken dat hij rechthebbende is op het cognossement. Van belang zijn de art. 3:300-301 BW. Indien iemand niet verricht waartoe hij is gehouden, dan kan de rechter degene jegens wie de verplichting bestaat, machtigen om zelf datgene te bewerken waartoe nakoming zou hebben geleid (3:300 BW). De rechter kan verder bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is (3:301 BW). De rechter kan dus bepalen dat zijn uitspraak dezelfde rechtskracht heeft als een endossement.

Om aan een ander dan de geadresseerde op een ordercognossement te leveren volstaat eenvoudigweg een endossement aan de andere persoon.⁵¹ Daarnaast kan een cognossement steeds worden overgedragen door middel van een cessie.⁵² Ook als het cognossement is uitgesteld aan een derde betekent dit niet dat de houder van het cognossement geen rechten op het cognossement kan verkrijgen. De houder van het cognossement kan dan weliswaar geen pandrecht naar *common law* verkrijgen, maar wel eventueel een *equitable lien* of *pledge*.⁵³

Naar Duits recht kan een cessie vormvrij plaatshebben, door de enkele overeenkomst tussen partijen.⁵⁴ Mededeling aan de debiteur of registratie van de akte is geen constitutief vereiste voor het voltooien van een cessie. Hoe dit uitwerkt blijkt duidelijk in de uitspraak van het OLG Hamburg, inzake *Dithmarschen*.⁵⁵ In deze zaak wordt duidelijk dat de verkoper met een cessie gebaat kan zijn wanneer het ordercognossement is uitgesteld aan de order van de koper.

A verkoopt Johannesbroodvruchten aan B, die ze weer doorverkoopt aan C. De vervoerder geeft een cognossement aan order uit waarop B als aflader (*Ablader*) genoemd staat en C als geadresseerde. De expediteur van A is echter de feitelijke aflader (*Ablader*) en deze verkrijgt het cognossement en geeft dat vervolgens door aan A. De vervoerder levert dan uit aan C zonder dat het cognossement aan de vervoerder werd gepresenteerd. A spreekt vervolgens de vervoerder aan, maar de vervoerder voert aan dat A niet recht- en regelmatig houder is, omdat niet A, maar B in het cognossement als aflader staat genoemd. Het *Oberlandesgericht* (OLG) beslist anders. Een ordercognossement kan niet alleen via endossement, maar ook via cessie worden overgedragen. Omdat B aan A zou betalen via een documentair krediet, neemt het OLG aan dat A de rechten op de goederen moest hebben. Aangenomen wordt daarom dat de expediteur aan A het cognossement gecedeerd heeft, zodat A alle rechten uit het cognossement heeft verkregen. De vervoerder had daarom niet zomaar aan C mogen afleveren.

Uit deze uitspraak blijkt duidelijk dat naar Duits recht het cognossement aan een ander dan de geadresseerde kan worden gecedeerd. Ook komt hieruit het belang van een cessie naar voren. Het is daarmee mogelijk om de rechten uit het cognossement aan een ander te leveren dan de geadresseerde op het cognossement. De rechthebbende op het cognossement kan vervolgens de vervoerder aanspreken wanneer die aflevert aan een ander dan de cognossementhouder.

Het resultaat in *Dithmarschen* had naar Nederlands recht niet bereikt kunnen worden. Naar Nederlands recht is de cessie immers niet vormvrij, maar moet aan een akte van cessie zijn voldaan, met mededeling aan de schuldenaar. Naar gewenst recht

51. Carver/Treitl/Reynolds 2005, nr. 5-018.

52. Carver/Treitl/Reynolds 2005, nr. 5-118.

53. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 6.38.

54. Voor het Duitse recht: § 398 BGB. MünchKomm HGB (Hefermehl) 2001, § 364 HGB, nr. 6 (p. 343). GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 364 HGB, nr. 18. Evenzo naar Belgisch recht: art. 1690 Belgisch BW, waarover: Dirix 1996b. Voor het Engelse recht: Carver/Treitl/Reynolds 2005, nr. 5-004. Voor het Franse recht: zie de *Loi Dailly* van 2 januari 1981. Hierover: Zwalve 2006, p. 413-414. Verhagen & Rongen 2000, p. 21 e.v. Oude Nederlandse recht: art. 668 oud-BW. Vgl. ook Hof Amsterdam 10 maart 1955, *S&S* 1957, 83 (*Texelstroom*).

55. OLG Hamburg 11 september 1986, *Transportrecht* 1987-2, p. 69-76 (*Dithmarschen*). Uit deze zaak blijkt dat een ordercognossement door middel van een cessie kan worden geleverd. Zie hiervoor ook GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 364, nr. 18 en BGH 27.10.1967, BGHZ 49, 160; NJW 1968, 591. OLG 08.12.1927, RGZ 119, 215, 217.

schets ik daarom in de onderhavige paragraaf (§ 6.2.4) een manier hoe hiermee omgegaan zou moeten worden.

6.2.4 Gewenst recht. Het cognossement behandelen als een roerende zaak

Bij het onderhavige voorstel voor het gewenste recht moet worden bedacht dat naar huidig recht in de meeste gevallen een pandrecht op het cognossement tot stand komt indien partijen dat willen. Daarmee moet het probleem naar huidig recht echter niet worden gemarginaliseerd. Uit paragraaf 6.2.3.2 bleek dat zich in een aantal gevallen problemen voordoen bij de totstandkoming van het pandrecht. Het probleem cirkelt daarbij om het punt dat het plaatsen van een endossement een goederenrechtelijke voorwaarde is voor de vestiging van een pandrecht op een orderpapier. Het gaat daarmee specifiek om een endossement waarin de naam van de verkrijger van het cognossement is vermeld (dus geen endossement in blanco). Hiermee is een bestaande zwakte in het huidige recht blootgelegd.

Het endossementvereiste kan in de eerste plaats in de weg staan aan de wil van partijen. Dat bleek bijvoorbeeld duidelijk in het beschreven arrest inzake *Heliopolis Star*. Een pandrecht komt niet tot stand wanneer het cognossement niet op de juiste wijze is geëndosseerd aan de pandhouder, ondanks het aanwezig zijn van een geldige titel.

In de tweede plaats kan het endossementvereiste een vlot handelsverkeer in de weg staan. Is eenmaal een endossement verkeerd geplaatst, dan blijkt naar huidig recht reparatie hiervan nagenoeg onmogelijk te zijn. In de praktijk weigert de bank bijvoorbeeld stevast een verkeerd uitgesteld cognossement die hem wordt aangeboden in het kader van een documentair krediet. Degene die het cognossement aanbiedt, meestal de verkoper van de lading, ziet dan meestal geen andere oplossing dan door de vervoerder te verzoeken een vervangende set (juist uitgestelde) cognossemerten af te geven. Een dergelijke oplossing is echter onmogelijk indien de vervoerder een dergelijk verzoek weigert. Daaruit blijkt dat indien de geadresseerde onjuist is genoemd of indien verkeerd is geëndosseerd, het cognossement praktisch gezien onverhandelbaar wordt. Een dergelijk resultaat schaadt een vlot verkeer van de zaken.

Deze problemen doen zich nagenoeg niet voor indien een endossement in blanco wordt geplaatst. Het cognossement aan order kan vervolgens worden geleverd op de wijze van een toonderpapier. Voor de levering is enkele bezitsverschaffing voldoende; voor de vestiging van een pandrecht is machtsverschaffing toereikend. Het is deze lijn die ik naar gewenst recht wil doortrekken. Het endossement dient naar gewenst recht niet te worden opgevat als een goederenrechtelijke voorwaarde voor de vestiging van een pandrecht, maar dient nog slechts de rol van bewijsmiddel toe te komen. Dat betekent dat ik naar gewenst recht ervoor zou willen pleiten dat het cognossement kan worden geleverd als ieder ander (bewijs)papier. Omdat papieren roerende zaken zijn, is daarom bezitsverschaffing voldoende om het papier te leveren (3:90 BW), dan wel is machtsverschaffing toereikend voor de vestiging van een pandrecht op het papier (3:236 BW).

Voor deze oplossing naar gewenst recht bestaat te meer reden wanneer in herinnering wordt gebracht dat de heersende leer de toetreding tot de vervoerovereenkomst verklaard op de wijze van een derdenbeding. De vervoerovereenkomst bevat een aanbod, dat door de cognossementhouder kan worden aanvaard. De cognossement-

houder kan vervolgens als schuldeiser aflevering van de zaken vorderen. In deze opvatting wordt in het geheel geen recht overgedragen of verpand. Consequent gezien bestaat er dan ook geen noodzaak om aan het endossement goederenrechtelijke betekenis toe te kennen. De goederenrechtelijke rol van het endossement is immers alleen begrijpelijk in het licht van de artikelen 3:93 en 3:236 BW. Hierin gaat het echter om de levering van een recht aan order, waarvan bij een cognossement nu juist geen sprake is.

Een pandrecht dient dus naar gewenst recht op het cognossement te worden gevestigd door het in de macht van de pandhouder te brengen. Daarmee is de pandhouder rechtmatig houder van het cognossement geworden. Het endossement vervult nog slechts de rol van bewijsmiddel: het wijst de cognossementhouder aan als rechtmatig houder. De voordelen van deze opvatting heb ik al geschetst. De wil van partijen kan in meer gevallen tot zijn recht komen.⁵⁶ Ook wordt een vlot handelsverkeer hiermee gediend. De positie van de cognossementhouder ten opzichte van de vervoerder wordt hierdoor niet geraakt. De vervoerder mag nog steeds uitsluitend afleveren aan de rechtmatig houder van het cognossement.

Naar gewenst recht zou daarom ook het resultaat in *Heliopolis Star* anders zijn. In *Heliopolis Star* maakte immers het ontbreken van endossement het onmogelijk dat een pandrecht op het cognossement tot stand kwam, ondanks dat partijen een pandrecht waren overeengekomen. Naar gewenst recht kan echter worden geconcludeerd dat machtsverschaffing heeft plaatsgevonden, en tevens is voldaan aan het vereiste van een geldige titel en een beschikkingsbevoegde pandgever, zodat naar gewenst recht de expediteur Damco pandhouder is geworden van het cognossement. Als rechtmatig houder kan hij dan ook de vervoerder aanspreken tot vervangende schadevergoeding, omdat hij heeft afgeleverd aan een ander dan de cognossementhouder.

Door het cognossement te behandelen als een roerende zaak wordt bijvoorbeeld ook duidelijk dat een gat in de endossementketen niet in de weg hoeft te staan aan de rechten van latere schakels in de keten. Het endossement heeft dan immers uitsluitend een bewijsfunctie. Het ontbreken van een endossement betekent daarom niet noodzakelijk dat het cognossement niet op geldige wijze is overgedragen. De cognossementhouder zal slechts op alternatieve wijze zijn rechten op het papier moeten aantonen.

56. Het Nederlandse recht kan in deze opvatting ook beter meekomen met het Duitse en Engelse recht. Uit de bespreking van het Duitse recht bleek immers dat de cessie naar Duits recht vormloos is. De cessie van een orderpapier kan daarom naar Duits recht in bepaalde omstandigheden een goed alternatief vormen, zoals bleek uit de bespreking van de *Dithmarschen*. Naar Nederlands recht moet bij een cessie altijd aan vormvereisten zijn voldaan, namelijk een akte van cessie en mededeling aan de schuldenaar (vervoerder). Het Nederlandse recht kan op deze manier niet dezelfde resultaten bereiken als het Duitse of Engelse recht. Door het cognossement op dezelfde wijze te behandelen als een roerende zaak wordt bereikt dat het Nederlandse (gewenste) recht deze resultaten ook zou kunnen bereiken.

6.3 Het recht op de zaken

6.3.1 Artikel 8:417 BW. Absolute theorie, representatietheorie en relatieve theorie

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat een pandrecht op het cognossement de pandhouder een recht gaf op aflevering van de zaken. Het recht op aflevering van de zaken ziet op de rechtsverhouding tussen de cognossementhouder en de vervoerder. In deze paragraaf gaat de aandacht uit naar een andere rechtsbetrekking. Het recht op de zaken ziet op de rechtsverhouding tussen de vervreemder en de verkrijger van het cognossement. Artikel 8:417 BW staat hierbij centraal.⁵⁷

Artikel 8:417 BW

Levering van het cognossement vóór de aflevering van de daarin vermelde zaken door de vervoerder geldt als levering van die zaken.

Het aangehaalde artikel heeft niet betrekking op de overdracht, maar alleen op de levering van zaken. Of ook de eigendom overgaat, hangt af van de bedoeling van partijen.⁵⁸ Evenzo hangt de vraag of een pandrecht tot stand komt af van de bedoeling van partijen. Er moet dan sprake zijn van een geldige titel van verpanding. In de praktijk zal bij het bedingen van een pandrecht op een cognossement tevens de bedoeling voorliggen om een pandrecht op de in het cognossement genoemde zaken te vestigen.⁵⁹ Uiteraard moet er daarnaast ook sprake zijn van een geldige vestigingshandeling en een beschikkingsbevoegde pandgever (3:98 jo. 3:84 BW).

Ten aanzien van de vestigingshandeling nog een terminologische opmerking. In het vervolg van deze paragraaf wordt in navolging van artikel 8:417 BW gemakshalve gesproken van ‘levering’ van het cognossement en de zaken. De lezer moet daaronder tevens verstaan de vestiging van een pandrecht op het cognossement of de zaken. Evenzo dient de lezer onder ‘bezit’ van de zaken, ook te begrijpen ‘macht’ over de zaken.

Zoals opgemerkt wordt gewoonlijk tegelijkertijd met het vestigen van een pandrecht op het cognossement een pandrecht op de zaken gevestigd. In de literatuur bestaat controversie op welke wijze de verhouding tussen (de vestiging van) het pandrecht op het cognossement en (de vestiging van) het pandrecht op de zaken moet worden

57. Naast art. 8:417 BW (zeevervoer) zijn te noemen de art. 7:607 BW (bewaarneming), 8:50 BW (gecombineerd vervoer) en 8:924 BW. Onder het oude recht, zie de art. 517a oud-K (zeevervoer) en 851 oud-K (binnenvaart). Vgl. ook HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*): ‘(...) dat de overgave van de ceel zakenrechtelijk dezelfde betekenis heeft als overgave van de vloeistof zelf.’ Duits recht: § 650 HGB (*Konnossement*), § 448 HGB (*Ladeschein, delivery order*) en § 475g HGB (*Orderlagerschein, ceel*).

58. Zwitser 2006a, p. 22-23. Claringbould 1996, p. 28-29. Claringbould 1998, p. 24. Rb. Rotterdam 22 juli 1991, S&S 1992, 31 (*Iran Meezan*). Rb. Rotterdam 17 november 2010, S&S 2011, 53 (*Aan de Vecht/Adco*). *Engels recht*: Rodger 1971, p. 193, 201. Gretton 1990, p. 27. Hierin wordt betoogd dat het moderne Engelse recht is uiteengezet in *North Western Bank v. John Poynter* [1895] A.C. 56 (HL). Bools 1997, p. 18-19. *Duits recht*: Prüssmann/Rabe 2000, § 650 HGB, nr. 11. BGH 05.02.1962, BGHZ 36, 329, 336.

59. Slechts in uitzonderlijke gevallen zullen partijen bij het bedingen van een pandrecht op cognossement niet beogen tevens een pandrecht op de onderliggende zaken te vestigen.

geduid. Daarbij zijn in het bijzonder twee onderscheiden vragen van belang. De eerste vraag is of de levering van roerende zaken die onder een derde, de vervoerder, liggen, moet worden bepaald aan de hand van de gewone leveringsvorm, de *traditio longa manu* (3:115 sub c BW), of dat de uitgifte van een cognossement met zich meebrengt dat er sprake is van een *alternatieve* leveringswijze. De tweede vraag is of de levering van de roerende zaken onder cognossement zich alleen en slechts alleen door middel van het cognossement kan voltrekken of dat de roerende zaken ook nog los van het cognossement kunnen worden geleverd. Anders gezegd: sluit de levering van roerende zaken door middel van het cognossement andere leveringsvormen uit? Het gaat dan om de vraag of er sprake is van een *exclusieve* leveringswijze. De vragen hangen met elkaar samen. Wanneer men concludeert dat er sprake is van een alternatieve leveringswijze, dan ziet men hierin meestal ook een exclusieve leveringswijze.⁶⁰ Levering van roerende zaken kan zich dan nog slechts door middel van het cognossement voltrekken.

De vraag of er sprake is van een alternatieve en/of exclusieve leveringswijze van roerende zaken na uitgave van een cognossement kent inmiddels een overvloedige literatuur. Om hierin overzicht aan te brengen, maak ik gebruik van een in Duitsland veel gebruikte driedeling.⁶¹ De levering van roerende zaken die onder een derde liggen na uitgifte van een cognossement, kan worden verklaard aan de hand van drie theorieën:

- a. absolute theorie;
- b. representatietheorie;
- c. relatieve theorie.

In de absolute theorie wordt geleerd dat het cognossement de zaken belichaamt. Over de lading kan slechts worden beschikt door middel van het cognossement. De levering van de lading geschiedt dus op alternatieve wijze, namelijk door middel van het cognossement.⁶² Wanneer het cognossement wordt overgegeven en de wil bestaat om het cognossement in eigendom over te dragen, gaan ook de zaken in eigendom over. Omdat de zaken in het cognossement zitten belichaamd, houdt deze theorie geen rekening met de vraag of de vervoerder de zaken onder zich heeft of niet. De vraag van rechtsverkrijging is volledig losgemaakt van de vraag van bezitsverkrijging. De absolute theorie wordt in het huidige recht niet meer

60. Een voorbeeld is Van der Lelij 1996, p. 96-99. Vgl. ook Van der Lelij 1997b, p. 249. Hij stelt dat de roerende zaken na uitgifte van een cognossement worden geleverd door middel van cessie van het vorderingsrecht tot afgifte. Er wordt dus afgeweken van de levering *longa manu*: er is sprake van een alternatieve wijze van levering. Dit vorderingsrecht tot afgifte is in het cognossement belichaamd en daarom kan levering van de roerende zaken nog alleen door middel van levering van het papier geschieden. Er is dus ook sprake van een exclusieve wijze van levering. Vgl. ook Vriesendorp 1994, p. 245-246. Van Empel & Huizink 2002, nr. 30, 42.

61. Bij mijn weten is het alleen Sanders 1912, p. 281 e.v. die deze theorieën naar ons recht heeft uiteengezet. Het onderscheid is echter nog steeds bruikbaar om de positie van de verschillende schrijvers in het hedendaagse debat te verklaren. De opvattingen van schrijvers in de 19de eeuw laat ik achterwege, daar de goederenrechtelijke zijde van het cognossement hier nog wordt betwist. Zie onder meer Holtius 1834, p. 181 e.v. en Polak 1865, p. 120 e.v.

62. De absolute theorie is de oudste theorie en verklaart het cognossement volledig vanuit de handelsgebruiken. Historisch gezien zijn de waardepapieren immers ouder dan de codificaties, zoals het Burgerlijk Wetboek, en daarom moeten de rechtsgevolgen van de levering van een waardepapier los van het Burgerlijk Wetboek worden bepaald. Vgl. over deze theorie: Sanders 1912, p. 282-284. Heymann 1905, p. 161. Stengel 1975, p. 13-17. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363, nr. 100. Dat houdt in dat de levering van roerende zaken onder een cognossement een bijzondere leveringsvorm is, die losstaat van de leveringswijzen die worden genoemd in boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

aangehangen, men kan het houderschap van de zaken niet volledig laten samen vallen met het houderschap van het cognossement.⁶³ Naar huidig recht betekent dit dat de gedachte dat het cognossement de roerende zaken belichaamt onjuist is.⁶⁴ Omdat de absolute theorie in al haar consequenties naar huidig recht niet meer lijkt te worden aangehangen, wordt hierop in het vervolg niet meer teruggekomen.

De tweede theorie is de representatietheorie. Daarbij komt de levering van het papier in de plaats van de levering van de roerende zaken: 'Die Papierübergabe ersetzt die Warenübergabe'.⁶⁵ In het Nederlandse recht wordt deze visie op twee manieren verdedigd. De ene visie behandelt het cognossement als een sleutel tot de roerende zaken. Overgave van het cognossement doet dan, net als de overgave van een sleutel, het bezit van de zaken overgaan. Deze wijze van bezitsoverdracht wordt ook wel aangeduid als een *traditio symbolica*.⁶⁶

De andere visie ziet in het cognossement het vorderingsrecht tot afgifte van de roerende zaken belichaamd. Door middel van de levering van het cognossement gaat dit vorderingsrecht tot afgifte over op de verkrijger. De opvolgende cognossementhouder wordt daardoor niet alleen rechthebbende op het vorderingsrecht tot afgifte van de roerende zaken, maar verkrijgt zo ook het bezit van de zaken.⁶⁷

Beide visies, de sleuteltheorie en de cessie van het vorderingsrecht tot afgifte van de roerende zaken, stellen dat de roerende zaken worden geleverd door middel van de levering van het cognossement. Dat betekent dat moet worden aangesloten bij de artikelen 3:93-94 BW.⁶⁸ De levering van een cognossement op naam geschiedt door middel van cessie (3:94 BW), voor de levering van een cognossement aan toonder is bezitsverschaffing vereist en voor de levering van een cognossement aan order tevens ondossement (3:93 BW). Deze leveringswijzen hebben niet alleen de levering van het cognossement tot gevolg, maar ook de levering van de zaken. De genoemde leveringsvorm is een andere dan die in artikel 3:115 BW zijn opgenomen. Er is dus sprake van een alternatieve leveringswijze. Meestal wordt deze leveringswijze ook exclusief ingevuld: slechts door middel van het cognossement kunnen de zaken worden geleverd.⁶⁹

63. Sanders 1912, p. 284 en p. 290-295 voor een aanval op de absolute theorie.

64. Zo ook: Claringbould 1996, p. 28. Claringbould 1998, p. 12. Anders: Boonk 2007b, p. 377-379. Molenaar 1999, p. 14.

65. Stengel 1975, p. 9-10. Vgl. voor aanhangers hiervan in de Duitse literatuur: Herber 1999, p. 300. Schmidt 1999, p. 698. Prüssmann/Rabe 2000, p. 737 (§ 650 HGB). Dumke 1970, p. 75. Franken 1982, p. 30, 33. BGH 27.10.1967, BGHZ 49, 160, 163: 'Der mittelbare Besitz am ein gelagerten Gut wird durch den unmittelbaren Besitz am Orderlagerschein repräsentiert.' Vgl. ook BGH 15.12.1976, BGHZ 68, 18, 22, waar het BGH opmerkt dat het cognossement de aanspraak op de uitlevering van de lading representeert.

66. Rank-Berenschot 2000, nr. 40, 42. Neleman 1992, p. 272. PG Boek 3 BW, p. 437 (art. 3:115 BW). Vgl. art. 667 oud-BW waarin de leveringswijze door middel van sleutels wordt genoemd. Bell 1989, p. 58. Bools 1997, p. 181. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 1.39 e.v., nr. 5.13. *Barber v. Meysersstein* (1870) L.R. 4 H.L. 317. Lord Justice Bowen, in: *Sanders v. Maclean* (1882-83) LR 11 Q.B.D. 327, 341 (CA). *Borealis A.B. v. Stargas Ltd (The Berge Sisar)* [2002] 2 A.C. 205.

67. Van der Lelij 1996, p. 96-97. Reehuis 2004, nr. 54. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 244. Van Empel & Huizink 2002, nr. 42. Schoordijk 1986, p. 383. Claringbould 1998, p. 25. Vgl. ook Claringbould, noot onder *Heliopolis Star* en Claringbould 1996, p. 29. Waarschijnlijk: Snijders 1969, p. 28-29. Boonk 2007b, p. 376. Advocaat-generaal Asser, conclusie onder *Heliopolis Star*, ov. 2.23.

68. Vgl. hier ook de art. 8:416 BW (zeevervoer), 8:49 BW (gecombineerd vervoer) en 8:923 BW (binnenvaart).

69. Vriesendorp 1994, p. 245-246. Van der Lelij 1997b, p. 249. Molenaar 1999, p. 14-15. Reehuis 2004, p. 56. Van der Lelij 1996, p. 96-101 wijst op PG Boek 3 BW, p. 391 (art. 3:93 BW) om aan te tonen dat het recht aan order of toonder niet op andere wijze geleverd kan worden dan in art. 3:93 BW

Enkele argumenten tegen de representatietheorie zijn de volgende. De dogmatische constructie van cessie van het vorderingsrecht tot afgifte van de roerende zaken is theoretisch mogelijk,⁷⁰ maar vormt niet de gebruikelijke wijze van levering van roerende zaken die onder een derde liggen. In het *Proehl & Gutmann*-arrest heeft de Hoge Raad gekozen voor een *traditio longa manu* als verklarende leveringswijze.⁷¹ De levering door middel van cessie van het vorderingsrecht tot afgifte heeft bovendien als nadeel de vormvoorschriften waarmee de cessie kampt, zoals een akte en mededeling aan de vervoerder.⁷² Ten slotte is het bezwaar dat niet duidelijk wordt hoe door middel van een cessie van het verbintenisrechtelijke recht op aflevering van de zaken goederenrechtelijke effecten, zoals bezitsoverdracht, kunnen worden bereikt.

Ook de leveringswijze van roerende zaken die onder een derde liggen door middel van een *traditio symbolica* is theoretisch mogelijk,⁷³ maar vormt niet de leveringswijze zoals die is neergelegd in het Burgerlijk Wetboek (3:115 sub c BW). Bovendien heeft de verkrijger na overgave van een sleutel van een pakhuis de onmiddellijke macht over de zaken, terwijl de overgave van een cognossement slechts leidt tot middellijke macht over de zaken. De *traditio symbolica* houdt met deze nuance, middellijke macht, geen rekening.⁷⁴

De derde theorie is de relatieve theorie. In de relatieve theorie blijft de levering van roerende zaken na uitgifte van een cognossement een levering van roerende zaken die onder een derde liggen. Het gaat dan naar Nederlands recht om een *traditio longa manu* (3:115 sub c BW). De uitgifte van een cognossement brengt hierin geen verandering.⁷⁵ Dat betekent dat de bezitsoverdracht zich voltrekt door middel

geregeld. Deze verwijzing overtuigt uiteraard alleen wanneer men de constructie van de cessie van het vorderingsrecht tot afgifte overneemt.

70. De wet bevat in boek 3 BW geen limitatieve opsomming van wijzen van bezitsoverdracht. PG Boek 3 BW, p. 428 (art. 3:108 BW) en p. 437 (art. 3:115 BW). Rank-Berenschot 2000, nr. 43. Reehuis 2004, nr. 47. De cessie van het vorderingsrecht tot afgifte van roerende zaken laat zich in art. 3:114 BW inpassen.
71. HR 1 november 1929, NJ 1929, p. 1745-1750 m.nt. P.S.; W. 12059 m.nt. S.B. (*Proehl & Gutmann*). De advocaat-generaal Van Lier bij dit arrest stelt dat de pandgever niet enkel het uit de pandovereenkomst persoonlijke recht op afgifte heeft, maar dat het recht op afgifte van het pand reeds volgt uit het eigendomsrecht. Dit eigendomsrecht en het daarvoor noodzakelijke bezit kon de verkoper dan ook overdragen en niet slechts het persoonlijke recht op afgifte. Vgl. Drion 1942, p. 117, 125-128, 133-134. HR 3 oktober 1934, NJ 1934, p. 1562-1565, waarin het ging om de overdracht van een zaak die onder een huurder lag, stelt ook niet de eis van cessie.
72. Van der Lelij 1996, p. 50-52. Naar Duits recht behoeft van de cessie van het vorderingsrecht tot afgifte (§ 931 BGB) geen mededeling te geschieden. De cessie voltrekt zich immers vormvrij (§ 398 BGB). Nieskens-Ispording 1999, p. 52.
73. De wet bevat in boek 3 BW geen limitatieve opsomming van wijzen van bezitsoverdracht. PG Boek 3 BW, p. 428 (art. 3:108 BW) en p. 437 (art. 3:115 BW). Rank-Berenschot 2000, nr. 43. Reehuis 2004, nr. 47. De *traditio symbolica* laat zich in art. 3:114 BW inpassen.
74. Scheltema/Wiarda 1969, p. 31. Snijders/Rank-Berenschot 2007, nr. 153.
75. Noot W.M. Kleijn, onder HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex of FNCB/Easco*). Zwitser 2006a, p. 22. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 153. Van der Lelij 1993, p. 118 voor de ceel. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 47. Goode 2004, p. 886. Lord Hobhouse, in *The Berge Sisar* [2002] 2 A.C. 202, 219. Naar Engels recht is sprake van een *attornment*. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, nr. 95-166. De relatieve leer betekent naar Duits recht overigens dat door middel van de cessie van het recht op afgifte de roerende zaken die onder een derde liggen worden geleverd (§ 931 BGB). Naar ons recht is de gewone wijze van levering van roerende zaken die onder een derde liggen de *traditio longa manu* (3:115 sub c BW).

van een tweezijdige verklaring met erkenning door of mededeling aan de derde van de bezitsoverdracht. Voor het cognossement wordt geleerd dat de vervoerder bij voorbaat iedere bezitsoverdracht erkent.⁷⁶ Voor bezitsoverdracht is dan nog slechts een tweezijdige verklaring vereist. De relatieve theorie bevat dus geen alternatieve vorm van levering. Het is ook geen exclusieve leveringswijze. Een levering *constitutum possessorium* is bijvoorbeeld ook mogelijk.⁷⁷

In het vervolg van dit hoofdstuk wil ik mij aansluiten bij de relatieve theorie, dat wil dus zeggen dat, na uitgifte van een cognossement, de levering van roerende zaken die onder de vervoerder liggen, zich voltrekt op de wijze van een *traditio longa manu* (3:115 sub c BW). De relatieve theorie doet naar mijn mening het meest recht aan de werkelijkheid. Het verklaart dat de cognossementhouder de middellijke macht of het middellijke bezit over de roerende zaken uitoefent. Ze maakt ook geen gebruik van een fictieve wijze van levering, waarin de levering door middel van het papier in de plaats komt van de levering van de zaken. Verder worden verschillende situaties beter door de *traditio longa manu* verklaard, dan door middel van de representatietheorie. Een voorbeeld is het geval waarin het cognossement op onvrijwillige wijze uit de macht van de rechthebbende raakt, bijvoorbeeld door verlies van het waardepapier. De relatieve theorie kan dan verklaren hoe de zaken nog steeds via een *traditio longa manu* kunnen worden geleverd. De representatietheorie kan dit echter niet verklaren, nu het papier dat de zaken representeert niet meer kan worden geleverd. Noodzakelijkerwijs zal zij dan ook moeten uitwijken naar een *traditio longa manu*.⁷⁸ Hetzelfde geldt voor de situatie dat de vervoerder niet meer houder is van de roerende zaken, bijvoorbeeld omdat het schip op zee is vergaan. In de relatieve theorie is onmiddellijk begrijpelijk dat een *traditio longa manu* niet meer mogelijk is, nu de vervoerder niet meer houdt. In de representatietheorie moet dan worden aangenomen dat de representatie van de zaken door het cognossement tot een einde komt, waarna aan de hand van de gewone goederenrechtelijke regels een identiek resultaat wordt bereikt. Tenslotte kan de relatieve theorie ook verklaren hoe partijen ervoor kunnen kiezen om de eigendom los van het cognossement over te dragen.⁷⁹

6.3.2 Betekenis van artikel 8:417 BW. Het cognossement als legitimatiepapier

Artikel 8:417 BW bevat de regel dat levering van het cognossement geldt als levering van de zaken, zolang aflevering van de daarin vermelde zaken niet heeft plaatsge-

76. Zwitser 2006a, p. 22-23. Sniijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 153. Goode 2004, p. 886. De Engelse *attornment in advance*-constructie wordt wel bekritiseerd, vgl. Dromgoole & Baatz 1998, p. 551-552. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 5.19-5.30. *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79, 94-96 (QBD). Vgl. s. 29 lid 4 Sale of Goods Act 1979.

77. Bij een levering *constitutum possessorium* (3:115 sub a BW) van roerende zaken die onder een derde liggen, blijft de derde houden voor de vervreemder, terwijl de vervreemder na levering houdt voor de verkrijger. Van der Lelij 1996, p. 35-36. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, p. 207-208.

78. Van der Lelij 1996, p. 105. Anders: Brahn 1992, nr. 12 die meent dat dan nog slechts door middel van een akte kan worden geleverd (3:95 BW).

79. Een voorbeeld is de verderop te behandelen uitspraak inzake *The Future Express* (§ 6.5.4).

vonden. Een letterlijke lezing van dit artikel leidt niet tot de gevolgtrekking dat de levering van het *cognossement in de plaats treedt* van de levering van de roerende zaken. Er staat slechts dat de levering van het *cognossement geldt* als levering van de zaken.⁸⁰ Naar de letter genomen bevat artikel 8:417 BW dan ook niet een bepaalde leveringsvorm, maar slechts dat de levering van het *cognossement* dezelfde rechtsgevolgen dient te hebben als de levering van de zaken.⁸¹ Een letterlijke lezing van dit artikel dwingt daarom niet tot de representatietheorie. Het artikel laat ruimte voor een keuze voor de relatieve theorie.

Ik zal nu uiteenzetten op welke wijze dezelfde rechtsgevolgen bereikt kunnen worden. De levering van roerende zaken geschiedt normaal gesproken door middel van bezitsverschaffing (3:90 BW). Door de bezitsverschaffing wordt de verkrijger in staat gesteld zich als rechthebbende te legitimeren. Jegens derden wordt daarmee duidelijk dat de verkrijger de macht over de zaken uitoefent. Aan het publiciteitsvereiste is dus voldaan.⁸² Wanneer de goederen zich op zee bevinden is het uitoefenen van de middellijke macht over de zaken geen geschikte manier om aan het publiciteitsvereiste te voldoen. Daarmee wordt de rol van het *cognossement* duidelijk. Het *cognossement* dient te worden opgevat als een legitimatiepapier. De *cognossement*houder legitimeert zich door middel van het *cognossement* als rechthebbende op de zaken.⁸³

Bij de levering van roerende zaken voltrekt zich de legitimatie door de uitoefening van de macht over de zaken. Na uitgifte van een *cognossement* kan deze legitimatie (ook) geschieden door de uitoefening van de macht over het *cognossement* en is daarmee voldaan aan het publiciteitsvereiste.

Bij de levering van roerende zaken door middel van bezitsverschaffing legitimeert de uitoefening van de macht over de zaken de houder van de zaken. Hij wordt vermoed rechthebbende te zijn door middel van een dubbel bewijsvermoeden. In artikel 3:109 BW is geregeld dat wie een goed houdt, wordt vermoed het voor zichzelf te houden. Artikel 3:119 BW voegt toe dat wie bezitter van een goed wordt, vermoed wordt rechthebbende te zijn.⁸⁴ Wanneer we artikel 8:417 BW zo willen uitleggen dat levering van het *cognossement* dezelfde rechtsgevolgen dient te hebben als de levering van roerende zaken, dan moeten we in artikel 8:417 BW een extra bewijsvermoeden inlezen. Het gaat dan om het vermoeden dat de *cognossement*houder de feitelijke macht over de zaken uitoefent.⁸⁵ Vervolgens geeft artikel 3:109 BW aan dat de middellijk houder de zaken wordt vermoed voor zichzelf te

80. Ook art. 517a oud-K bevat het woord 'geldt': 'Overgave van het *cognossement*, vóór de aflevering der daarin vermelde goederen door den vervoerder, geldt als overgave dier goederen.'

81. Mijnssen 1983, p. 349-350. Nieuwenhuis 1980, p. 41-43. Stengel 1975, p. 167-174. Dat betekent overigens ook dat art. 8:417 BW niet in samenhang gelezen moet worden met art. 8:416 BW. Dit laatste artikel ziet op de levering van het *cognossement* en dit moet worden onderscheiden van de levering van de zaken.

82. Mijnssen 1983, p. 346.

83. Asser 3-I/Mijnssen 2006, nr. 293. Mijnssen 1983, p. 349. Nieuwenhuis 1980, p. 41-43.

84. Nieuwenhuis 1980, p. 23-24.

85. Dit past in het Engelse recht waar de overgave van het *cognossement* door de verkoper het vermoeden met zich meebrengt dat de verkoper ook de eigendom van de zaken wil overdragen. Uiteraard kan dit vermoeden worden weerlegd, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een eigendomsvoorbehoud. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 6.29. Naar Nederlands recht is, anders dan naar Engels recht, een leveringshandeling onderdeel van de eigendomsovergang. Dat betekent dat het bewijsvermoeden naar Nederlands recht ziet op de levering, terwijl het naar Engels recht ziet op de eigendomsovergang. Vgl. Nieuwenhuis 1980, p. 23-24.

houden en wordt volgens artikel 3:119 BW de bezitter vermoed rechthebbende te zijn.

Dit bewijsvermoeden werkt door naar twee kanten. In de eerste plaats kan een koper van een cognossement ervan uitgaan dat zijn wederpartij de macht heeft over de zaken (8:417 BW) en daarom ook rechthebbende is op de zaken (3:107 lid 1 jo. 3:119 BW). In de tweede plaats moet de vervoerder ervan uitgaan dat de cognossementhouder de middellijke macht over de zaken uitoefent. De vervoerder houdt de lading dus voor de cognossementhouder. Dat is ook het geval indien de cognossementhouder een ontvangstexpediteur is. De expediteur oefent de middellijke macht uit over de zaken. Op zijn beurt echter houdt de expediteur de zaken weer voor de koper.⁸⁶

Het hier weergegeven standpunt bevestigt de rol van het cognossement als bewijs- of legitimatiepapier.⁸⁷ Zowel het papier als het endossement vervult de rol van legitimatie.⁸⁸ Dat betekent dat een derde-verkrijger geen onderzoek behoeft te verrichten naar de vraag wie de macht over de zaken uitoefent en of deze een zekerheidsrecht op de zaken heeft. Hij behoeft slechts het cognossement te onderzoeken. Blijken eventuele goederenrechtelijke rechten van derden niet uit het cognossement, dan kunnen ze aan hem niet worden tegengeworpen wanneer hij te goeder trouw op de inhoud van het cognossement heeft vertrouwd.⁸⁹

Artikel 8:417 BW brengt tenslotte met zich mee dat de legitimatie ontvalt op het moment dat de vervoerder de zaken aflevert. Dat is vanzelfsprekend. Immers op dat ogenblik heeft de ontvanger weer de onmiddellijke macht over de zaken en kan hij zich daardoor legitimeren als rechthebbende. De legitimatie geschiedt daarom weer uitsluitend door het uitoefenen van macht over de zaak en niet meer door middel van het cognossement.⁹⁰

In de bovengenoemde uitleg is artikel 8:417 BW verklaard zonder verwijzing naar artikel 8:441 BW. Dat is mijns inziens ook niet nodig. In de literatuur wordt hierover echter wel anders gedacht. Advocaat-generaal Asser merkt, in zijn conclusie onder *Heliopolis Star*, bijvoorbeeld op: 'Het cognossement belichaamt een recht op uitlevering van de zaken en daarom kan men zeggen dat het de zaken zelf vertegenwoordigt.'⁹¹

Hier wordt een verband gelegd tussen het recht op uitlevering van de zaken en het recht op de zaken zelf. Mijns inziens wordt hier echter onjuist vanuit de verhouding tussen cognossementhouder en vervoerder geredeneerd naar de verhouding tussen vervreemder en verkrijger van het cognossement. De betekenis van artikel 8:441 BW is slechts verbintenisrech-

86. Van der Lelij 1996, p. 90-93.

87. Van der Ziel 1999, p. 8 noemt het cognossement terecht in de eerste plaats een 'kenpapier'. Vgl. ook Nieuwenhuis 1980, p. 30. Cahen 1964, p. 33-34.

88. Mijnsen 1983, p. 349.

89. Deze conclusie volgt uit het arrest HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*). Het arrest is besproken in hoofdstuk 5.

90. Zie ook hierna § 6.5.3.1.

91. Ov. 2.23, conclusie onder *Heliopolis Star*. Vgl. ook Snijders 1969, p. 28-29. Boonk 2007b, p. 376. Van der Lelij 1996, p. 96-97.

telijk. Het is beperkt tot het verbintenisrechtelijke recht op aflevering van de zaken uit de vervoerovereenkomst en heeft geen betekenis voor de goederenrechtelijke verhouding van de cognossementhouder tot de zaken. Artikel 8:441 BW heeft geen goederenrechtelijke betekenis.⁹² Dat betekent consequent genomen ook dat de begrippen recht- en regelmatig houderchap beperkt moeten worden tot het recht op aflevering van de zaken en niet kunnen worden gebruikt voor het recht op de zaken. Beide rechtsverhoudingen moeten worden onderscheiden, alhoewel het cognossement bewijs biedt van beide rechtsverhoudingen. De beide rechten behoeven echter niet noodzakelijk in dezelfde hand te liggen.⁹³ Men kan recht- en regelmatig houder zijn van het recht op aflevering van de zaken en toch geen bezitter van de zaken. Een voorbeeld is de positie van de cognossementhouder na een diefstal van de zaken met medeweten van de vervoerder. De cognossementhouder kan dan schadevergoeding vorderen van de vervoerder (8:441 BW), maar hij heeft het bezit van de zaken verloren (8:417 BW).⁹⁴ Wanneer deze dief vervolgens de roerende zaken overdraagt aan een derde te goeder trouw, dan heeft de cognossementhouder ook niet meer de eigendom van de zaken (3:86 BW).

6.3.3 Rechtsvergelijkende opmerkingen

In deze paragraaf wil ik de leveringswijze van roerende zaken die onder de vervoerder liggen rechtsvergelijkend bezien. Ik richt mij daarbij eerst op het Engelse recht en bespreek vervolgens het Duitse recht.

Naar Engels recht is het cognossement een *document of title*.⁹⁵ Aanvankelijk werd gemeend dat de overgave van het cognossement steeds ook de eigendom van de zaken doet overgaan. Gaandeweg werd duidelijk dat de vraag naar het goederenrechtelijk gevolg van de overgave van het cognossement afhangt van de bedoeling

92. Vgl. voor het Duitse recht: Jacobi 1906, p. 86. Anders: Boonk 2007b, p. 376. Boonk 2003, p.134-135. Boonk 2007a, p. 96, noot 25. Tegen deze opvatting strijdt dat art. 8:441 BW van regeland recht is. PG Boek 8 BW, p. 470-471 (art. 8:441 BW). Vgl. hierbij ook de discussie tussen de dhr. Maris en de minister. PG Boek 8 BW, p. 473. Maris vraagt of de cognossementhouder een vorderingsrecht heeft of een zakelijk recht. De regeringscommissaris antwoordt door voor het zakelijk recht te verwijzen naar art. 8:417 BW. Men zou hieruit *a contrario* kunnen afleiden dat de regeringscommissaris meent dat art. 8:441 BW niets zegt over de vraag of de cognossementhouder een zakelijk recht heeft. De gedachte dat het recht op aflevering van de roerende zaken en het recht op de zaken van elkaar moet worden losgekoppeld, heeft steun in het Engelse recht. Onder de Bills of Lading Act 1855 kon het recht op afgifte slechts overgaan wanneer ook de eigendom overging. Dit leidde tot onbillijke resultaten. Met de COGSA 1992 is daarom gepoogd het recht op afgifte los van het eigendomsrecht te denken. Law Commission 1991, nr. 2.21-2.22.

93. Naar Duits recht staat dit probleem bekend als het probleem van het parallelisme. Stengel 1975, p. 182-185. Hiermee duidt men het vraagstuk aan of de *Papiereigentum* altijd samenvalt met de *Wareneigentum*.

94. Ik ga hier uit van de opvatting dat de dief bezitter wordt. Hierover wordt ook wel anders gedacht. Van Schaick 2005. Hiertegen: Salomons 2005.

95. Er is geen overeenstemming over de betekenis van het begrip 'document of title'. Het begrip 'title' kan verschillende concepten dekken, zoals de eigendom van of pandrecht op de zaken, het bezit van de zaken, het recht op aflevering van de zaken en de mogelijkheid om de vervoerder van de zaken aan te spreken. Debattista 2008, p. 25-29. Dromgoole & Baatz 1998, p. 550. Carver/Treitel/Reynolds 2005, p. 267 e.v. Hierna zal ik mij vooral op het bezit richten.

van partijen.⁹⁶ Partijen kunnen dus ook overeenkomen dat niet de eigendom overgaat, maar dat een pandrecht op het cognossement wordt gevestigd.

Ik zal mij hierna richten op de eis van bezit, omdat bezit (*possession*) naar Engels recht noodzakelijk is voor de vestiging van een pandrecht.⁹⁷

Over de wijze waarop de cognossementhouder de macht over de zaken uitoefent, wordt verschillend gedacht. De eerste theorie stelt dat er sprake is van *symbolic possession*.⁹⁸ Het cognossement functioneert in deze opvatting als een sleutel tot het drijvende pakhuis, het schip. De levering van het symbool, het cognossement, geldt daarbij als levering van de lading.⁹⁹ De tweede theorie geeft aan dat de cognossementhouder het middellijk bezit (*constructive possession*) van de zaak heeft.¹⁰⁰ De verklaring hiervan loopt echter uiteen. Een deel meent dit te kunnen verklaren door middel van een erkenning van de onmiddellijke houder, de vervoerder, dat hij de zaken gaat houden voor de verkrijger of pandhouder op het cognossement. Er is dan sprake van een zogenoemde *attornment*.¹⁰¹ Het merendeel meent echter dat een dergelijke erkenning door de vervoerder niet nodig is, omdat het cognossement functioneert als een *document of title*.¹⁰² Het middellijke bezit van de zaken gaat dan over bij levering van het cognossement aan de volgende houder van het document. De wijze waarop dit geschiedt, wordt dan niet nader verklaard.

Uit deze opmerkingen blijkt dat naar Engels recht dezelfde onderscheidingen een rol spelen als naar Nederlands recht. De leer van *constructive possession* in combinatie met een *attornment*, lijkt sterk op de *traditio longa manu* uit artikel 3:115 sub c BW. Zowel in het Nederlandse als in het Engelse recht is dit echter niet de enige verklaring die in omloop is in de literatuur, daarnaast blijkt steeds gegrepen te worden naar het cognossement als een symbool van de zaken. Dit onderscheid zien we nog duidelijker naar Duits recht.

96. Rodger 1971, p. 198. Goode 2004, p. 886. Goode/McKendrick 2010, p. 980-981. Dromgoole & Baatz 1998, p. 569. Bools 1997, p. 183-184, p. 190-192. Scrutton/Boyd 2008, p. 171-172 (art. 96). Carver/Treitel/Reynolds 2005, nr. 6-043. *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD) en *The Future Express* [1993] 2 Lloyd's Rep. 542 (CA). *The Delfini* [1990] 1 Lloyd's Rep. 252, 269 (Lord Mustill).
97. De pandhouder moet *possession* hebben over de zaken. *North Western Bank v. John Poynter* [1895] A.C. 56 (HL). Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 39-40. Goode 2004, p. 46-47. Bell 1989, p. 33. De pandhouder kan de zaak op twee manieren onder zich hebben. Hij kan in de eerste plaats de onmiddellijke macht over de zaken uitoefenen (*actual possession*). In de tweede plaats kan hij ze houden door middel van een derde die de zaak voor de pandhouder houdt. Er is dan sprake van middellijke macht (*constructive possession*). Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 46.
98. Bell 1989, p. 58. Bools 1997, p. 181. Aikens, Lord & Bools 2006, p. 10, 94. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 47. Lord Justice Bowen, in: *Sanders v. Maclean* (1882-83) LR 11 Q.B.D. 327, 341 (CA). Lord Hatherley, in: *Barber v Meyerstein* (1869-70) L.R. 4 H.L. 317, 326 (HL).
99. Bell 1989, p. 64. Vgl. ook art. 3 Factors Act 1889: 'A pledge of the documents of title to goods shall be deemed to be a pledge of the goods.'
100. De visie wordt aangehangen door Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 47. Goode 2004, p. 886. Carver/Treitel/Reynolds 2005, p. 272, die stellen dat het cognossement 'is regarded as the symbol of the goods, so that possession of the bill gives its possessor constructive possession of the goods.' Dromgoole & Baatz 1998, p. 547-551.
101. Dromgoole & Baatz 1998, p. 551. Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007, p. 47. Een erkenning (*attornment*) door de vervoerder is dan nodig om ervoor te zorgen dat hij de zaken niet meer houdt voor de pandgever, maar voor de pandhouder. Dit wordt dan zo geconstrueerd dat het cognossement de erkenning van de vervoerder bevat dat hij de goederen wil houden voor een ieder die de houder is van het cognossement. Goode 2004, p. 886. De *attornment*-constructie wordt wel bekritiseerd, vgl. Dromgoole & Baatz 1998, p. 551-552 en *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79, 94-96 (QBD). De Sale of Goods Act 1979, s. 29 lid 4 laten zich expliciet niet uit over de *attornment*-constructie voor cognossementen.
102. Carver/Treitel/Reynolds 2005, p. 277-279.

Naar Duits recht worden roerende zaken die onder een derde liggen, geleverd door middel van een cessie van de uitgifte aanspraak.¹⁰³ Met de cessie gaat het middellijke bezit over (§ 870 BGB). Deze cessie is, anders dan naar Nederlands recht, vormvrij.¹⁰⁴ Voor de vestiging van het pandrecht van roerende zaken die onder een derde liggen is eveneens cessie van de uitgifte aanspraak vereist, benevens mededeling aan de (onmiddellijke) houder van de zaken (1205 II BGB).¹⁰⁵ De levering van een ordercognossement geschiedt door middel van een endossement.¹⁰⁶ Ook voor de vestiging van een pandrecht op een orderpapier is endossement noodzakelijk.¹⁰⁷ Hoewel de levering van een orderpapier kan geschieden door middel van een endossement, sluit dit niet een andere wijze van levering uit. Het blijft steeds mogelijk om het cognossement te leveren door middel van een cessie.¹⁰⁸ Omdat het gaat om zaken die onder een derde liggen, gaat het hier om een cessie van de uitgifte aanspraak (*Herausgabeanspruch*). Verder wordt het naar Duits recht niet uitgesloten dat de roerende zaken los van het cognossement worden geleverd.¹⁰⁹ De uitgifte aanspraak kan echter slechts door middel van het cognossement worden geleverd. Dit korte overzicht van het Duitse recht bevestigt het beeld dat de levering van roerende zaken onder een derde niet exclusief door middel van het cognossement behoeft te geschieden. Het sluit echter niet uit de gedachte dat de levering door middel van het cognossement geschiedt. Een alternatieve leveringswijze kan daarom worden verdedigd. Ten aanzien van de leveringswijze zijn naar Duits recht drie theorieën in omloop. Ze vormen alle een interpretatie van § 650 HGB, het Duitse equivalent van artikel 8:417 BW.¹¹⁰

§ 650 HGB

Die Übergabe des Konnossements an den, der durch das Konnossement zur Empfangnahme legitimiert wird, hat, sobald die Güter von dem Kapitän oder einem anderen Vertreter des Verfrachters zur Beförderung übernommen sind, für den Erwerb von Rechten an den Gütern dieselben Wirkungen wie die Übergabe der Güter.

De theorievorming rond dit artikel heeft een hoge vlucht genomen. Men maakt onderscheid in drie stromingen: de absolute theorie, de representatietheorie en de relatieve theorie. De absolute theorie ziet in de levering door middel van het cognossement een leveringsvorm die losstaat van het *Bürgerliches Gesetzbuch*.¹¹¹ De representatietheorie stelt dat de overgave van het papier in de plaats treedt van de overgave van de zaken. 'Die Papierübergabe ersetzt die Warenübergabe'. De levering van het papier geschiedt verder op de wijze zoals beschreven in het *Bürgerliches Ge-*

103. § 931 BGB (*Abtretung des Herausgabeanspruchs*).

104. § 398 BGB (*Abtretung*). Nieskens-Isphording 1999, p. 52.

105. § 1205 II BGB.

106. § 363 HGB. § 364 HGB stelt enkel dat endossement nodig is voor de overgang. Uiteraard is daarnaast overgave van het papier en een zakelijke overeenkomst (*Einigung*) noodzakelijk. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 364, nr. 1. Stengel 1975, p. 46-47.

107. § 1292 BGB, en § 1293 BGB zien op het pandrecht op toonderpapieren.

108. Prüssmann/Rabe 2000, § 650 HGB, nr. 16. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 364, nr. 18. OLG Hamburg 11 september 1986, *Transportrecht* 1987-2, p. 69-76 (*Dithmarschen*). OLG 08.12.1927, RGZ 119, 215, 217.

109. Prüssmann/Rabe 2000, § 650 HGB, nr. 15. BGH 27.10.1967, BGHZ 49, 160.

110. Vgl. naast § 650 HGB (cognossement), ook § 448 HGB (delivery order) en § 475g HGB (ceel).

111. Stengel 1975, p. 14. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363, nr. 100.

setzbuch, dus op de wijze van een order- of toonderpapier. Het lijkt erop alsof deze leer naar Duits recht de heersende is.¹¹² De relatieve theorie, ten slotte, meent dat de overgave van een cognossement niets verandert aan de wijze van leveren. Het betreft hier een levering van roerende zaken die onder een derde liggen, zodat hier de cessie van de uitgifteaanpraak als leveringswijze is aangewezen (§ 931 BGB).¹¹³ Ten aanzien van deze theorievorming wordt dan meestal opgemerkt dat het praktische onderscheid ervan gering is.¹¹⁴

In het voorgaande heb ik voor het Nederlandse recht gekozen voor de relatieve theorie en daarmee voor de leveringsvorm *traditio longa manu*. Het kan verhelderend werken om deze stellingname te vergelijken met de relatieve theorie naar Duits recht. De belangrijkste tegenwerping die naar mijn mening tegen de relatieve theorie gemaakt kan worden, is geuit door Schnauder. Hij voert aan dat deze theorie niet goed rekening houdt met de waardepapierrechtelijke eigenaardigheden, zoals dat de houder van het papier gelegitimeerd is uit het papier. Het BGB knoopt de leveringswijze immers aan bij het middellijke of onmiddellijke bezit van de zaken en niet bij de waardepapierrechtelijke regels.¹¹⁵ Naar Duits recht brengt dat minstens twee problemen met zich mee. In de eerste plaats is bij de verpanding van zaken die onder een derde liggen, mededeling van de verpanding aan de derde noodzakelijk (1205 II BGB). Toch geschiedt deze mededeling niet aan de vervoerder bij de overgave van het cognossement. Het tweede probleem is dat wanneer de derde, waaronder de zaak ligt, een pandrecht vestigt, en de vervreemder, tevens middellijke bezitter van de zaak, draagt de zaak over, dan kan dit pandrecht ook aan de verkrijger van de zaak worden tegengeworpen (936 lid 3 BGB). Dit rechtsgevolg lijkt in strijd met het belang van de verkrijger van het cognossement op onbezwaarde eigendom. De aanhangers van de relatieve theorie zijn op dit bezwaar ingegaan en ik geef hierbij de zienswijzen van Stengel en Canaris.

Stengel, in zijn boek *Die Traditionsfunktion des Orderkonnossements* uit 1975, meent dat § 650 HGB geen eigen leveringswijze bevat. § 650 HGB geeft niet de regel dat de overgave van het cognossement in de plaats komt van de overgave van de zaken, maar alleen dat het dezelfde rechtsgevolgen met de overgave van de zaken moet hebben. Hoewel het gaat om roerende zaken die onder een derde liggen en dus om de overdracht van middellijk bezit, dienen de rechtsgevolgen te zijn alsof *onmiddellijk* bezit werd verschaft. Artikel 650 HGB bevat dus geen alternatieve leveringsvorm, maar geeft een maatstaf welke effecten een overdracht moet hebben (*Maßstabnorm*).¹¹⁶

Een voorbeeld van de werking van artikel 650 HGB is een contractueel overeengekomen pandrecht van de vervoerder. Volgens artikel 936 lid 3

112. Zie Herber 1999, p. 300. Schmidt 1999, p. 698. Prüssmann/Rabe 2000, p. 737 (§ 650 HGB). Franken 1982, p. 30, 33. BGH 27.10.1967, BGHZ 49, 160, 163: 'Der mittelbare Besitz am ein gelagerten Gut wird durch den unmittelbaren Besitz am Orderlagerschein repräsentiert.' Vgl. ook BGH 15.12.1976, BGHZ 68, 18, 22. Kritisch hierover al: Goldschmidt 1973, Teil C, p. 711-713, en ook Stengel 1975, p. 173-174: 'Die ehrwürdigen Vorstellungen von Repräsentation, traditio symbolica und traditio per cartam sind zum Wirkungsnachweis der Norm nicht nötig. Schon immer waren diese bildhaften Vorstellungen eher Beschreibungen als Wirkungsanalysen.'

113. Onder meer GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363 HGB, nr. 102 en Stengel 1975 lijken deze theorie aan te hangen.

114. Schmidt 1999, p. 699. Prüssmann/Rabe 2000, § 650 HGB, nr. 4.

115. Schnauder 1991, p. 1646.

116. Stengel 1975, p. 167-169.

BGB kan een dergelijk pandrecht van de houder van de zaken ook tegen de verkrijger te goeder trouw tegengeworpen worden. Dat had echter niet gekund als de vervreemder de zaken onder zich had en een pandrecht daarop had. Als de verkrijger dan te goeder trouw was, dan verkrijgt deze de onbezwaarde eigendom. Op dit punt grijpt artikel 650 HGB dus in ten gunste van de verkrijger van het cognossement.¹¹⁷

Stengel verklaart niet *in extenso* waarom het gerechtvaardigd is dat § 650 HGB ingrijpt. Dat doet Canaris wel.¹¹⁸ Hij bepleit een *wertpapierrechtlich fortgebildete und korrigierte relative Theorie*. Daarmee poneert hij een relatieve theorie maar met waardepapierrechtelijke correcties. Hij stelt dat de hele theorieënstrijd kan worden gevat in de vraag op welke wijze het middellijke bezit van de zaken overgaat. Canaris kent daarvoor een aantal uitgangspunten om artikel 650 HGB te begrijpen. Het eerste uitgangspunt is dat de *Traditionswirkung* pas kan intreden als de vervoerder de zaken onder zich heeft: de vervoerder moet dus het bezit hebben.¹¹⁹ In de tweede plaats kan men niet stellen dat het cognossement het middellijke bezit vertegenwoordigt (representeert). Een dief of een vinder van het cognossement is geen middellijk bezitter van de zaken.¹²⁰ Er is daarom niet sprake van een strikte parallelie (*Parallelismus*) tussen de verkrijging van het papier en de verkrijging van de lading. De eigendom van de lading volgt dus niet noodzakelijkerwijs de eigendom van het papier. Hieruit volgt noodzakelijk, in de derde plaats, dat de lading ook buiten het papier om kan worden overgedragen.

Het Duitse recht kan het cognossement echter niet in alle opzichten verklaren vanuit het BGB. Canaris corrigeert de relatieve theorie daarom op een aantal punten door middel van een waardepapierrechtelijke benadering. Onder meer is daarbij het probleem van het pandrecht van de vervoerder. Deze kan zijn pandrecht in beginsel tegenwerpen aan iedere verkrijger van het cognossement, zo zou uit de regels van burgerlijk recht volgen (§ 936 lid 3 BGB). Hij voegt daarom toe dat het pandrecht uit het cognossement moet blijken wil het aan de verkrijger tegengeworpen kunnen worden.¹²¹ De regel van artikel 650 HGB brengt dan met zich mee dat

117. Stengel 1975, p. 170-171. Zie ook p. 121 e.v. waar Stengel een nadere rekenschap geeft hoe een zakelijk recht als het pandrecht nu niet kan worden tegengeworpen aan de derde-verkrijger van de zaken. Het antwoord ligt voor Stengel in § 364 lid 2 HGB en 656 lid 1 HGB. § 364 lid 2 HGB luidt als volgt: 'Dem legitimierten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.' § 656 lid 1 HGB luidt als volgt: 'Das Konnossement ist für das Rechtsverhältnis zwischen dem Verfrachter und dem Empfänger der Güter maßgebend.' Onder § 656 lid 1 HGB moet men de gehele rechtsverhouding verstaan, zowel verbintenisrechtelijk als zakenrechtelijk. In combinatie met § 364 lid 2 HGB betekent dit dat ook de zakenrechtelijke zijde, het pandrecht, niet aan de ontvanger mag worden tegengeworpen voor zover zulks niet uit het cognossement blijkt. Dat is anders voor het wettelijke pandrecht (§ 441 HGB), nu de ontvanger hiervan afweert.

118. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, nr. 95-166.

119. Vgl. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, nr. 155 e.v., waar hij de volgende lezing van § 650 HGB voorstelt: 'dass die Übertragung des Papiers dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Gutes hat, sofern der Schuldner des verbrieften Herausgabeanspruchs Besitz an diesem hat.'

120. De dief of vinder heeft naar Duits recht niet het middellijke bezit op de zaken omdat aan hem immers niet de uitgifte aanspraak is overgedragen.

121. Dat is een gevolg van § 364 lid 2 HGB: 'Dem legitimierten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.' Dit geldt echter niet voor het wettelijke pandrecht van de vervoerder (§ 441 HGB). Met

een *lastenfrie Erwerb* van de zaken ontstaat op het moment van de overdracht van het papier.

Ook acht Canaris mededeling van de verpanding aan de vervoerder niet noodzakelijk, hoewel dit strikt genomen wordt geëist door het BGB (§ 1205 II BGB). Uit § 650 HGB volgt dat de bezitsoverdracht wordt vervangen door overdracht van het waardepapier en de daarmee verbonden overgang van de uitgifte aanspraak. De mededeling (*Verpfändungsanzeige*) van het pandrecht aan de vervoerder is niet nodig, zo volgt uit artikel 650 HGB, omdat de mededeling bedoeld is te voorkomen dat de vervoerder niet aflevert aan de pandgever en vormt dus een uitwerking van de publiciteitseis. Door het bestaan van een papier is echter aan deze eis voldaan en is een mededeling niet meer nodig.¹²²

Deze Duitse gedachten laten zich geheel overnemen naar Nederlands recht. Door de aanhangers van de levering door middel van een *traditio longa manu* wordt steeds geleerd dat de vervoerder bij voorbaat iedere overdracht of verpanding erkent, zodat mededeling niet nodig is. Verder heb ik betoogd het cognossement op te vatten als een legitimatiepapier. Dat betekent dat het papier de houder ervan legitimeert als rechthebbende en dat heeft weer tot gevolg dat de verkrijger van een cognossement alleen nog onderzoek behoeft te doen naar de inhoud van het cognossement en niet meer onderzoek moet doen naar wie de macht over het cognossement uitoefent. Deze gedachte is in overeenstemming met het arrest *Bosman/Condorcamp*. Daar wijst de Hoge Raad onder meer op artikel 8:414 BW om te concluderen dat tegen de houder te goeder trouw geen tegenbewijs tegen het cognossement kan worden geleverd. Klaarblijkelijk past de Hoge Raad hier artikel 8:414 BW ook toe op goederenrechtelijke rechten die niet uit het cognossement blijken. Hiervoor zagen we dat Stengel en Canaris een soortgelijke gedachte aanhangen, die ik naar Nederlands recht dan ook wil overnemen. De relatieve theorie wordt dus door middel van het waardepapierenrecht enigszins gecorrigeerd.

6.4 Pandrecht op cognossement door banken bij een documentair krediet

6.4.1 De werking van een documentair krediet

In de voorgaande paragraaf is aandacht besteed aan de vestiging van het pandrecht op cognossement. Bij de totstandkoming van een pandrecht op cognossement bij een documentair krediet komen echter enkele bijzondere problemen naar voren die in deze paragraaf aan de orde komen.

Bij een documentair krediet wordt een bank ingeschakeld om de uitwisseling van geld tegen documenten vorm te geven. De bank treedt op als lasthebber van de koper en neemt een zelfstandige verbintenis op zich om over te gaan tot betaling na presentatie van de juiste documenten.¹²³ Dat betekent onder meer dat de bank

het bestaan van dit pandrecht moet de verkrijger rekening houden, omdat dit pandrecht uit de wet blijkt.

122. Ook Stengel 1975, p. 103-108 acht een dergelijke *Pfandanzeige* niet nodig. De *Pfandanzeige* is een manier om aan het publiciteitsvereiste te voldoen. De vervoerder mag echter alleen tegen presentatie van het cognossement uitleveren. Door middel van het houden van het cognossement is daarom voor het pandrecht al aan het publiciteitsvereiste voldaan en is een *Pfandanzeige* niet nodig.

123. De bank wordt door de koper ingeschakeld en is een overeenkomst van lastgeving. Haak & Zwitser 2010, p. 95. Boon 1997, p. 169. HR 31 mei 1974, NJ 1976, 309 m.nt. BW (*African Continental*)

verplicht is om over te gaan tot betaling ongeacht of de koper zijn verplichtingen jegens de bank nakomt. Het documentair krediet vormt op deze manier een belangrijk betalingsinstrument in de handel. In de Engelse rechtspraak wordt wel beeldend gesproken van het accreditief als *'the life blood of commerce'*.¹²⁴ De zelfstandige verbintenis van de bank kan tot gevolg hebben dat de bank uitbetaalt, maar dat vervolgens de koper weigert te betalen of de documenten weigert. Om zich voor dit risico in te dekken, bedingt de bank een pandrecht.¹²⁵

Het object van het pandrecht kan variëren. De bank kan van de koper vorderen dat een aparte bankrekening (fonds) wordt geopend waarop het geld wordt gereserveerd en waarop de bank vervolgens een pandrecht bedingt. De koper zal meestal een cliënt zijn bij de bank en daarom is het ook mogelijk dat op de lopende rekening een gedeelte van het saldo wordt geblokkeerd tot een bedrag gelijk aan het documentair accreditief.¹²⁶ Daarnaast is een stil pandrecht op de handelsvoorraad van de koper mogelijk.¹²⁷ Tenslotte bedingt de bank als aanvullende zekerheid meestal een pandrecht op het cognossement.¹²⁸ De zekerheid van een bank hangt dus niet uitsluitend aan het pandrecht op de documenten. Daarbij komt dat in de praktijk de bank gewoonlijk inzicht heeft in de vermogenspositie van zijn cliënt, zodat ook hierdoor het belang van het pandrecht op cognossement wordt gerelativeerd. Toch is het van belang te weten of het pandrecht op cognossement tot stand komt, het is immers een van de manieren waarop de bank zijn zekerheidspositie bewaakt. Daarom wordt in deze paragraaf het pandrecht op cognossement door een bank verder uitgewerkt.

Bij een documentair krediet kunnen een of meerdere banken zijn betrokken. De eerste bank is de openende bank (*issuing bank*). De openende bank gaat een eigen verplichting aan om uit te betalen na presentatie van de juiste documenten. Omdat de openende bank in veel gevallen in hetzelfde land als de koper is gevestigd, kan gebruik worden gemaakt van een tweede bank die zijn vestigingsplaats in het land van de verkoper heeft. Deze tweede bank kan een adviserende bank (*advising bank*) zijn. In dat geval gaat de bank geen eigen verplichting aan, maar fungeert hij slechts als een doorgeefluik van de documenten. De adviserende bank geeft daarbij de documenten, die hij heeft ontvangen van de verkoper, door aan de openende bank, en die betaalt vervolgens uit in het geval de documenten in orde bevonden worden. Omdat de adviserende bank geen eigen verplichting aangaat, zal hij ook geen pandrecht bedingen. De adviserende bank blijft daarom in het vervolg buiten beschouwing. De tweede bank kan ook een eigen verplichting op zich nemen om uit te betalen na presentatie van de juiste documenten. In dat geval wordt gesproken van een confirmerende bank (*confirming bank*). Tot zekerheid zal deze bank een

Bank/Dieleman). Duits recht: *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675 BGB). Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 59. De bank gaat een zelfstandige verbintenis aan. Art. 4 sub a UCP 600. Hierover: Dehouck 2007, p. 433 e.v.

124. Vgl. bijv. *Intraco Ltd v Notis Shipping Corp of Liberia (The Bhoja Trader)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 256 (CA).

125. Debattista 2008, nr. 2.58. Gutteridge & Megrah/King 2001, nr. 8-03. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 284-286.

126. Boon 1997, p. 329-330. Boon 1988, p. 339-343. Stein 1970, p. 208. Pabbruwe 1970, p. 548.

127. Vgl. Goode/McKendrick 2010, p. 1122. Goode 2004, p. 1013-1014.

128. Dat het gaat om aanvullende zekerheid, stellen ook Gutteridge & Megrah/King 2001, nr. 8-01. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 286 stellen dat het pandrecht in de praktijk nauwelijks tot problemen aanleiding geeft. Vgl. ook Dehouck 2007, p. 255-256. Goode 2004, p. 1014. Goode/McKendrick 2010, p. 1123.

pandrecht op het cognossement bedingen. Op welke wijze dat kan geschieden komt verderop aan de orde.

In deze paragraaf wordt onderzocht of de bank een pandrecht verkrijgt op het cognossement. Daartoe moet aan drie eisen zijn voldaan. Er moet sprake zijn van een vestigingshandeling, krachtens geldige titel, door een beschikkingsbevoegde pandgever (3:98 jo. 3:84 BW). In de praktijk kan zowel de vestigingshandeling als de eis van beschikkingsbevoegdheid de totstandkoming van een pandrecht op het cognossement verhinderen. Eerst wordt ingezoomd op de vestiging van een pandrecht op cognossement en gaat de aandacht in het bijzonder uit naar de vraag of de bank het cognossement voor de koper kan verkrijgen in het geval er sprake is van een ordercognossement. Hier komt de directe leer bij goederenrechtelijke vertegenwoordiging (3:110 BW) ter sprake (§ 6.3.2.1). Vervolgens komt het vraagstuk van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever bij gebruik van één bank (§ 6.3.2.2) en van twee banken (§ 6.3.2.3) aan de orde. Mijn oplossing voor het Nederlandse recht wordt toegelicht aan de hand van enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (§ 6.3.3). Ten slotte vindt behandeling plaats van de vraag wat er rechtens geschiedt indien de bank het cognossement heeft geaccepteerd, maar de koper het cognossement of de lading weigert (§ 6.3.4).

6.4.2 Documentair krediet naar Nederlands recht

6.4.2.1 *Directe verkrijging door koper bij cognossementen aan order*

Bij een documentair krediet wordt in veel gevallen een ordercognossement door de verkoper overgegeven aan de bank. Het cognossement kan op onderscheidende wijze zijn opgemaakt. Zo kan de bank als geadresseerde op het cognossement aan order staan vermeld. Ook kan het een cognossement aan order betreffen, dat volgens de wet moet worden gelezen als een cognossement aan de order van de afzender (8:412 lid 2 BW). In dat geval moet de afzender-verkoper het cognossement endosseren aan de bank. Hij kan in het endossement de bank bij naam noemen, hij kan ook volstaan met het plaatsen van een endossement in blanco. Het cognossement waarop een in blanco geplaatst endossement is te vinden, wordt vervolgens behandeld op de wijze van een toonderpapier.

De bank die het cognossement van de verkoper verkrijgt, verkrijgt het cognossement niet voor zichzelf. De bank bedingt immers alleen een pandrecht op het cognossement en is daarmee nog geen rechthebbende van het cognossement geworden. De bedoeling is dat de koper rechthebbende wordt op het cognossement en eigenaar van de door het cognossement vertegenwoordigde zaken en de bank een pandrecht op het cognossement en de daardoor vertegenwoordigde zaken verkrijgt, op het moment dat de bank het cognossement van de verkoper onder zich krijgt en betaling heeft plaatsgevonden (*cash against documents*).

Volgens de heersende leer kan dit ideale resultaat niet worden bereikt op het moment dat de verkoper het ordercognossement overgeeft aan de bank. Daartoe wordt aangevoerd dat de directe leer niet van toepassing is op orderpapieren.¹²⁹ De directe leer is neergelegd in artikel 3:110 BW en houdt in dat indien tussen twee personen

129. Zwitser 2007, p. 84-85. Asser 2-*I*/Kortmann 2004, nr. 128. Brahn 1992, p. 40. Meijer 1999, p. 181, die overigens bepleit de directe leer toe te passen op rechten aan order (p. 191).

een rechtsverhouding bestaat die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene het ter uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander. In het hier opgevoerde geval bestaat tussen bank en koper een dergelijke rechtsverhouding, namelijk van lastgeving. Toch wordt de koper volgens de heersende leer niet rechthebbende op het ordercognossement.¹³⁰ De heersende leer past namelijk de directe leer uitsluitend toe op goederen die door middel van bezitsverschaffing worden geleverd, dus roerende zaken en rechten aan toonder.¹³¹ Rechten op naam en onroerende zaken (registergoederen) vallen buiten het bereik van de directe leer.¹³² De reden hiervoor is dat de levering op andere wijze dan bezitsverschaffing geschiedt, namelijk door middel van een akte. Kennelijk ziet de heersende leer in de levering van orderpapier, waarbij onder meer endossement is vereist, meer verwantschap met de levering van rechten op naam dan met de levering van rechten aan toonder.

Naar mijn mening dient echter ook voor het orderpapier de directe leer te worden toegepast. In de literatuur wordt algemeen geleerd dat order- en toonderpapieren zoveel mogelijk behandeld moeten worden als roerende zaken.¹³³ Illustratief daarvoor is een passage uit de parlementaire geschiedenis. In de parlementaire geschiedenis is een brief te vinden die Loeff aan de commissie heeft gestuurd en waarin hij heeft betoogd dat een recht aan order op dezelfde manier moet worden behandeld als een registergoed. De regeringscommissaris W. Snijders merkt daarover op dat hij het een originele gedachte vindt om een reeks endossementen met een openbaar register te vergelijken. Hij voegt er echter aan toe dat men deze gedachte niet moet overtrekken. De overeenkomst tussen order- en toonderpapier is veel groter dan die tussen orderpapier en registergoederen.¹³⁴ Op deze lijn voortgaand is het zaak om de directe leer ook voor orderpapier te volgen.

Het belangrijkste argument voor deze benadering is dat een orderpapier ook door middel van bezitsverschaffing wordt geleverd. In *Kas-Associatie/Drying* wordt immers door de Hoge Raad overwogen dat de directe leer uit artikel 3:110 BW slechts kan worden toegepast op goederen waarvan de levering plaatsvindt door middel van bezitsverschaffing. In dat kader wordt ook gewezen op artikel 3:93 BW, waar het recht aan order en toonder is geregeld.¹³⁵ In de literatuur wordt dit beperkt tot rechten aan toonder, maar dit miskent dat ook een orderpapier wordt geleverd door middel van bezitsverschaffing.

130. Zwitser 2007, p. 85 merkt op dat de koper wel eigendom zal verkrijgen van de lading. Dat is overigens alleen mogelijk wanneer men de relatieve theorie (§ 6.3.1) aanhangt, die in de levering van roerende zaken die onder de vervoerder liggen een *traditio longa manu* ziet. Acht men levering van de zaken uitsluitend mogelijk door middel van de levering van het cognossement, dan moet de conclusie zijn dat de koper ook niet eigenaar is geworden van de lading.

131. HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 m.nt. WMK (*Kas-Associatie/Drying*): hierin wordt opgemerkt dat de directe leer (3:110 BW) kan worden toegepast op goederen waarvan de levering plaatsvindt door de verkrijger het bezit daarvan te verschaffen. In dat kader wordt gewezen op de art. 3:90 en 3:93 BW (r.o. 3.5).

132. Asser 2-I/Kortmann 2004, nr. 128. De doorleveringsleer bij onroerende zaken: HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 m.nt. WMK (*Modehuis Nolly*). Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 438.

133. Zwitser 2006a, p. 83.

134. PG Boek 3 BW, p. 305-306, 338 (art. 3:86 BW).

135. HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 m.nt. WMK (*Kas-Associatie/Drying*). Hierboven heb ik naar gewenst recht betoogd dat het cognossement in zijn geheel als een roerende zaak moet worden behandeld, in dat geval is het duidelijk dat de directe leer mogelijk is (§ 6.2.3.3).

Het feit dat voor de levering van een orderpapier ook endossement noodzakelijk is, doet hieraan niet af. Het endossement kan namelijk niet op één lijn worden gesteld met een akte van cessie. Het plaatsen van een endossement duidt aan dat partijen bepaalde rechtsgevolgen beogen, maar welke rechtsgevolgen dat zijn behoeft niet uit het endossement te blijken. Partijen kunnen beogen dat de verkrijger van het cognossement eigenaar, pandhouder of lasthebber wordt. In het eerste geval houdt de verkrijger het cognossement voor zich zichzelf, in de overige gevallen houdt de cognossementhouder het cognossement voor een ander. Of de cognossementhouder voor zichzelf of voor een ander houdt, behoeft niet uit het endossement te blijken.¹³⁶ Dat is een belangrijk verschil met de akte van cessie. Hierbij zal wel duidelijk zijn welke rechten aan de cessionaris worden toebedeeld. Naar mijn mening behoeft daarom het feit dat het cognossement luidt aan de order van de bank of is geëndosseerd aan de bank nog niet met zich mee te brengen dat de bank voor zichzelf houdt.

Het endossement geeft dus wel publiciteit dat een bepaald goederenrechtelijk effect tussen partijen is beoogd, maar welke goederenrechtelijke effecten intreden, is afhankelijk van de titel die geldt tussen partijen. Is dat een titel tot pand, dan verkrijgt de bank uitsluitend een pandrecht. Het vereiste van endossement staat er daarom naar mijn mening niet aan in de weg dat de bank gaat houden voor de koper. De bank houdt het cognossement in pand en de koper wordt dan tegelijkertijd recht-hebbende op het cognossement.

Het genoemde vestigingsprobleem kan ook op andere wijze worden opgelost. De verkoper kan een endossement in blanco plaatsen op het cognossement. Het kan daarna worden geleverd als een toonderpapier, dus door middel van bezitsverschaffing (3:93 BW). De bank kan hierbij voor zichzelf houden als pandhouder en voor de koper als rechthebbende.¹³⁷

6.4.2.2 Beschikkingsbevoegdheid opdrachtgever bij documentair krediet

Bij een documentair krediet kunnen een of meer banken betrokken zijn. In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de bank een pandrecht verkrijgt wanneer er sprake is van één bank, in de volgende paragraaf wanneer er sprake is van twee banken.

De bank wordt door de koper ingeschakeld. Om het pandrecht op cognossement tot stand te doen komen, moet de koper bevoegd zijn tot het beschikken over het cognossement. Bij een documentair krediet is het echter niet de koper die het cognossement overgeeft aan de bank, maar de verkoper. De verkoper is degene die het cognossement presenteert aan de bank en daarop krijgt uitbetaald. De verkoper is in het gewone geval ook rechthebbende op het cognossement, en daarmee tevens eigenaar van de zaken, tot op het moment dat hij betaling van de koopprijs heeft verkregen. Nadat de bank heeft uitbetaald aan de verkoper, wordt de koper recht-hebbende op het cognossement. De bank verkrijgt immers, zo bleek hiervoor, het

136. Een titel tot verpanding behoeft immers niet in het endossement te worden vermeld. Zwitser 2005, p. 170. Zwitser 2006a, p. 84-85. Scheltema/Wiarda 1969, p. 257. Zevenbergen 1951, p. 27, 154. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 149. In 't Velt-Meijer 1976, p. 36. Stein 1970, p. 122. Anders: Scheltema/Meijer 1993, p. 106-107.

137. Zwitser 2007, p. 85.

cognossement niet voor zichzelf maar voor de koper (3:110 BW).¹³⁸ Omdat in de Algemene Bankvoorwaarden een pandrecht is bedongen, zal de koper het cognossement verkrijgen bezwaard met het pandrecht van de bank.¹³⁹ Het pandrecht blijft op het cognossement rusten in het geval de koper failliet gaat. De bank heeft dan een separatistpositie in het faillissement (57 Fw).

Moelijker is het geval wanneer de koper failliet gaat in de tijd tussen het aangaan van de overeenkomst tussen de koper en de bank en de betaling door de bank aan de verkoper. Zoals eerder gesteld, kan de overeenkomst tussen koper en bank worden gekwalificeerd als een overeenkomst van lastgeving. Door het faillissement van de lastgever zal de overeenkomst van lastgeving tussen bank en koper eindigen (7:422 BW).¹⁴⁰ Men kan zich dan afvragen of de bank nog wel op grond van de Algemene Bankvoorwaarden een pandrecht op het cognossement kan verkrijgen, omdat deze voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst die inmiddels is geëindigd.¹⁴¹ Bovendien is de koper door het faillissement beschikkingsonbevoegd geworden om het cognossement aan de bank te verpanden (23 Fw). Doordat de overeenkomst van lastgeving is geëindigd, kan men zich verder afvragen of de koper nog wel rechthebbende kan worden op het cognossement en eigenaar van de lading. De rechtsverhouding tussen bank en koper op welke grond de bank het cognossement (en de lading) zou gaan houden voor de koper is immers weggefallen (3:110 BW). De verkoper heeft het cognossement en de lading echter wel overgedragen. De bank lijkt daarmee rechthebbende op het cognossement en eigenaar van de lading te zijn geworden.¹⁴²

Deze conclusie leidt echter tot verschillende vragen. In de eerste plaats is er de vraag of de verkoper in dat geval wel aan zijn leveringsverplichting onder de koopovereenkomst heeft voldaan. Het rechtsgevolg is immers dat hij uiteindelijk aan de bank heeft overgedragen en niet aan de koper. Naar mijn mening moet echter worden aangenomen dat de verkoper wel aan zijn verplichtingen heeft voldaan. De verkoper diende de eigendom over te dragen door middel van overdracht van de documenten aan de hulppersoon van de koper, de bank. Aan die verplichting heeft hij voldaan zodat hij uit de koopovereenkomst gekweten is. In de tweede plaats is de vraag of de bank niet door dit resultaat wordt verrijkt. De bank heeft immers de eigendom verkregen van de zaken en niet een pandrecht zoals hij met de koper was overeengekomen.

Naar mijn mening verzet de redelijkheid en billijkheid zich ertegen dat de overeenkomst van lastgeving geheel is geëindigd. Ondanks het eindigen van de overeen-

138. De dogmatische constructie waarmee de eigendomsovergang van verkoper op koper is te verklaren, is de directe leer, art. 3:110 BW. Zwitser 2007, p. 84-85. Boon 1997, p. 336-338. Zie hiervoor § 6.4.2.1.

139. Cahen 1964, p. 207-208 meent dat de bank fiduciair eigenaar wordt op het moment dat hij de documenten van de verkoper ontvangt. Een dergelijke opvatting is moeilijk te rijmen met het feit dat de bank slechts een pandrecht heeft bedongen.

140. Naar Duits recht geldt hetzelfde. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 308 e.v. §§ 115-117 Insolvenzordnung.

141. Ik ga er daarbij vanuit dat het pandrecht een nevenverbintenis is die tenietgaat met het wegvallen van de hoofdverbintenis (de lastgeving). Men zou echter wellicht ook kunnen betogen dat de titel tot verpanding zelfstandige betekenis toekomt en daarmee niet wegvalt op het moment dat de overeenkomst van lastgeving eindigt.

142. Zo Bartels 2004, p. 108-109. Hartkamp 1974, p. 396. Hartkamp 2004, nr. 14-15. Asser 2-I/Van der Grinten 1990, nr. 123. Asser 2-I/Kortmann 2004, nr. 130. Anders: Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 310 die menen dat de bank wel een pandrecht heeft verkregen. Ik kan niet inzien hoe dat mogelijk is wegens het ontbreken van een titel tot verpanding.

komst van lastgeving door het faillissement van de koper blijven in de postcontractuele fase nog enkele restverplichtingen over.¹⁴³ Wel neem ik aan dat de directe leer geen betekenis heeft na het faillissement van de lastgever-koper omdat de rechtsverhouding (de lastgeving) is geëindigd, zodat het uitgangspunt inderdaad moet zijn dat de bank eigenaar wordt.¹⁴⁴ Aangenomen moet echter worden dat ook na het eindigen van de overeenkomst van lastgeving de bank een verplichting heeft tot doorlevering van het cognossement aan de koper. Ik zou daaraan willen koppelen een andere restverplichting uit de geëindigde overeenkomst van lastgeving, namelijk de bedongen zekerheid door de bank. De bank zou daarom alleen tot doorlevering moeten worden verplicht, indien de curator van de koper voldoende zekerheid stelt. Het is naar huidig recht echter onzeker of deze restverplichtingen uit de geëindigde overeenkomst van lastgeving inderdaad blijven bestaan.

Indien wordt aangenomen dat de genoemde restverplichtingen na het eindigen van de overeenkomst blijven bestaan, dan lijkt dit sterk op een (analogische) toepassing van artikel 37 Fw. In dit artikel is een regeling gegeven op welke wijze een wederkerige overeenkomst in het faillissement moet worden afgewikkeld. Indien door beide partijen in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen dan kan de curator de overeenkomst gestand doen. In dat geval moet hij zekerheid stellen voor de nakoming. Doet de curator de overeenkomst niet gestand, dan kan de curator naderhand ook geen nakoming van de overeenkomst vorderen.

Artikel 37 Fw is strikt genomen niet van toepassing op het onderhavige onderwerp, de overeenkomst van lastgeving is immers geëindigd. Hiervoor heb ik echter verdedigd dat bepaalde verplichtingen van de bank in het faillissement zijn blijven bestaan. Analogische toepassing van artikel 37 Fw op deze verplichtingen ligt dan voor de hand. De curator heeft de keuze of hij van de bank vordert dat de eigendom wordt doorgeleverd of niet. Eist de curator doorlevering, dan moet de curator zekerheid stellen (37 lid 2 Fw). De curator kan dit doen door het vestigen van een pandrecht op het cognossement. Eist de curator niet van de bank dat hij de restverplichtingen nakomt, dan blijft de bank rechthebbende op het cognossement en kan hij zich op het cognossement en de lading verhalen.

143. Asser 7-IV/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 295. Biemans 2008, p. 451. PG Boek 7 BW, p. 375 bevat een passage over restverplichtingen voor het geval van dood of ondercuratelestelling van de lastgever (7:422 lid 3 BW). Dit zal naar analogie dienen te worden uitgebreid tot het faillissement van de lastgever.

144. Een andere opvatting is echter ook denkbaar. Het eindigen van de overeenkomst van lastgeving betekent dan nog niet dat de bank voor zichzelf gaat houden, zodat de bank ook dan nog blijft houden voor de koper. In deze opvatting is de bank (na faillissement van de koper) uitsluitend houder van het cognossement, zonder dat hij een pandrecht op het cognossement verkrijgt (wegens het ontbreken van een geldige titel en beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever). De bank moet dan noodzakelijkerwijs uitwijken naar andere zekerheden die hij heeft bedongen, zoals een pandrecht op de bankrekening van de koper.

6.4.2.3 *Het pandrecht van de confirmerende bank*

Bij een documentair krediet kan gebruik worden gemaakt van de dienstverlening van twee banken. De bank van de koper schakelt dan een tweede bank in.¹⁴⁵ De tweede bank kan daarbij een zelfstandige verbintenis aangaan ten opzichte van de verkoper. Hij belooft dan om uit te betalen onder het documentair krediet op het ogenblik dat de verkoper de juiste documenten aanbiedt. Het gaat in dat geval om een confirmerende bank (*confirming bank*). Tot zekerheid zal de confirmerende bank een pandrecht bedingen. Hij zal dat bedingen in zijn overeenkomst met de openende bank. Men kan zich afvragen of het pandrecht in dat geval tot stand komt. De openende bank is immers niet beschikkingsbevoegd om het cognossement te verpanden. Naar Engels recht wordt daarom ten aanzien van het pandrecht van de confirming bank gesproken over een *implied pledge*. Met de woorden *implied pledge* bedoelt men dat in de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de openende bank een pandrecht is opgenomen die niet enkel voor de openende bank is bedongen, maar tevens voor de confirmerende bank.

Het is deze gedachte die naar mijn mening ook naar Nederlands recht een geschikte oplossing biedt. In het onderhavige geval is sprake van een eerste overeenkomst van lastgeving tussen koper en openende bank en een tweede overeenkomst van lastgeving tussen de openende en de confirmerende bank. Er is dus sprake van een samengestelde titel, waarbij de titel moet worden opgevat als de rechtsverhouding die de verpanding rechtvaardigt. Aan het titelvereiste is daarmee voldaan.

Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid staat ook niet aan de totstandkoming van het pandrecht op het cognossement in de weg. Het cognossement wordt immers in eigendom door de verkoper overgedragen. Toepassing van de directe leer bij middellijke vertegenwoordiging (3:110 BW) brengt dan met zich mee dat de confirmerende bank het cognossement gaat houden voor de koper. De koper wordt daarmee rechthebbende op het cognossement. Omdat een titel tot verpanding aanwezig is, zal de bank een pandrecht verkrijgen op het cognossement. Op deze manier kan worden verklaard hoe de confirmerende bank een pandrecht kan verkrijgen op het cognossement.¹⁴⁶

Het belang van de confirmerende bank op een pandrecht lijkt overigens niet heel groot. In beginsel heeft immers de openende bank de verplichting om het rembours terug te betalen aan de confirmerende bank.¹⁴⁷ De confirmerende bank zal daarom in het gewone geval zijn vordering voldaan zien. Het pandrecht van de confirmerende bank is dus uitsluitend van belang in het geval dat de openende bank failliet gaat of in gebreke blijft met de betaling, een situatie die zich niet vaak zal voordoen.

145. De overeenkomst tussen de eerste (*issuing bank*) en de tweede bank (*confirming bank*) is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht c.q. lastgeving. Haak & Zwitter 2010, p. 95. Boon 1997, p. 215-217, 391. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 126.

146. De genoemde constructie toont enige verwantschap met de constructie van eigendomsoverdracht onder voorbehoud van pandrecht, waarover onder meer Steneker 2008.

147. Art. 7 sub c UCP 600. Dehouck 2007, p. 296.

6.4.3 Rechtsvergelijkende opmerkingen

Ook naar Engels recht bedingt zowel de openende bank als de confirmerende bank een pandrecht (*pledge*). Hierna zal ik eerst het pandrecht van de openende bank bespreken en vervolgens dat van de confirmerende bank.

Het pandrecht van de openende bank wordt bedongen in de overeenkomst met de opdrachtgever, de koper.¹⁴⁸ Ondanks dit uitgangspunt wordt echter meestal toegevoegd dat de zekerheid van de bank niet afhangt van de overeenkomst tussen de koper en de bank, maar van de bevoegdheid van de verkoper om het cognossement te verpanden.¹⁴⁹ De reden hiervoor is dat de verkoper in beginsel zijn beschikkingsbevoegdheid voorbehoudt totdat hij betaald krijgt. De koper is daarom niet bevoegd tot het verpanden van het cognossement, dat is slechts de verkoper. Voor de confirmerende bank heeft dat als aanvullend voordeel dat in het geval de openende bank failliet gaat, de confirmerende bank toch een pandrecht op het cognossement kan verkrijgen.

Het pandrecht dat tussen de openende bank en de koper wordt overeengekomen, luidt tevens ten gunste van de confirmerende bank. Het pandrecht van de *confirming bank* wordt daarom gezien als een *implied pledge* dat tot stand komt op het ogenblik dat de *confirming bank* overgaat tot betaling aan de verkoper.¹⁵⁰

Naar het resultaat kan worden ingestemd met het Engelse recht. De dogmatische constructie kan echter niet onverkort worden overgenomen naar Nederlands recht. In het bijzonder kan niet worden aangenomen dat de verkoper degene is die het cognossement verpandt aan de bank. De verkoper heeft immers geen belang bij het uitoefenen van zijn beschikkingsbevoegdheid. Naar Nederlands recht houdt ik daarom vast aan de gedachte dat het de koper is die zijn beschikkingsbevoegdheid uitoefent. Daarmee loopt de bank het risico, waarop in de Engelse rechtspraak gewezen wordt, dat de koper in de tussentijd failliet gaat. In paragraaf 6.4.2.2 heb ik hiervoor naar Nederlands recht een oplossing willen bieden.

Naar Duits recht bedingt de bank in beginsel alleen een pandrecht op het cognossement.¹⁵¹ Ook naar Duits recht eindigt de overeenkomst tussen koper en bank na faillissement van de koper. In de literatuur wordt als oplossing aangedragen de mogelijkheid om een zekerheidsoverdracht met de koper overeen te komen.¹⁵²

148. Debattista 2008, nr. 2.58-2.59. Gutteridge & Megrah/King 2001, nr. 8-03. De bank mag echter niet voor vorderingen uit eerdere overeenkomsten een *general lien* uitoefenen. De samenhang tussen de beide overeenkomsten ontbreekt in dat geval. *Tellrite, Ltd. v. London Confirmers, Ltd.* [1962] 1 Lloyd's Rep. 236 (QBD). Cahen 1964, p. 209.

149. *The Future Express* [1993] 2 Lloyd's Rep. 542, 547 (CA). 'It is elementary that the buyer under a normal c.i.f. or c. & f. contract is not in a position to pledge the goods or the documents of title to the bank, since the seller normally reserves the right of disposal until he is paid. Thus the bank's security depends, not on the contract between the buyer and his bank, but on the ability of the seller to pledge the documents of title on his behalf, or with his consent. Otherwise the confirming bank would be unsecured in the perhaps unlikely event of the issuing bank becoming insolvent.' In eerste instantie, zie *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD). Vgl. verder T. D. Bailey, *Son & Co. v. Ross T. Smyth & Co., Ltd.* (1940) 67 Ll. L. Rep. 147, 156 (QBD). Todd 2007, nr. 6.22. Debattista 2008, nr. 2.59. Gutteridge & Megrah/King 2001, nr. 8-04.

150. Gutteridge & Megrah/King 2001, nrs. 8-03, 8-11 en 1.07, waar verwezen wordt naar *Guaranty Trust Company of New York v Hannay & Co.* [1918] 2 K.B. 623, 659-660 (LJ Scrutton). Debattista 2008, nr. 2.58-2.59. *The Stone Gemini* [1999] 2 Lloyd's Rep. 255, 263 (Tamberlin J).

151. Het gaat dan om een pandrecht uit art. 14 algemene bankvoorwaarden (AGB-Banken). Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 284. Canaris 1988, nr. 970. Daarnaast kan de bank een retentierecht uitoefenen op grond van de wet, § 273 BGB en § 369 HGB.

152. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 289 en p. 307 e.v.

Daarbij draagt de koper alle documenten bij voorbaat in eigendom over aan de bank. Op het ogenblik dat de verkoper dan de eigendom van de documenten, en daarmee van de lading, overdraagt, wordt de bank eigenaar van de documenten, zonder tussenkomst van de koper.

Een nadeel van deze constructie is dat de bank eigenaar wordt, wat zij soms niet zal willen. Bovendien is de fiduciaire zekerheidsoverdracht naar Nederlands recht verboden (3:84 lid 3 BW), zodat deze constructie niet kan worden overgenomen.

Het pandrecht biedt de bank echter naar mijn mening voldoende zekerheid.

Daarbij moet ook worden bedacht dat het pandrecht op het cognossement geldt als een aanvullende zekerheid. De bank zal ook op andere wijze zijn zekerheidspositie zoeken te versterken en dit niet uitsluitend laten afhangen van zijn bedongen pandrecht op het cognossement.

6.4.4 De koper weigert het cognossement of de lading

6.4.4.1 Weigering en documentenkoop

Het is de vraag of de bank een pandrecht verkrijgt op het cognossement in het geval de koper het cognossement of de lading weigert. Dat is het onderwerp van deze paragraaf. Eerst wordt daartoe nog een enkele opmerking gemaakt over de rol van de bank bij een documentair krediet.

Bij een documentair krediet betaalt de bank uit aan de verkoper wanneer deze bepaalde documenten presenteert. De bank controleert deze documenten en onderzoekt of ze overeenkomstig het kredietadvies opgesteld zijn. Dit is het vereiste van de strikte conformiteit.¹⁵³ In de praktijk komt het regelmatig voor dat de bank documenten aangeboden krijgt die niet strikt conform het kredietadvies zijn opgesteld. De bank kan de documenten dan in beginsel weigeren. Bij kleine afwijkingen kan de bank ook contact opnemen met de koper en vragen of de koper de geconstateerde afwijkingen accepteert.¹⁵⁴ Dit behoeft de bank echter niet te doen, na beoordeling van de documenten kan hij ook, zonder overleg met de koper te plegen, overgaan tot acceptatie van (eventueel afwijkende) documenten. De bank loopt dan wel het risico dat de koper daarna de documenten weigert. Ook om andere redenen kan de koper willen weigeren. Hij wil bijvoorbeeld van de koopovereenkomst af, wanneer er sprake is van een dalende marktprijs. Ook kan de koper er na acceptatie door de bank achter komen dat er fraude in het spel is aan de zijde van de verkoper. Er zit bijvoorbeeld geen of een andere lading in het schip.¹⁵⁵ Er zijn dan twee momenten waarop de weigering kan plaatsvinden. De koper kan in de eerste plaats de documenten weigeren. In de tweede plaats kan de koper de lading

153. Art. 14 UCP 600. Hier wordt strikt de hand aan gehouden. Naar Engels recht is bekendde opmerking gemaakt in *Equitable Trust Co of New York v Dawson Partners Ltd* (1927) 27 Ll. L. Rep. 49, 52: 'There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well.' Vgl. voor Nederlands recht HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 m.nt. Pvs (*Gesnoteg/Mees Pierson*). Voor het Duitse recht, zie Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 170 e.v. met rechtspraak.

154. Todd 2007, p. 243. Ook komt wel de situatie voor dat de bank betaalt aan de verkoper, maar tegen een garantie (*letter of indemnity*). Dehouck 2007, p. 732 e.v.

155. Vgl. HR 4 april 2003, NJ 2003, 592 m.nt. KFH (*Damco/Meister*).

weigeren.¹⁵⁶ In het navolgende wordt onderzocht wat hiervan de gevolgen zijn voor het pandrecht van de bank op het cognossement.

6.4.4.2 Weigering van de documenten

De koper mag de documenten niet weigeren wanneer de bank de documenten heeft geaccepteerd conform het kredietadvies. De reden hiervoor is dat de bank optreedt als lasthebber van de koper, zodat handelingen die binnen de lastgeving vallen de koper binden.¹⁵⁷ Weigert de koper toch de documenten, dan is er sprake van wanprestatie aan de zijde van de koper. Evenzo mag de koper de documenten niet meer weigeren wanneer hij heeft uitbetaald aan de bank. Zelfs indien de documenten niet conform het kredietadvies zijn, mag de koper niet meer weigeren nadat hij de bank heeft betaald.¹⁵⁸ Wel heeft de koper uiteraard nog de bevoegdheid om de goederen te weigeren, waarbij de grond van weigering niet meer mag zien op het feit dat de documenten niet conform het kredietadvies zijn, maar slechts op het feit dat de goederen niet conform de koopovereenkomst zijn.¹⁵⁹

De koper mag de documenten wel weigeren wanneer de bank niet-conforme documenten accepteert. De bank is hier immers buiten zijn bevoegdheid getreden, zodat de koper niet gebonden is door de acceptatie van de bank. Er is dus sprake van een wanprestatie van de bank.

In het geval de koper de niet-conforme documenten terecht weigert, ontstaat het volgende beeld. De bank heeft gewoonlijk al uitbetaald aan de verkoper, maar kan zelf geen verhaal meer halen op de koper omdat deze terecht de documenten heeft geweigerd. De bank zal onder omstandigheden wellicht de verkoper kunnen aanspreken op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.¹⁶⁰ In de regel zal dit waarschijnlijk niet succesvol zijn, omdat de bank zelf immers

156. Goode/McKendrick 2010, p. 1048. Goode 2004, p. 944-947. Benjamin/Guest 2006, nr. 19-144. Debattista 2008, p. 225 e.v. Schmitthoff/Murray/Holloway/Timson-Hunt 2007, p. 42. Devlin J, in *Kwei Tek Chao and Others v British Traders and Shippers Ltd* [1954] 1 Lloyd's Rep. 16, 48-49: '(...) the right to reject the documents arises when the documents are tendered, and the right to reject, or the moment for rejecting, the goods arises when the goods are landed and after examination they are found not to be in conformity with the contract. There are very many cases, of course, where the documents are accepted and then the goods are subsequently rejected.'

157. Dat de bank lasthebber is van de koper is uitgemaakt in HR 31 mei 1974, NJ 1976, 309 m.nt. BW (*African Continental Bank/Dieleman*).

158. Schmitthoff/Murray/Holloway/Timson-Hunt 2007, p. 42. Debattista 2008, nr. 9.43. Van Delden & Bannier 1999, p. 65. Vgl. voor het Duitse recht, Boon 1988, p. 440. We zouden de acceptatie door de koper kunnen zien als een vorm van bekrachtiging (vgl. art. 3:69 BW). De koper had de niet-conformiteit van de documenten *binnen bekwame tijd* moeten melden (7:23 BW). Van Delden & Bannier 1999, p. 65 noemen als richtsnoer zeven dagen, naar analogie van de zeven bankdagen onder de UCP 500. Onder de UCP 600, art. 14 sub b, zouden dit dan vijf bankdagen worden.

159. Goode/McKendrick 2010, p. 1049, 1051, noot 137. Debattista 2008, nr. 9.41. *Panchaud Freres SA v Etablissements General Grain Co* [1970] 1 Lloyd's Rep. 53. *Glencore Grain Rotterdam BV v Lebanese Organisation for International Commerce* [1997] C.L.C. 1274, 1286-1287.

160. Vgl. Haak & Zwitser 2010, p. 109 voor de bankgarantie. Aansluiting kan gezocht worden bij de Zwitserse uitspraak inzake *The Future Express*, BGE 122 III 73 waar de bank de verkoper kon aanspreken, zelfs al wist de bank dat de lading inmiddels was afgeleverd. Aansluiting kan verder worden gevonden bij de rechtspraak waarin de vervoerder aflevert aan een ander dan de cognossemmenthouder en zonder een garantie (LOI) te eisen van de ladingontvanger. In sommige rechtspraak wordt geoordeeld dat de vervoerder verhaal heeft op de ladingontvanger nadat hij is aangesproken door de cognossemmenthouder. De ladingontvanger moet zich ook de belangen van de vervoerder aantrekken. HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 (*Steins/Textile Company*). Rb. Rotterdam 31 juli 1997, *S&S* 2000, 86 (*Santorini I*). Rb. Rotterdam 16 februari 2011, *LJN* BP7052 (*Jas Forwarding/Distribrands*). Toegepast op het onderhavige geval: de verkoper moet zich ook de belangen van de bank aantrekken.

de documenten had kunnen weigeren, zodat niet onmiddellijk duidelijk is waarom de bank zijn fout (het accepteren van niet-conforme documenten) moet kunnen afwentelen op de verkoper. Daarnaast kan de bank proberen zich op de goederen te verhalen, maar wanneer er sprake is van fraude aan de zijde van de verkoper zal dit mogelijk niet veel opleveren.¹⁶¹

De bank die zich na weigering van de documenten door de koper op de goederen verhaalt, treedt niet op als executerend pandhouder. De verkoper heeft de eigendom van documenten en lading overgedragen. De weigering door de koper van de documenten heeft echter twee belangrijke gevolgen. In de eerste plaats zal een terechte weigering van de documenten in de regel gevolgd worden door de ontbinding van de koopovereenkomst. De verkoper heeft immers de verkeerde documenten aangeleverd en pleegt daarmee wanprestatie. In de tweede plaats zal ook ontbinding van de overeenkomst van lastgeving tussen koper en bank kunnen plaatsvinden, omdat de bank tegen het kredietadvies in de documenten heeft geaccepteerd. De bank pleegt daarmee ook wanprestatie.

Een ontbinding van de overeenkomst brengt de verplichting tot ongedaanmaking van de al reeds nagekomen verbintenissen met zich mee (6:271 BW). Dat zal in beginsel met zich meebrengen dat de verkoper weer de eigendom van de documenten en de zaken dient te verkrijgen. Omdat de bank echter heeft uitbetaald aan de verkoper wordt in de literatuur niet aangenomen dat, na de ontbinding van de beide overeenkomsten, de verkoper weer rechthebbende wordt op het cognossement. Het is de bank die rechthebbende wordt op het cognossement en eigenaar van de lading. In de terechte weigering van de documenten door de koper, wordt een abandonnement gezien van de koper.¹⁶² De koper doet dus afstand van eigendom, waarna de documenten en de lading aan de bank gaan toebehoren.

Enigszins verhuuld komt dit naar voren in het geval *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corporation*.¹⁶³ Het betrof hier een CIF-koop van bitumen waarbij sprake was van een (frauduleus) geantedateerd cognossement. De *confirming bank* SCB betaalt uit, terwijl duidelijk was dat de documenten afwijkingen vertoonden. De *issuing bank* Incombank weigert daarom de documenten. Er ontstaat dan overleg tussen SCB en de koper Vietranscimex. Als gevolg van dit overleg worden de goederen wel afgeleverd aan Vietranscimex, maar worden de goederen daarna alsnog geweigerd. SCB verkoopt de lading vervolgens door aan een derde. De rechter laat hier in het midden of SCB dit doet als pandhouder of als eigenaar.¹⁶⁴

161. In HR 4 april 2003, NJ 2003, 592 m.nt. KFH (*Damco/Meister*) was sprake van fraude, waarbij verschillende containers bleken leeg te zijn. Een eventueel verhaal op de goederen zal hier dus niets opleveren. Hetzelfde zien we in HR 13 januari 1928, NJ 1928, p. 324-329 m.nt. PS (*Bladergroen*) waar de bank celen aan toonder onder zich had die echter waardeloos bleken te zijn. Het veem had namelijk geen blokken tin in bewaring, maar 'blokken bestaande uit eene nietswaardige zelfstandigheid, waarin mogelijk, doch slechts voor een minimum gehalte tin'.

162. Goode/McKendrick 2010, p. 1090. Goode 2004, p. 982. Van Delden & Bannier 1999, p. 65.

163. *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corporation (No. 3)* [1999] 1 Lloyd's Rep. 747. Gutteridge & Megrah 2001, p. 248-249 (noot 6).

164. *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corporation (No. 3)* [1999] 1 Lloyd's Rep. 747, 761: 'SCB received from Oakprime documents in respect of a c.i.f. sale to Vietranscimex in Vietnam. On the refusal of Incombank to pay under the letter of credit, it is undisputed that SCB had the right to sell the documents or the goods (it being immaterial for present purposes where such right was as pledgee or owner).'

Nu de *confirming bank* niet terugbetaling van de koopprijs vordert van de verkoper, maar de lading zelf doorverkoopt, zou ik menen dat de bank hier handelt als eigenaar en niet als executerend pandhouder.

6.4.4.3 Weigering van de lading

De acceptatie van de documenten door de koper staat er niet aan in de weg dat de koper op een later ogenblik de lading weigert, omdat deze niet beantwoordt aan de koopovereenkomst (7:17 BW).¹⁶⁵ Juridisch gezien heeft de weigering bij een handelskoop meestal een ontbinding van de koopovereenkomst wegens wanprestatie tot gevolg (6:265 BW).¹⁶⁶

In beginsel wordt de positie van de bank hierdoor niet geraakt. De koper zal immers alleen de lading kunnen inspecteren na aflevering ervan door de vervoerder. En deze aflevering zal hij kunnen bewerkstelligen doordat hij het cognossement van de bank verkregen heeft. De bank zal echter alleen het cognossement willen afgeven wanneer de koper de verschuldigde prijs betaalt.

Ook als de koper nog niet heeft betaald, raakt het pandrecht van de bank niet in gevaar. Door de weigering van de lading is namelijk wel de koopovereenkomst ontbonden, maar wordt daarmee niet de overeenkomst van lastgeving tussen koper-opdrachtgever en bank geraakt. Dat betekent dat de koper nog steeds in verzuim geraakt wanneer hij zijn verplichtingen uit de lastgevingsovereenkomst jegens de bank niet nakomt. De koper zal dus gehouden zijn om de verschuldigde kosten onder het kredietadvies aan de bank te voldoen.

De koper behoeft hierdoor geen schade te lijden. Hij kan de koopprijs weer van de verkoper terugvorderen; de ontbinding brengt immers een verplichting tot ongedaanmaking van reeds verrichte prestaties met zich mee (6:271 BW). De koper heeft op grond van dit artikel de verplichting om het cognossement te restitueren aan de verkoper. Zolang de koper echter niet overgaat tot betaling aan de bank, zal de bank door de uitoefening van zijn pandrecht zijn macht over het cognossement kunnen behouden.

Het kan in een bijzonder geval gebeuren dat de koper de lading weigert voordat de bank heeft uitbetaald aan de verkoper. In het geval de verkoper de ontbinding van de koopovereenkomst betwist, mag hij in de tussentijd

165. Goode/McKendrick 2010, p. 1089. Goode 2004, p. 981. Debattista 2008, p. 244, noot 199. De koper kan echter de lading niet meer weigeren op grond van een defect in de documenten. De koper kan de lading dus niet weigeren wanneer het gaat om een hem bekende afwijking op het document. In dat geval had de koper de documenten moeten weigeren. Na acceptatie van de documenten staat het hem niet meer vrij om de lading te weigeren met een beroep op afwijkende documenten. Zie Devlin J, in *Kwei Tek Chao and Others v British Traders and Shippers Ltd* [1954] 1 Lloyd's Rep. 16, 49: 'It may be, of course, that if there is a wrong date of shipment, that is to say, the correct date of shipment is not in conformity with the contract, by accepting the documents the buyer not only loses his right to reject the documents, but also his right to reject the goods, but that would be because he had waived in advance the date of shipment.'

166. Haak & Zwitser 2010, p. 24. Naar Engels recht zien we precies hetzelfde. De koper kan de lading weigeren wanneer er sprake is van schending van een *condition*. Het moet gaan om een schending van een clause die behoort tot de essentie van de overeenkomst. Hiertoe wordt gerekend de situatie dat andere goederen zijn geleverd of dat een tijdsclause is geschonden. Haak & Zwitser 2010, p. 22-23. Schmithoff/D'Arcy/Murray/Cleave 2000, p. 85, 88-89. Bij schending van een *warranty* of een *innominate term* is ontbinding niet mogelijk. Zie ook rechtsvergelijkend Asser 6-III/Hartkamp/Sieburgh 2009, nr. 671.

niet de bank aanspreken voor de koopprijs. Dit was aan de orde in een Australische zaak inzake *Habib Bank v. Bank of South Australia*.¹⁶⁷ De Pakistaanse verkoper Arzoo had katoenflanel (*cotton flannelette*) verkocht aan de Australische koper Wills. Betaling zal geschieden door middel van een documentair krediet. Wills verzoekt dan aan de Bank of South Australia om een documentair krediet te stellen ten gunste van de Habib Bank. De Habib Bank is de bank waarmee verkoper Arzoo een kredietrelatie heeft. Het documentair krediet bevat enkele ongebruikelijke voorwaarden. Betaling door de bank vindt niet plaats indien de koper de lading weigert. Verder is opgenomen dat Wills het cognossement onder zich kan krijgen van de bank tegen een *trust receipt*. Na presentatie van het cognossement kan Wills dan aflevering van de lading door de vervoerder vorderen. Wills blijft daarbij de lading (in *trust*) houden voor de bank. Wills kan op deze manier de lading inspecteren en al dan niet overgaan tot weigering van de lading. Na inspectie weigert Wills inderdaad de lading. Wills stuurt de goederen echter niet terug. Daarop spreekt de Habib Bank niet Wills aan, maar de Bank of South Australia en stelt dat nu Wills de goederen niet terugzendt, dit gelijk valt te stellen met de acceptatie van de goederen en dat daarom de Bank of South Australia moet overgaan tot betaling. De genoemde bank heeft bovendien de *trust receipts* onder zich. De rechter overweegt dat Arzoo eerst zijn geschil moet beslechten met Wills en niet met de Bank of South Australia, omdat de bank slechts de instructies uit het documentair krediet heeft opgevolgd:

‘As appears from correspondence, a dispute exists between Wills and Arzoo. Depending upon the way in which Arzoo may formulate its claim, the present defendant bank [Bank of South Australia, HL] may become a necessary party as the formal holder of the trust receipts. However I do not consider that the present defendant has any obligation (as alleged in the statement of claim) to take back or re-establish physical control of the goods. Upon Wills giving the notice of rejection, the dispute becomes one between Arzoo and Wills; although it appears that Arzoo may have the security of the trust receipts to reinforce its lien as unpaid vendor. Wills as purchaser has not yet been called upon to formulate its position. The law should take its course between Arzoo and Wills but the present defendant will not be involved therein except insofar as its name may be required in proceedings for enforcement of the security. I have stated the effect of the trust receipts in principle only for the purpose of satisfying myself that the defendant bank should be discharged from the proceedings – except as its presence may be formally required in the course of enforcing a security.’¹⁶⁸

167. *Habib Bank v Bank of South Australia* (1997) 70 SASR 14. Gutteridge & Megrah 2001, p. 256.

168. *Habib Bank v Bank of South Australia* (1997) 70 SASR 14, 18 (Williams J.).

6.5 Aflevering ten nadele van de pandhouder op cognossement

6.5.1 Pandrecht op cognossement in een vlot handelsverkeer

In het kredietadvies staat gewoonlijk een termijn, bijvoorbeeld dertig dagen¹⁶⁹, vermeld waarbinnen de verkoper de documenten, waaronder een cognossement, moet aanbieden. Het vervoer over zee duurt echter meestal minder lang dan de tijd genoemd in het kredietadvies. Het gevolg is dat de goederen eerder in de losshaven aankomen dan het cognossement.

Dat brengt een probleem met zich mee. Wordt de lading afgeleverd zonder presentatie van het cognossement, dan loopt de vervoerder steeds het risico dat hij later wordt aangesproken door de recht- en regelmatige cognossementhouder. Die kan in beginsel steeds schadevergoeding vorderen wegens het feit dat aan een ander dan de cognossementhouder is afgeleverd.¹⁷⁰

De oplossing die de wet voor deze gevallen aanreikt, is dat de vervoerder de zaken mag opslaan bij een derde, een bewaarnemer, in afwachting van de opkomst van de cognossementhouder (8:490 lid 1 BW). Een dergelijke oplossing is echter commercieel niet aantrekkelijk in die gevallen waarin de koper al bekend is, alhoewel die het cognossement nog niet kan presenteren. In dat geval moet de koper immers wachten totdat hij het cognossement heeft verkregen en kan hij pas daarna de roerende zaken doorverkopen, gebruiken of verbruiken. Verder zal de koper dan meer kosten verschuldigd zijn doordat de vervoerder de zaken gedurende enige tijd heeft laten opslaan. De koper zal daarom pressie uitoefenen op de vervoerder om af te leveren zonder presentatie van het cognossement. In een aantal branches, zoals de oliebranche, is dat inmiddels dagelijkse praktijk.¹⁷¹ De vervoerder gaat daarom in de regel over tot aflevering van de lading na afgifte van een garantie (*letter of indemnity*) waarin staat, dat als de vervoerder door de cognossementhouder wordt aangesproken de bevrachter, de koper of een bank garant staat voor de schade die de cognossementhouder lijdt.¹⁷²

Een dergelijke aflevering zonder presentatie van het cognossement kwam voor in het al besproken arrest *Heliopolis Star*.¹⁷³ Daar was sprake van een

169. Vgl. Wiseman 1984, p. 136.

170. Art. 8:441 lid 1 BW. PG Boek 8 BW, p. 468, 471 (art. 8:441 BW). HR 8 november 1991, NJ 1993, 609 m.nt. JCS; S&S 1992, 37 (*Brouwersgracht*). HR 21 januari 2000, NJ 2000, 533 m.nt. K.F. Haak; S&S 2000, 73 (*Hudsongracht*). HR 19 december 2003, S&S 2006, 61 (*Isla de la Plata*). Hof 's-Gravenhage 8 november 2005 en Rb. Rotterdam 21 januari 2004, S&S 2006, 53 (*Maipo*). Presentatie en afgifte van het cognossement zijn overigens geen vereisten voor een geldige aflevering aan de cognossementhouder. Wel loopt de vervoerder dan steeds het risico dat zich later nog een cognossementhouder meldt, tegenover wie hij dan in beginsel niet is gekweten. Rb. Rotterdam 25 januari 1996, S&S 1997, 2 (*Eendracht*).

171. Van der Ziel 1999, p. 18-19. In *The Sagona* [1984] 1 Lloyd's Rep. 194 (QBD) een zaak uit 1984, gaf de kapitein aan dat hij in zijn functie als kapitein nog nooit een cognossement had gezien en hij was dan toch ruim 10 jaar in dienst. De situatie zal daarna niet zijn verbeterd.

172. Deze garantie(brief) staat bekend als een *letter of indemnity* (LOI). Vgl. Rb. Rotterdam 12 mei 2010, S&S 2011, 37 (*MSD/Safmarine*). Zie in het algemeen over *indemnities* bij tijdbevrachtiging, Foxton 2008. Niet altijd wordt afgegeven tegen een garantie. In enkele uitspraken wordt dan geleerd dat de vervoerder ook in dat geval verhaal heeft op de ladingontvanger in het geval de vervoerder wordt aangesproken door de cognossementhouder. Vgl. HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 (*Steins/Textile Company*) en Rb. Rotterdam 10 juni 1999, S&S 2000, 86 (*Santorini I*). Geen verhaal had de vervoerder op de ontvanger in Rb. Rotterdam 16 februari 2011, IJN BP7052.

173. Zie paragraaf 6.2.2.

koopovereenkomst tussen verkoper Van Meer en Egyptische kopers. Verzendexpediteur Damco verkreeg het cognossement van de vervoerder. Het ideale plaatje is nu dat Damco het cognossement doorgeeft aan afzender Van Meer, die het vervolgens aan de geadresseerde op het cognossement overhandigt, in dit geval de bank van de kopers. Deze bank endosseert en overhandigt het cognossement vervolgens aan de Egyptische kopers, waarna die de lading, al dan niet door tussenkomst van een ontvangstexpediteur, kunnen opeisen van de vervoerder. De werkelijkheid is echter anders; Damco weigert het cognossement af te geven aan afzender Van Meer wegens nog onbetaalde vorderingen. Het cognossement komt dus niet van zijn plaats. De lading wordt intussen wél vervoerd van Rotterdam naar een Egyptische haven. In dit geval zijn de kopers al bekend. Vervoerder Heliopolis kiest daarom niet voor de wettelijke oplossing, het opslaan van de zaken in afwachting van presentatie van het cognossement (8:490 BW), maar levert, na toestemming van de bevrachter Van Meer, af aan de Egyptische kopers zonder dat presentatie van het cognossement plaatsvond.

Het probleem dat de lading eerder in de loshaven aankomt dan het cognossement, treedt met name op in langere koopketens. Daarbij zal het cognossement in veel gevallen ergens in de keten zijn blijven steken, bijvoorbeeld bij een bank die tot zekerheid een pandrecht op het cognossement heeft bedongen. Ondertussen wordt de lading nog verschillende malen doorverkocht. In iedere koopovereenkomst wordt dan bedongen dat de eigendom pas overgaat na betaling van de koopprijs. Meestal wordt tevens bedongen dat de betaling zal geschieden onder het beding *cash against documents*. De verkoper zal het cognossement dan pas overgeven na betaling van de koopprijs door de koper. In een dergelijk geval zal de laatste koper in de keten het cognossement meestal nog niet onder zich hebben op het moment dat de vervoerder in de loshaven aankomt (het cognossement is immers bij de bank blijven liggen). Het is echter wel duidelijk dat hij de uiteindelijk gerechtigde zal zijn op de lading. In veel gevallen levert de vervoerder dan ook aan hem af tegen afgifte van een garantie.¹⁷⁴

De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is wat de gevolgen zijn van een dergelijke aflevering zonder presentatie van het cognossement voor de bank of expediteur met een pandrecht op het cognossement. In de literatuur wordt soms gesuggereerd dat de zekerheid van de bank in een dergelijk geval illusoir is.¹⁷⁵ Naar mijn mening is het niet zo ernstig. Ik wil daartoe twee situaties bespreken. In de eerste situatie komt het pandrecht op cognossement tot stand en gaat de vervoerder vervolgens over tot aflevering zonder presentatie van het cognossement (§ 6.5.2). In de tweede situatie heeft de vervoerder al afgeleverd en krijgt een expediteur of bank het cognossement daarna pas onder zich (§ 6.5.3). In beide gevallen wordt in

174. Niet alleen geeft de koper een *letter of indemnity* (LOI) aan de vervoerder, ook in de koopketen wordt tussen de verschillende kopers een LOI uitgereikt. Normaal gesproken moet de verkoper het cognossement aan de koper overgeven, in plaats daarvan geeft hij een garantie (LOI) af, waarin hij de koper toezegt dat deze zich op de garantie mag beroepen in het geval hij niet het cognossement kan overdragen, dus wanneer hij niet kan leveren. Vgl. Wiseman 1984, p. 138-139. Van der Ziel 1999, p. 24. Van der Ziel 2001, p. 15.

175. De May 1984, p. 205, het artikel richt zich overigens uitsluitend op de oliebranche.

de eerste plaats besproken de vraag of de pandhouder op het cognossement een recht heeft op aflevering van de zaken, en daarmee van het sequeel vervangende schadevergoeding. Dit is de problematiek van artikel 8:441 lid 1 BW. In de tweede plaats komt dan aan de orde of de cognossementhouder een recht op de zaken heeft. Toegepast op de bank betekent dit de vraag of de bank zijn pandrecht op het cognossement en daarmee op de zaken verliest in het geval de lading wordt afgeleverd aan de koper. Dit is de problematiek van artikel 8:417 BW.

6.5.2 Pandrecht op cognossement voor aflevering van de lading

In deze paragraaf wordt ervan uitgegaan dat de expediteur of bank een pandrecht op het cognossement heeft verkregen, maar dat vervolgens wordt afgeleverd zonder dat presentatie van het cognossement heeft plaatsgevonden. In dit geval gelden de eerder genoemde regels.

De pandhouder heeft het uitsluitende recht om aflevering van de zaken te vorderen (8:441 BW). Omdat de zaken zijn afgeleverd zonder presentatie van het cognossement kan hij vervangende schadevergoeding eisen van de vervoerder.¹⁷⁶

Een illustratie biedt het arrest *Padus*.¹⁷⁷ Het ging hier om een keten van twee koopovereenkomsten van een partij gasolie tussen Transtrading en Cosmos en tussen Cosmos en Hoesch. Het cognossement bleef liggen onder de bank van Transtrading, de AMRO-bank. De vervoerder levert af aan Hoesch, maar wordt vervolgens aangesproken door Transtrading als recht- en regelmatig houder van het cognossement, omdat zij niet had mogen afleveren aan Hoesch. De Hoge Raad beslist dat de vervoerder slechts mocht afleveren tegen teruggave van het cognossement. Dit had niet plaatsgevonden, zodat de vervoerder schadevergoeding verschuldigd was aan Transtrading.

De pandhouder op het cognossement is in de regel met de verpanding van het cognossement ook overeengekomen dat de door het cognossement vertegenwoordigde zaken worden verpand. Artikel 8:417 BW biedt daartoe een regeling: zolang er nog geen aflevering heeft plaatsgevonden, geldt de levering van het cognossement als een levering van de zaken. Praktisch gezien betekent dit dat een pandrecht op het cognossement geldt als een pandrecht op de zaken.

Door de aflevering van de zaken aan een ander dan de pandhouder gaat het pandrecht op de zaken niet verloren. Het pandrecht heeft immers zaaksgevolg (*droit de suite*) en blijft dus op de zaak rusten. De pandhouder kan daarom de zaken van de derde opeisen (3:245 BW).¹⁷⁸ Ook als de zaak door de aflevering in de macht

176. Art. 8:441 lid 1 BW. PG Boek 8 BW, p. 468, 471 (art. 8:441 BW). Claringbould 1996, p. 5. Vgl. verder de arresten HR 8 november 1991, NJ 1993, 609 m.nt. JCS; S&S 1992, 37 (*Brouwersgracht*). HR 21 januari 2000, NJ 2000, 533 m.nt. K.F. Haak; S&S 2000, 73 (*Hudsongracht*). HR 19 december 2003, S&S 2006, 61 (*Isla de la Plata*). *Common law*: *Sze Hai Tong Bank v. Rambler Cycle* [1959] AC 576, 586: 'It is perfectly clear law that a shipowner who delivers without production of the bill of lading does so at his peril. The contract is to deliver, on production of the bill of lading, to the person entitled under the bill of lading.' (Lord Denning). *Carewins v. Bright Fortune Shipping*, 12 May 2009, [2009] 3 HKLRD 409 (Court of Final Appeal Hong Kong). *Duits recht*: § 653 HGB en Herber 1999, p. 302-303.

177. HR 23 juni 1989, S&S 1989, 120 (*Padus*). Hierover: Van der Ziel 1999 en Claringbould 1996, p. 4-5.

178. Stein 2009 (Groene Serie Vermogensrecht), art. 3:245 BW, aant. 4.

van de pandgever terecht is gekomen, gaat het pandrecht mijns inziens niet teniet. Weliswaar geldt de regel dat het pandrecht eindigt op het moment dat de verpande zaak in de macht van de pandgever komt (3:258 lid 1 BW), maar omdat de pandgever hier eigenmachtig de macht over de zaak heeft verkregen, door aflevering van de lading te verkrijgen zonder presentatie van het cognossement, blijft het pandrecht bestaan. De pandhouder kan dan ook van de pandgever afgifte van de zaken vorderen.¹⁷⁹ Het pandrecht gaat echter wel teniet wanneer degene die aflevering van de zaken verkregen heeft de zaken overdraagt aan een derde te goeder trouw (3:86 BW).

6.5.3 Pandrecht op cognossement na aflevering van de lading

6.5.3.1 *Het pandrecht op cognossement en daarmee op de zaken (artikel 8:417 BW)*

Naar Nederlands recht wordt het goederenrechtelijke effect van het cognossement bestreken door artikel 8:417 BW. In dit artikel is de regel opgenomen dat de levering van het cognossement geldt als levering van de zaken. Deze regel geldt echter alleen vóór aflevering van de in het cognossement vermelde zaken. Hieruit zou men *a contrario* kunnen concluderen dat na aflevering van de zaken door de vervoerder, de zaken niet meer door middel van het cognossement kunnen worden geleverd.¹⁸⁰ Dat betekent dan dat de vestiging van een pandrecht op het cognossement na de aflevering van de zaken nog slechts een pandrecht op het cognossement tot gevolg heeft, terwijl het pandrecht op de zaken niet meer tot stand komt.

In de literatuur wordt ook wel anders gedacht. Zwitser meent dat de zaken na de aflevering door de vervoerder aan een ander dan de cognossementhouder, nog steeds door de cognossementhouder geleverd kunnen worden door middel van het cognossement.¹⁸¹ De eigenaar van de lading blijft immers ook na aflevering aan een derde de eigenaar van de lading. Hij kan dan misschien niet meer leveren via een *traditio longa manu*, het is namelijk de vraag of de derde de bezitsoverdracht erkent, maar de levering *constitutum possessorium* is nog steeds mogelijk, zo stelt Zwitser. Een probleem is hierbij dat door middel van een levering *constitutum possessorium* geen vuistpandrecht kan worden gevestigd.¹⁸² De bank die een cognossement onder zich krijgt na de aflevering van de zaken kan dan geen pandrecht meer op de lading verkrijgen. Zwitser lost dit op door te stellen dat toch een *traditio longa manu* mogelijk is na de aflevering van de zaken. De ladingontvanger is houder van

179. In het algemeen wordt geleerd dat het pandrecht blijft bestaan in het geval de zaken door de pandgever eigenmachtig onder zich worden genomen. Vgl. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 143. Anders: Stein (Groene Serie Vermogensrecht), art. 3:258 BW, aant. 2.2 (bewerking 01-09-2009), die meent dat het pandrecht eindigt als de zaken, maar niet het cognossement, in de handen van de pandgever komt. Daarmee zou de zekerheid van de bank wel erg onder druk komen te staan.

180. Vgl. Hof Amsterdam 22 april 1959, *S&S* 1959, 58 (*Salsaas*). Van der Ziel 2001, p. 16. Koopmann 1994, p. 28. PG Boek 7 BW, p. 405 (art. 7:607 BW): 'De in het eerste lid opgenomen woorden "voor de aflevering" brengen met zich mee dat de levering van de zaken door middel van het ceel slechts kan plaatsvinden zolang de zaken niet door de bewaarnemer of diens rechtsopvolger zijn afgeleverd.' In boek 8 BW wordt voor het cognossement verwezen naar deze bepaling. PG Boek 8 BW, p. 106 (art. 8:50 BW).

181. Zwitser 2010, p. 123-124.

182. Zwitser 2011, p. 50 kwalificeert een vestigingshandeling *constitutum possessorium* als een stil pandrecht. Naar Nederlands recht worden echter andere vereisten gesteld (3:237 BW).

de zaken geworden en deze gaat de zaken houden voor de cognossementhouder. Hij erkent verder bij voorbaat iedere goederenrechtelijke handeling ten aanzien van de zaken door middel van het cognossement.¹⁸³

Deze opvatting klinkt aantrekkelijk, maar toch zijn er enkele bezwaren te maken. Vooraf moet worden opgemerkt, dat deze problematiek zich buiten het toepassingsgebied van artikel 8:417 BW bevindt. Dat het cognossement bovengenoemde functies behoudt na de aflevering volgt niet uit genoemd artikel, maar moet worden bepaald aan de hand van de algemene vermogensrechtelijke regels. Dit sluit inderdaad niet uit de mogelijkheid van een *traditio longa manu*, waarbij de ladingontvanger optreedt als houder van de zaken.

Daarbij moet echter worden bepaald welke goederenrechtelijke status de ladingontvanger inneemt. Deze is in het gewone geval de laatste subkoper in de koopketen. Hij zal zich beschouwen als (uiteindelijk) gerechtigde op de goederen. Dat betekent dat hij zich niet gedraagt als een bloot houder. Hij zal bijvoorbeeld beginnen met het verwerken van de zaken in zijn fabriek.¹⁸⁴ Het ligt daarom niet voor de hand dat de ladingontvanger iedere overdracht bij voorbaat zal erkennen. Dat ligt temeer niet voor de hand omdat hij het cognossement niet heeft afgegeven, zodat het cognossement moeilijk kan fungeren als een erkenning bij voorbaat door de ladingontvanger.¹⁸⁵ In theorie is bij een *traditio longa manu* ook mededeling aan de ladingontvanger mogelijk, maar in de praktijk zal dit niet snel plaatsvinden. Daaruit moet worden geconcludeerd dat een bedongen pandrecht wel op het cognossement tot stand komt (art. 3:236 BW), maar niet zomaar doordrukt op de zaken. Als regel zou ik daarom willen aannemen dat de vestiging van een pandrecht op het cognossement, na aflevering van de zaken, niet meer kan gelden als de vestiging van een pandrecht op de zaken.¹⁸⁶

De goede trouw van de cognossementhouder kan hierop geen uitzondering maken. De goede trouw kan immers geen gebrek in de levering helen, maar uitsluitend een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. De conclusie is dus dat na aflevering het cognossement in goederenrechtelijke zin is uitgewerkt. Het cognossement heeft zijn legitimerende rol verloren.¹⁸⁷

Hoewel het cognossement in goederenrechtelijke zin is uitgewerkt na de aflevering, betekent dit niet dat bestaande goederenrechtelijke rechten verloren gaan. De eigenaar van de zaak blijft zijn recht op de zaak behouden. De vestiging van een pandrecht op de zaak kan echter niet meer plaatsvinden door de overgave van het

183. Zwitser 2001, p. 502. Zwitser 2010, p. 124.

184. Wellicht kan men dit zo verklaren dat de eigenaar en iedere schakel uit de koopketen de toestemming geeft aan de laatste schakel om de zaken te vervreemden, te gebruiken of te verbruiken in de normale uitoefening van beroep of bedrijf. Een parallel is te trekken met HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 m.nt. WMK (*Hoogovens/Matex*).

185. Vgl. ook Carver/Treitel/Reynolds 2005, nr. 6-032, die de vraag opwerpen of het wenselijk is dat de ladingontvanger voortdurend blootstaat aan een poging tot revindicatie door de cognossementhouder en zich afvraagt of de cognossementhouder niet voldoende bescherming toekomt door de vervoerder aan te spreken voor vervangende schadevergoeding. Een gedachte die in deze paragraaf wordt verdedigd.

186. Dat neemt niet weg dat een pandrecht op de zaken wel tot stand komt in het geval de ladingontvanger houder is van de zaken en hem mededeling van de verpanding wordt gedaan (3:115 BW).

187. Zie over de legitimerende rol van het cognossement, meer uitgebreid § 6.4.2.2. De houder van de zaken kan zich als gerechtigde op de zaken legitimeren door het uitoefenen van de macht over de zaken (3:109 jo. 3:119 BW). Dat betekent dat wanneer de ladingontvanger over de zaken beschikt en de zaken overdraagt aan een derde te goeder trouw, op dat moment de cognossementhouder de eigendom van de zaken verliest.

cognossement, maar uitsluitend op basis van de algemene regels van levering zoals genoemd in boek 3 BW. Dat betekent dat een eigendomsoverdracht kan geschieden door een levering *constitutum possessorium* van de zaak.¹⁸⁸ De vestiging van een (vuist)pandrecht op de zaak door de eigenaar, tevens middellijk bezitter van de zaak, lijkt na de aflevering aan de ladingontvanger echter alleen mogelijk door middel van een *traditio longa manu*, zodat mededeling aan de ladingontvanger vereist is voor de totstandkoming van het pandrecht.¹⁸⁹

Degene die een pandrecht op het cognossement bedingt, doet er daarom verstandig aan onderzoek te doen naar het feit of de lading inmiddels is afgeleverd. Naar mijn mening strekt zijn onderzoeksplicht zich uit tot de inhoud van het cognossement.¹⁹⁰

Op het cognossement zal meestal een datum zijn aangegeven waarop het cognossement is afgegeven en worden tevens de laad- en loshaven genoemd. De cognossementhouder kan daaruit een (globale) inschatting maken hoe lang de zeereis zal duren. Indien hij redelijkerwijs moet aannemen dat de zeereis inmiddels moet zijn beëindigd, moet hij er rekening mee houden dat de vervoerder inmiddels heeft afgeleverd. In dat geval moet hij zich ook rekenschap geven van het rechtsgevolg dat dat heeft of kan hebben, namelijk dat zijn op het cognossement uitgeoefende pandrecht niet betekent dat hem ook een pandrecht op de zaken toekomt. De ladingontvanger belooft immers niet bij voorbaat te gaan houden voor de cognossementhouder en de vestigingshandeling is daarmee niet voltooid. Een na de aflevering gevestigd pandrecht op het cognossement, geldt nog wel als een pandrecht op het cognossement, maar niet meer als een pandrecht op de zaak. Hieruit volgt dat de cognossementhouder nog wel rechthebbende is op het cognossement en daarmee de rechten uit het cognossement kan uitoefenen. Hieronder wordt daarom uiteengezet dat de pandhouder op het cognossement, als recht- en regelmatig cognossementhouder, wel de vervoerder kan aanspreken tot schadevergoeding.

6.5.3.2 *Het recht op vervangende schadevergoeding van de pandhouder (artikel 8:441 BW)*

In het voorgaande heb ik betoogd dat het cognossement in goederenrechtelijke zin is uitgewerkt na de aflevering van de zaken. Naar mijn mening is het cognossement echter niet uitgewerkt in verbintenisrechtelijke zin. Dat betekent dat het cognossement nog vatbaar blijft voor de overgang van rechten en plichten ten opzichte van de schuldenaar, de vervoerder. In artikel 8:441 lid 1 BW is geregeld dat uitsluitend de recht- en regelmatige houder van het cognossement aflevering van de lading kan vorderen. Voor zover de vervoerder aan een ander dan de cognossementhouder

188. Verder is mogelijk de levering door middel van een akte (3:95 BW), in het geval een dief de lading frauduleus onder zich heeft gekregen, bijvoorbeeld door presentatie van vervalste documenten HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 m.nt. WMK (*Gestolen Mercedes*). HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140 m.nt. WMK (*Gestolen Fiat I*). HR 7 mei 1982, NJ 1983, 241 m.nt. WMK (*Gestolen Fiat II*). Nieuwenhuis 1980, p. 41-44.

189. Een stil pandrecht in de zin van art. 3:237 BW lijkt ook mogelijk. Vgl. Zwitser 2011, p. 50.

190. Ik sluit daarmee aan bij het arrest HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*), zoals ik dat heb behandeld in hoofdstuk 5. Komen hem overigens gegevens 'toevallig' ter ore, bijvoorbeeld doordat een derde meedeelt dat is afgeleverd, dan moet hij daarmee ook rekening houden. In de nog te behandelen uitspraak *The Future Express* kon de bank achter de aflevering komen, doordat een garantie (*letter of indemnity*) door de ontvanger bij de bank werd inleverd.

heeft afgeleverd, kan van de vervoerder vervangende schadevergoeding worden gevorderd.¹⁹¹

Naar de letter genomen strekt het toepassingsbereik van artikel 8:441 lid 1 BW zich niet (zoals artikel 8:417 BW) uit tot de tijd dat de zaken zich aan boord van het schip bevinden. Daaruit zou men kunnen concluderen dat ook na de aflevering van de lading, vervangende schadevergoeding kan worden gevorderd. In de rechtspraak is echter ooit beslist dat een levering van het cognossement na aflevering van de lading niet meer met zich mee kan brengen dat de verkrijgende cognossementhouder vervangende schadevergoeding van de vervoerder kan vorderen.¹⁹²

Deze beslissing lijkt mij onjuist, zoals ik hoop te laten zien.

Na aflevering van de lading is het cognossement niet leeg geraakt. Het recht op aflevering, met als sequel het recht op vervangende schadevergoeding, blijft belichaamd in het papier, tot op het moment dat de rechten uit het papier zijn uitgeoefend. Zolang de cognossementhouder zijn recht op aflevering uit het papier niet uitoefent, blijft het papier daarom vatbaar voor overdracht op de wijze van een recht aan toonder, order of op naam. Weliswaar kan, nadat aflevering heeft plaatsgevonden, het cognossement de houder ervan niet meer legitimeren als goederenrechtelijk gerechtigde, maar naar mijn mening behoeft niet het vorderingsrecht tot schadevergoeding aan de cognossementhouder te ontvallen.¹⁹³

Een andere benadering van deze problematiek is te vinden in het Engelse recht. In het Engelse recht heeft men het overdragen van vorderingsrechten tot schadevergoeding na aflevering willen tegengaan.¹⁹⁴ Men was bevreesd dat er een markt zou ontstaan in cognossemerten die alleen recht gaven op schadevergoeding. Daardoor zou de vervoerder lang na de aflevering geconfronteerd kunnen worden met een vordering tot schadevergoeding, dat leek onwenselijk. Ik kan deze vrees niet delen. In de eerste plaats is de vervoerder in ieder geval schadeplichtig doordat hij niet heeft afgeleverd aan de cognossementhouder en lijkt het irrelevant door wie hij voor deze schade wordt aangesproken. In de tweede plaats gelden in het vervoer over het algemene korte verjaringstermijnen zodat de vervoerder in beginsel niet langer dan één of twee jaar rekening moet houden voor een actie van de cognossementhouder.¹⁹⁵ De vervoerder kan voor deze tijdspanne een garantie (*letter of indemnity*) eisen van de ladingontvanger die om aflevering verzoekt zonder het cognossement te kunnen tonen. Naar mijn mening is het daarom geen probleem dat, ook al weet de verkrijger van het cognossement dat is afgeleverd, toch een

191. PG Boek 8 BW, p. 468, 471. HR 8 november 1991, NJ 1993, 609 m.nt. JCS; S&S 1992, 37 (*Brouwersgracht*). HR 21 januari 2000, NJ 2000, 533 m.nt. K.F. Haak; S&S 2000, 73 (*Hudsongracht*). HR 19 december 2003, S&S 2006, 61 (*Isla de la Plata*).

192. Hof Amsterdam 22 april 1959, S&S 1959, 58 (*Salsaas*). In deze zaak leverde de vervoerder overigens af aan degene die (op een later ogenblik) cognossementhouder werd. In deze paragraaf onderzoek ik het geval dat is afgeleverd aan een ander dan de cognossementhouder. De ratio uit aangehaald arrest kan naar mijn mening ook op de laatstgenoemde problematiek worden betrokken.

193. Steun voor deze opvatting is te vinden in het arrest HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*).

194. Zie de bespreking ervan in de volgende paragraaf, § 6.5.3.4.

195. Art. 62 Rotterdam Rules noemen een termijn van 2 jaar. Naar Nederlands recht geldt een termijn van één jaar, art. 8:1712 lid 1 BW. Zwitser 2010, p. 118, 127 betoogt naar aanleiding van *Enichem Anic S.P.A. and Others v. Ampelos Shipping Co. Ltd. (The "Delfini")* [1990] 1 Lloyd's Rep. 252 (CA), dat partijen ook in het cognossement een datum kunnen opnemen waarmee de werking van het recht op schadevergoeding wordt beperkt, in het genoemde geval tot 13 maanden na de aflevering. De tijd kan echter niet verkort worden tot binnen de verjaringstermijn omdat deze termijn van dwingend recht is. Vgl. verder Japikse 1980, p. 122-124.

vordering tot schadevergoeding overgaat.¹⁹⁶ Degene die daarom na de aflevering een pandrecht op het cognossement heeft gevestigd, is naar mijn mening degene die schadevergoeding van de vervoerder kan vorderen (na presentatie van het cognossement aan de vervoerder).¹⁹⁷

6.5.4 Rechtsvergelijkende opmerkingen. *The Future Express*

Naar Engels recht wordt het cognossement omschreven als een *document of title*. Hiermee wordt bedoeld dat met het cognossement het bezit kan worden verschaft aan de verkrijger. De eigendom gaat dan vervolgens mee over voor zover partijen dit hebben beoogd. Partijen kunnen ook beslissen om de eigendom los van het cognossement over te dragen.¹⁹⁸

Met het afleveren van de lading gaat het onmiddellijke bezit over van de vervoerder op de ladingontvanger. De vraag rijst of het cognossement daarmee is uitgewerkt als een *document of title*: kan met de levering van het cognossement nog het bezit van de zaken worden verschaft? Dat is van groot belang voor het pandrecht naar Engels recht, omdat hiervoor bezit noodzakelijk is. Het bezitloos pandrecht bestaat naar Engels *common law* niet.¹⁹⁹ Over deze vraag, namelijk of het cognossement nog een *document of title* is na aflevering tegen een *indemnity*, heerst naar Engels recht geen eensgezindheid. Mijn indruk is dat de meerderheid opteert voor de opvatting dat na aflevering van de lading de levering van het bezit door middel van het cognossement niet meer mogelijk is, zodat inderdaad moet worden aangenomen dat het cognossement is uitgewerkt.²⁰⁰ Wanneer dit inderdaad het geval is, lijkt de vraag of de cognossementhouder de ladingontvanger kan aanspreken wanneer hij een pandrecht op cognossement na aflevering van de lading heeft bedongen, ontkennd te moeten worden beantwoord. De cognossementhouder kan geen pandrecht op het cognossement meer verkrijgen en daarmee ook niet uit hoofde van zijn pandrecht de lading opeisen van de ladingontvanger.

196. Zoals al gesteld wijkt het Engelse recht hiervan af. Ook de Rotterdam Rules kennen een andere regeling. In internationaal verband wordt niet zover gegaan. In de Rotterdam Rules wordt geoordeeld dat het recht op schadevergoeding slechts kan overgaan voor zover de cognossementhouder meent dat de lading nog in het schip zit. Wanneer in het cognossement een tijd van aflevering is opgenomen dan wordt aangenomen dat de houder redelijkerwijs weet kan hebben van de aflevering van de zaken. Art. 47 lid 2 sub e Rotterdam Rules. Naar mijn mening blijft het cognossement een waardepapier, zolang de vervoerder het papier niet heeft ingenomen (vgl. 8:481 BW). De levering van het cognossement blijft daarom mogelijk op de wijze van een recht aan order of toonder, afhankelijk hoe het cognossement is uitgesteld. Zwitser 2010, p. 126 komt tot dezelfde opvatting.

197. De rechten op het papier en op de lading lopen dus uit elkaar. Dit probleem staat bekend als het probleem van het parallelisme. Stengel 1975, p. 182-185. Het uitgangspunt daarbij is dat de rechten op lading en papier in beginsel parallel dienen te lopen. De heersende leer in de literatuur lijkt te menen dat deze rechten echter ook uiteen kunnen lopen. Sanders 1912, p. 237. Schultsz 1955, p. 272-273. Zwitser 2007, p. 84-85. Anders: Cahen 1964, p. 36-37. Zwitsers recht: Montanaro 2010, p. 141 die stelt dat het Zwitsers *Bundesgericht* heeft aangenomen dat een fiduciaire overdracht van het cognossement nog geen fiduciair eigendom van de lading verschaft. Hij wijst op *BGE* 113 III, 26, 30 e.v. en *BGE* 122 III 73, 78 e.v., te raadplegen op www.bger.ch.

198. Bools 1997, p. 191-192. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 6.23. Zie ook het nog uit te werken vonnis inzake *The Future Express*.

199. Voor een *charge* is registratie nodig. Mogelijk lijkt ook een *equitable lien of pledge*.

200. Bools 1997, p. 192. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 2.97. Gaskell, Asariotis & Baatz 2000, nr. 14.59. Carver/Treitel/Reynolds 2005, nr. 6-032. Benjamin/Guest 2006, nr. 18-080.

Een illustratie van deze problematiek biedt *The Future Express*.²⁰¹ Het biedt een duidelijk voorbeeld waartoe het Engelse recht komt in het geval een pandrecht op het cognossement wordt bedongen na de aflevering van de lading. *The Future Express* betreft een geval waarin het cognossement wordt gepresenteerd onder een *open letter of credit* lang nadat de lading is afgeleverd aan de koper, als gevolg van een samenwerking tussen koper en verkoper om het cognossement zo lang mogelijk buiten de bankketen te houden. De feiten liggen als volgt.

Tradax, een groot graanhuis, verkoopt een lading tarwe aan de koper Dalali.²⁰² De betaling zal geschieden door middel van een documentair krediet en Dalali opent daartoe een *letter of credit* ten gunste van Tradax bij de Yemen Bank. De Yemen Bank verzoekt vervolgens de Zwitserse bank UBS om mededeling van het krediet aan Tradax te doen en het krediet te confirmeren. UBS doet dit. Het vervoer van de tarwe gaat via drie schepen, waarvan één schip de naam *Future Express* voert.

Dan komt een ongewoon element naar voren. Dalali verzoekt Tradax om het cognossement nog niet aan te bieden aan UBS, maar het cognossement voorlopig onder zich te houden. De reden hiervoor is dat Dalali onvoldoende geld heeft om de bank te kunnen voldoen wanneer deze moet uitbetalen aan Tradax. Tradax gaat hierin mee, 'in view of Dalali's excellent performance in the past'. Wel verzekert Tradax zich ervan dat de bank UBS de documenten in orde zal bevinden in het geval ze alsnog worden aangeboden. Inmiddels is de vervoerder aangekomen in de loshaven en Tradax geeft een garantie af aan de vervoerder, waarna deze aflevert zonder dat het cognossement wordt gepresenteerd. De datum van aflevering is op 10 mei 1985. Dalali geeft vervolgens enkele malen opdracht aan de bank om de tijd waaronder de documenten aan de bank kunnen worden gepresenteerd te verlengen, de verlenging loopt tot 18 december 1985. Op het moment dat het documentair krediet werd verlengd, wist de bank niet dat de lading al was afgeleverd. Pas in november 1985 raakt de bank op de hoogte van het feit dat al is afgeleverd. Tradax wil kort voordat het krediet afloopt de documenten presenteren. De Zwitserse bank UBS licht daarover de Yemen Bank in. De Yemen Bank neemt dan contact op met Dalali en verkrijgt van hem zekerheid dat aflevering van de lading al heeft plaatsgevonden, maar Dalali verzoekt het documentair krediet opnieuw te verlengen tot 18 maart 1986. De bank gaat hierin mee om reden dat hij, evenals Dalali, op dat ogenblik in betalingsproblemen verkeert. Op 17 maart 1986 biedt Tradax dan de cognossementen aan bij UBS en krijgt betaald. UBS debiteert vervolgens de rekening van de Yemen Bank, maar Dalali biedt vervolgens geen verhaal. Omdat de Yemen Bank de cognossementen onder zich heeft, spreekt hij de vervoerder aan, omdat hij heeft afgeleverd aan een ander dan de cognossementhouder.²⁰³

In de procedure komt een aantal belangrijke vragen naar voren, met name het punt of de bank wel een pandrecht op het cognossement heeft verkregen. Kon het cognossement nog wel een *document of title* zijn, wanneer de bank het cognossement pas na de aflevering van de lading onder zich heeft verkregen? Een pandrecht op

201. *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD) en *The Future Express* [1993] 2 Lloyd's Rep. 542 (CA). Over deze uitspraak, Zwitser 2011.

202. Dalai treedt steeds op als principaal, zodat ik aan de achterliggende partij, een ministerie van de republiek Yemen, geen aandacht geef.

203. In een ander vonnis voor de Zwitserse rechter komt aan de orde of de verkoper Tradax uit onrechtmatige daad kan worden aangesproken. De Zwitserse rechter neemt dat in een vonnis van 6 februari 1996 inderdaad aan. *BGE* 122 III 73 (p. 73-79), te raadplegen op www.bger.ch. Zie hierover ook Lombardini 1997.

het cognossement zou in beginsel met zich meebrengen dat ook een pandrecht op de zaken wordt verkregen.²⁰⁴ De bank verkrijgt echter alleen een pandrecht op de zaken, wanneer het cognossement nog een *document of title* is, dus fungeert als 'a symbol of constructive possession of the goods' en waarbij de bedoeling voorstond dat de overgave van het cognossement het middellijke bezit op de verkrijger van het cognossement zou doen overgaan. Hier was echter tussen Tradax en Dalali overeengekomen dat de lading niet via de bankketen zou worden doorgeleverd. De rechter vraagt zich daarom af op welk ogenblik de eigendom van de lading van Tradax op Dalali is overgegaan. Er wordt geoordeeld dat Tradax zeker wist dat de Zwitserse bank UBS de cognossementen zou accepteren. Toen gaf Tradax immers toestemming aan de vervoerder om over te gaan tot aflevering aan Dalali, dat is op 27 april 1985. Daaruit construeert de rechter dat op dat moment eigendom en bezit van de lading overging op Dalali. Dalali heeft daarmee het eigendom en bezit van de lading verkregen voordat de bank het cognossement onder zich kreeg. De bank kreeg het cognossement immers pas in maart 1986 onder zich. In november 1985 geraakte de bank ervan op de hoogte dat de zaken inmiddels waren afgeleverd en de bank kon dus weten dat het cognossement op dat ogenblik niet meer kon fungeren als een sleutel tot het pakhuis c.q. aflevering van het schip.

Naar *common law* moeten de zaken in de macht van de pandhouder worden gebracht om het pandrecht tot stand te doen komen.²⁰⁵ De rechter stelt dat er *in casu* wel sprake was van een titel tot verpanding tussen Dalali en de bank, maar dat machtsverschaffing niet meer kon plaatsvinden, omdat de zaken al waren afgeleverd aan Dalali. Het cognossement kon daarom niet meer het middellijke bezit van de lading doen overgaan op de bank. De bank heeft dus met de macht over het cognossement geen macht over de lading verkregen en heeft daarmee ook geen pandrecht verkregen.²⁰⁶

De rechter in de *Queen's Bench Division*, Diamond, wijdt daarbij nog uit over de vraag of het cognossement is uitgewerkt (*exhausted*). Dat is naar zijn mening niet het geval. Het cognossement blijft een *document of title*, ook in maart 1986. De rechter overweegt dat een cognossement van kracht blijft zolang nog geen levering van het bezit (*delivery of possession*) van de lading heeft plaatsgevonden aan degene die een recht heeft uit het cognossement op de lading. Het maakt daarbij niet uit dat de lading is afgeleverd door de vervoerder.²⁰⁷ Diamond voegt dan toe:

'To hold that a bill of lading becomes spent when goods are delivered against an indemnity would greatly detract from the value of bills of lading as documents of title to goods, would diminish their value to bankers and other persons who have to rely on them for security and would facilitate fraud.'

Hij concludeert dan dat het cognossement nog niet is uitgewerkt op het moment dat aan Dalali is afgeleverd. De Yemen Bank kon hier echter geen profijt van hebben,

204. *Kum v. Wah Tat Bank Ltd.* [1971] 1 Lloyd's Rep. 439, 447.

205. *Official Assignee of Madras v. Mercantile Bank of India* [1935] A.C. 53.

206. De rechter voor de QBD gaat daarbij ook in op de theorie *attornment in advance*, maar ook via deze theorie komt geen pandrecht tot stand (p. 96).

207. Diamond verwijst naar *Barber v. Meyerstein* (1869-70) L.R. 4 H.L. 317 (HL) waar was overwogen dat het cognossement nog niet was uitgewerkt op het tijdstip dat de lading uit het schip in een pakhuis werd opgeslagen. In *Barclays Bank, Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise* [1963] 1 Lloyd's Rep. 81 (QBD) is Lord Diplock een andere opvatting toegedaan. Zoals ik eerder stelde lijkt de meerderheid van de literatuur wel te menen dat het cognossement is uitgewerkt.

omdat Tradax aan Dalali de eigendom (*property*) en het bezit (*possession*) van de lading had overgedragen, voordat Tradax het cognossement aan de bank overgaf. Op dat moment kon de bank dus niet meer het bezit van de lading verkrijgen en kon het pandrecht dus ook niet meer tot stand komen. Verder wisten de verkoper Tradax en de bank dat bij het verkrijgen van het cognossement de lading inmiddels was afgeleverd. De bank mocht dan ook niet meer menen een pandrecht op de lading te verkrijgen. Omdat de bank geen pandrecht heeft verkregen kon hij, volgens de toen geldende Bills of Lading Act 1855, de vervoerder ook niet aanspreken.²⁰⁸

Voor het Court of Appeal wordt door de advocaat van de bank aangevoerd dat deze beslissing grote gevolgen kan hebben voor documentaire kredieten, omdat een bank er immers in beginsel niet van op de hoogte is dat de lading tegen *indemnity* wordt afgeleverd en daarmee de bank geen rechten uit het cognossement kan uitoefenen. Geen bank zal daarom nog willen lenen tegen documenten. De rechters van het Court of Appeal, bij monde van LJ Lloyd, gaan hierin niet mee. Het gaat hier om de fraude van een cliënt van de bank. De bank moet daarom gewoonweg beter zijn cliënten uitzoeken en niet met iedereen zaken doen.²⁰⁹ Het vonnis van de lagere rechter blijft in stand.

Het resultaat in deze zaak is dus dat de bank met het pandrecht op het cognossement geen pandrecht op de lading verkreeg en dat de bank ook niet de vervoerder kon aanspreken ondanks dat zij had afgeleverd aan een ander dan de cognossementhouder.

Uit *The Future Express* blijkt dat een pandrecht op het cognossement in beginsel niet meer geldt als een pandrecht op de zaken in het geval het pandrecht na de aflevering van de lading is gevestigd. Uit de genoemde uitspraak blijkt eveneens dat degene die na aflevering een pandrecht op het cognossement vestigt niet meer de vervoerder kan aanspreken wegens het afleveren van de zaken aan de verkeerde persoon (*misdelivery*).²¹⁰ Dat had zijn oorzaak in de toen geldende Bills of Lading Act 1855. Deze Act gaf aan dat een cognossementhouder alleen de rechten uit het cognossement kon uitoefenen wanneer hij de *property* had.²¹¹ Slechts de eigenaar (*general*

208. Over de Bills of Lading Act 1855, zie hierna § 6.5.3.4.

209. Hij verwijst daarbij naar de befaamde uitspraak van Lord Bowen in *Sanders Brothers v. Maclean & Co.* (1882-83) LR 11 Q.B.D. 327, 343 (CA): 'But the practice of merchants, it is never superfluous to remark, is not based on the supposition of possible frauds. The object of mercantile usages is to prevent the risk of insolvency, not of fraud; and any one who attempts to follow and understand the law merchant will soon find himself lost if he begins by assuming that merchants conduct their business on the basis of attempting to insure themselves against fraudulent dealing. The contrary is the case. Credit, not distrust, is the basis of commercial dealings; mercantile genius consists principally in knowing whom to trust and with whom to deal, and commercial intercourse and communication is no more based on the supposition of fraud than it is on the supposition of forgery' (LJ Bowen).

210. In beginsel kan bij aflevering aan een ander dan de cognossementhouder de vervoerder worden aangesproken door de cognossementhouder. Benjamin/Guest 2006, nr. 18-081. Vgl. de opmerking van Lord Denning, *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.* [1959] A.C. 576, 586 (PC): 'It is perfectly clear law that a shipowner who delivers without production of the bill of lading does so at his peril. The contract is to deliver, on production of the bill of lading, to the person entitled under the bill of lading.' Naar Duits recht kan de vervoerder in dat geval ook worden aangesproken. Aansprakelijk op grond van § 606 HGB. Herber 1999, p. 302-303. Liesecke 1964, p. 1988. BGH 05.02.1962, BGHZ 36, 329.

211. S. 1 Bills of Lading Act 1855: 'Every Consignee of Goods named in a Bill of Lading, and every Endorsee of a Bill of Lading to whom the Property in the Goods therein mentioned shall pass, upon or by reason of such Consignment or Endorsement, shall have transferred to and vested in him all Rights of Suit, and be subject to the same Liabilities in respect of such Goods as if the Contract contained in the Bill of Lading had been made with himself.'

property) van de zaken die tevens het cognossement onder zich had kon daarom de vervoerder aanspreken. De bank met een pandrecht (*special property*) kon de vervoerder niet aanspreken, hij kon echter ook niet aangesproken worden door de vervoerder.²¹² De bank kon alleen de vervoerder aanspreken wanneer een *implied contract* tussen bank en vervoerder werd aangenomen, een zogenoemd *Brandt v. Liverpool-contract*.²¹³ De problemen met deze koppeling tussen de rechten uit de vervoerovereenkomst en de eigendom van de zaken werden echter zo groot dat in 1992 de Carriage of Goods by Sea Act is ingevoerd (COGSA 1992).²¹⁴

In de COGSA 1992 wordt de band tussen een recht op de zaken (eigendom of pandrecht) en het recht om schadevergoeding (*right of suit*) te vorderen, voor een gedeelte doorgesneden. Volgens deze Act kan een *lawful holder* de vervoerder aanspreken voor de schade (*right of suit*). Op een gegeven moment echter verliest het cognossement de werking om de vervoerder nog aan te spreken, zoals wordt uiteengezet in section 2 lid 2 COGSA 1992:

Artikel 2 lid 2 COGSA 1992

Where, when a person becomes the lawful holder of a bill of lading, possession of the bill no longer gives a right (as against the carrier) to possession of the goods to which the bill relates, that person shall not have any rights transferred to him by virtue of subsection (1) above unless he becomes the holder of the bill—

(a) by virtue of a transaction effected in pursuance of any contractual or other arrangements made before the time when such a right to possession ceased to attach to possession of the bill; or

(b) as a result of the rejection to that person by another person of goods or documents delivered to the other person in pursuance of any such arrangements.

Uit het artikel wordt duidelijk dat de cognossementhouder niet altijd een recht jegens de vervoerder heeft op aflevering van de zaken. Dat is slechts zo in twee gevallen.²¹⁵ In de eerste situatie moet het gaan om een transactie die is aangegaan voordat de vervoerder de lading heeft afgeleverd. Hierbij kan men denken aan een keten van koopovereenkomsten. Voor zover deze voor de aflevering zijn aangegaan, zal de subkoper met de verkrijging van het cognossement, ook indien in de tussentijd is afgeleverd, het recht verkrijgen op schadevergoeding van de vervoerder. Een bank lijkt met deze oplossing echter niet geholpen, omdat de transactie met de bank meestal niet vooraf wordt aangegaan. De tweede situatie is een weigering van het cognossement (en de lading) in een geval waarin de eerste persoon de transactie heeft gesloten voordat de vervoerder is overgegaan tot aflevering.²¹⁶ De reden voor deze restrictie wordt uiteengezet door de *Law Commission*.²¹⁷ Men is bevreesd dat er een handel staat in cognossemten die geen betrekking heeft op de

212. Vgl. *Sewell v Burdick* (1884-85) LR 10 App. Cas. 74 (HL). Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 8.11.

213. *Brandt v. The Liverpool, Brazil and River Plate Steamship Company* [1924] 1 K.B. 575. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 8.18 e.v.

214. De problemen worden helder uiteengezet in *Law Commission* 1991, nr. 2.1-2.3.

215. *Benjamin/Guest* 2006, nr. 18-113.

216. Aikens, Lord & Bools 2006, nr. 8.77-80.

217. *Law Commission* 1991, nr. 2.42-2.44.

zaken, maar alleen tot doel heeft om een actie ten opzichte van de vervoerder te verhandelen. Om deze mogelijkheid uit te schakelen, moet het steeds gaan om een transactie die is gesloten voor aflevering van de zaken door de vervoerder.

Samenvattend is het beeld het volgende. De aflevering van zaken zonder presentatie van het cognossement betreft gewoonlijk gevallen waarin de ladingontvanger (uiteindelijk) een recht op de zaken heeft, maar (nog) geen cognossement kan presenteren. In dat geval verliest het cognossement zijn goederenrechtelijke functie met de aflevering. De cognossementhouder kan onder de COGSA 1992 wel de vervoerder aanspreken voor zover hij een transactie met betrekking tot de zaken is aangegaan voor de aflevering van de zaken door de vervoerder.

Naar Nederlands recht heb ik uit het Engelse recht overgenomen dat de goederenrechtelijke legitimatie door het cognossement eindigt met de aflevering. De beperking naar Engels recht ten aanzien van de vordering tot schadevergoeding acht ik niet nodig, de verjaringstermijnen vormen naar mijn mening een adequater middel tot beperking.

6.6 Concurrentie van cognossementexemplaren

6.6.1 Het recht op aflevering en het recht op de zaak

In de praktijk worden door de vervoerder meerdere exemplaren van hetzelfde cognossement afgegeven, meestal drie.²¹⁸ In de praktijk komt het voor dat de cognossementexemplaren in de handen van verschillende personen terecht komt. Het probleem dat dan kan ontstaan is wie het recht op aflevering heeft en het recht op de zaak. Anders gezegd: wat zijn de verbintenisrechtelijke en de goederenrechtelijke rechtsgevolgen wanneer ieder cognossementexemplaar een eigen leven gaat leiden? Is het bijvoorbeeld mogelijk dat een cognossementexemplaar nog verpand kan worden door de cognossementhouder, nadat hij de eigendom door middel van een ander cognossementexemplaar heeft overgedragen? En aan wie moet de vervoerder afleveren wanneer een of meer exemplaren door verschillende houders worden gepresenteerd in de loshaven?

Vooraf moet worden benadrukt dat het probleem niet heel groot is. Bij een documentair krediet staan banken er steeds op dat de *full set* aan hen wordt overhandigd.²¹⁹ Recente voorbeelden zijn daarom nauwelijks te vinden, maar zijn meestal afkomstig uit de 19^{de} eeuw. Met de toenemende snelheid waarin het vervoer plaatsvindt, zou het probleem zich echter opnieuw kunnen voordoen. Uit de vorige paragraaf bleek dat het cognossement in veel gevallen niet op tijd in de loshaven aankomt. In dat geval wordt soms wel de volgende oplossing gehanteerd. Een vervoerder neemt een cognossementexemplaar in de *ship's bag* mee.²²⁰ De bank die

218. Onder het oude recht, art. 507 oud-K, en in het ontwerp van art. 8:413 BW werd uitgegaan van twee of meer exemplaren. PG Boek 8 BW, p. 438 (art. 8:413 BW).

219. Debattista 2008, nr. 2.64. Art. 20 sub a onder iv UCP-600. Ook kopers staan erop dat zij de *full set* verkrijgen, Bridge 2009, nr. 6.69. Loeff 1981, p. 92. Inderdaad zijn twee manieren mogelijk om fraude tegen te gaan: of de vervoerder geeft nog slechts één exemplaar af, of de cognossementhouder vordert steeds de *full set*. Vgl. Fentener Van Vlissingen 1891, p. 49.

220. Boonk 1993, p. 29. Voorbeeld zijn HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*) en HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga 15*) en Rb. Rotterdam 10 juni 1999, S&S 2000, 86 (*Santorini I*). Over deze praktijk: Haak & Zwitser 2010, p. 65. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 199 merken op dat sommige documentaire kredieten uitdrukkelijk stellen dat slechts 2 van de 3 exemplaren aan de bank behoeven te worden overhandigd.

betrokken is bij een documentair krediet verkrijgt dan niet meer alle exemplaren van het cognossement onder zich. Komt in de loshaven een ontvanger opdagen die nog niet het cognossement onder zich heeft gekregen, dan kan de vervoerder het cognossementexemplaar dat hij in het schip heeft meegenomen aan de genoemde ontvanger afgeven. Die presenteert het cognossement vervolgens en daarop levert de vervoerder af. De vraag is dan wat de rechtspositie is van degene met de overige exemplaren van het cognossement, bijvoorbeeld de bank met een pandrecht op het cognossement. In het navolgende ga ik steeds uit van de situatie dat een pandhouder niet alle cognossementexemplaren onder zich heeft gekregen, maar dat een of meer exemplaren onder een derde liggen.

Het cognossement geeft de houder ervan het recht om aflevering van de zaken te vorderen (8:441 lid 1 BW). De pandgever die een cognossementexemplaar verpand, geeft dus de pandhouder het recht om aflevering van de zaken te vorderen. De pandgever met de overige cognossementexemplaren heeft echter ook uit het cognossement een recht tot aflevering van de zaken. Dit potentiële conflict tussen verschillende cognossementhouders wordt opgelost door artikel 8:413 BW, waarin de zogenaamde musketiersregel is neergelegd. De cognossementen gelden alle voor één en één voor alle. Dat betekent dat op elk verhandelbaar exemplaar van het cognossement aflevering van de lading kan worden gevorderd en dat door deze aflevering het recht op aflevering uit de andere exemplaren vervalft.²²¹ De andere houders van een cognossementexemplaar kunnen dan ook geen aflevering meer van de vervoerder vorderen of, het sequel daarvan, vervangende schadevergoeding. In het geval er wordt afgeleverd aan een ander dan de pandhouder, kan de pandhouder dus niet meer de vervoerder aanspreken.

Het kan voorkomen dat meerdere cognossementhouders tegelijkertijd in de loshaven aflevering van de zaken eisen van de vervoerder. De vervoerder kan de zaken dan doen opslaan onder een bewaarnemer (8:490 BW), waarna hij bepalen kan wie het beste recht heeft. Voor deze situatie geeft artikel 8:460 BW een regeling.²²² Hierin staat vermeld dat diegene het beste recht heeft, waaraan de houder van alle cognossementexemplaren het eerst het recht op aflevering van de zaken heeft overgedragen. Het recht kan onder meer in eigendom, in pand of onder last zijn overgedragen. Heeft de houder van alle cognossementexemplaren daarom eerst een exemplaar verpand en vervolgens de overige exemplaren in eigendom overgedragen, dan heeft de pandhouder het beste recht.²²³

Zowel artikel 8:413 BW als artikel 8:460 BW regelt de situatie wie recht heeft op aflevering van de zaken van de vervoerder. Zij regelen niet de situatie wie een goederenrechtelijk recht heeft op de zaken.²²⁴ Ook artikel 8:417 BW kan hierin geen uitsluitel geven, omdat dit artikel alleen een regel geeft dat de levering van het cognossement geldt als levering van de lading, maar niet hoe in goederenrechtelijk opzicht met de concurrentie van cognossementexemplaren moet worden

221. Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, *S&S* 1999, 73 (*Nedlloyd van Cloon*). Rb. Rotterdam 17 november 2010, *S&S* 2011, 53 (*Aan de Vecht/Adco*).

222. Dat art. 8:460 BW betrekking heeft op de situatie dat er meerdere cognossementhouders in de loshaven komen opdagen, blijkt uit het feit dat deze bepaling aansluit bij art. 517 oud-K. PG Boek 8 BW, p. 477 (art. 8:460 BW). In die bepaling gaat het om de situatie dat verschillende cognossementhouders aflevering vorderen.

223. Sanders 1912, p. 324. Cleveringa 1961, p. 647-649. Loeff 1981, p. 93. Enige ingewikkelde situaties brengt Wiarda 1951, p. 452 naar voren, ze zullen wel nooit voorkomen.

224. Anders: Haak & Zwitser 2010, p. 65 die art. 8:460 BW betrekken op de eigendom van de lading.

omgegaan. Juist bij het vraagstuk van de concurrentie van cognossementexemplaren kan zich de situatie voordoen dat het pandrecht op het cognossement niet geldt als een pandrecht op de zaken. Wanneer namelijk eenmaal de eigendom van een cognossementexemplaar, en daarmee van de zaken (8:417 BW), is overgedragen, kan de vervreemder niet nog eens een pandrecht op de zaken vestigen door middel van een ander cognossementexemplaar.²²⁵ De vraag of het recht op de zaken kan worden overgedragen bij meerdere cognossementexemplaren moet worden beantwoord aan de hand van de algemene goederenrechtelijke regels.

Dat betekent dat wanneer de gemeenschappelijke voorman, de houder van alle cognossementexemplaren, eigenaar is van de zaken en hij verpandt een cognossementexemplaar, hij daarna de eigendom van de zaken door middel van een ander exemplaar nog slechts kan overdragen onder last van het pandrecht. Dit correspondeert met de regel dat oudere goederenrechtelijke rechten voorgaan boven jongere goederenrechtelijke rechten (*prior tempore, potior iure*). Wordt eerst echter een cognossementexemplaar in eigendom overgedragen en vervolgens een ander exemplaar in pand, dan zal het pandrecht niet tot stand komen, omdat de gemeenschappelijke voorman na de overdracht van het cognossement niet meer bevoegd is tot verpanding ervan. Naar mijn mening zal de pandhouder in een dergelijk geval geen beroep toekomen op de goede trouw uit artikel 3:86 BW. Op het cognossement wordt namelijk in vrijwel alle gevallen aangetekend hoeveel cognossementexemplaren in omloop zijn. Omdat de pandhouder daarom weten kan dat hij niet alle exemplaren onder zich heeft, moet hij er rekening mee houden dat hij niet als eerste een exemplaar verpand krijgt. Hij kan daarom niet geacht worden te goeder trouw een pandrecht te hebben verkregen.

Deze goederenrechtelijke regels gelden ook wanneer een van de houders van een cognossementexemplaar aflevering van de vervoerder heeft verkregen ex artikel 8:441 lid 1 BW. De aflevering door de vervoerder verandert immers de rangorde tussen de goederenrechtelijke rechten niet.²²⁶ Heeft de pandhouder een eerder gevestigd pandrecht op het cognossement, en daarmee op de zaken, verkregen, en gaat hij over tot executie, dan kan hij de zaken van degene die een later tot stand gekomen goederenrechtelijk recht op de zaken heeft en aflevering van de zaken heeft verkregen van de vervoerder, opeisen.

Terugkomend op het voorbeeld van een cognossementexemplaar in de *ship's bag* van de vervoerder. Degene die dit exemplaar onder zich krijgt en presenteert zal daarom nog geen eigenaar van de zaken zijn geworden, omdat de vervoerder niet bevoegd zal zijn de eigendom van de lading over te dragen. Degene die een goederenrechtelijk recht op een ander cognossementexemplaar, en daarmee op de zaken, heeft bedongen, kan dan ook de zaken van deze persoon opeisen.²²⁷

225. De vervreemder kan dus niet meerdere malen de eigendom van de lading overdragen. Wel kan hij natuurlijk door middel van ieder cognossementexemplaar het recht op aflevering van de zaken doen overgaan. Sanders 1912, p. 311-312. Zoals Zwitser 2006a, p. 39 terecht opmerkt, kan dit niet goed goederenrechtelijk worden verklaard, en past de constructie van de overgang van rechten door middel van een derdenbeding beter.

226. Als ik het goed zie, leert Cahen 1964, p. 52 op dit punt anders. Anders: Duits recht, dat ik hierna zal behandelen. De opvatting van Loeff 1981, p. 39-40 lijkt nauw bij het Duitse recht aan te sluiten.

227. Vgl. Sanders 1912, p. 327-330. Cleveringa 1961, p. 645 noemt het, naar mijn mening hier aan de orde zijnde, geval dat de vervoerder onrechtmatig handelt wanneer hij aflevert aan een niet overeenkomstig de inhoud van het cognossement gelegitimeerde houder.

Overigens kan men zich afvragen of degene die het cognossement uit de *ship's bag* verkrijgt van de vervoerder wel bevoegd is het recht op aflevering van de zaken uit het cognossement uit te oefenen. Niet altijd zal het cognossement door de afzender geëndosseerd zijn aan de ladingontvanger. In dat geval kan de ladingontvanger in beginsel niet de rechten uit de vervoerovereenkomst uitoefenen.²²⁸

Met het bovenweergegeven stelsel blijkt bij concurrentie van cognossementexemplaren het probleem steeds te zijn dat het recht op aflevering van de zaken (8:441 BW) ook toekomt aan een ander dan de gerechtigde op de zaken (8:417 BW). Immers, na de overdracht van het eerste cognossementexemplaar heeft de verkrijger ervan de eigendom van de zaken verkregen en het recht op aflevering van de zaken. De overdracht van een tweede cognossementexemplaar kan dan niet meer de eigendom van de zaken doen overgaan, maar nog wel het recht op aflevering van de zaken. Het is daarom van belang dat de deelnemers in het handelsverkeer steeds vorderen dat de gehele set cognossemerten aan hen wordt afgegeven. Het systeem is overigens in overeenstemming met het algemene vermogensrecht, doordat de vraag aan wie het recht op aflevering toekomt geen invloed heeft op de vraag wie de rechthebbende op de zaak is. Het Nederlandse recht biedt daarom naar mijn mening een bevredigende regeling ten aanzien van de problematiek van concurrentie van cognossementexemplaren. Aan overname van vreemd recht bestaat op dit punt geen behoefte.

6.6.2 Rechtsvergelijkende opmerkingen

In deze paragraaf zal ik eerst het Engelse en vervolgens het Duitse recht behandelen. Het Engelse recht komt overeen met het Nederlandse recht. In goederenrechtelijk opzicht geldt de regel dat het oudste recht voorgaat boven later gevestigde rechten. Dat betekent dat een pandrecht op een cognossementexemplaar dat eerder tot stand komt dan een eigendomsrecht op een ander cognossementexemplaar, met zich meebrengt dat het pandrecht voorgaat. Het maakt daarbij niet uit of de subkoper de lading inmiddels onder zich gekregen heeft of niet. Hier geldt dus onverkort de prioriteitsregel.²²⁹ In goederenrechtelijk opzicht komt het Engelse recht dus overeen met het Nederlandse recht.

In contractueel opzicht is dat niet anders. De cognossementhouder behoeft niet de gehele set te presenteren aan de vervoerder, maar kan de aflevering van de lading verkrijgen bij het presenteren van één cognossementexemplaar.²³⁰ In een cognossement zal meestal de regel zijn opgenomen 'one of which being accomplished,

228. Hof Amsterdam 25 april 1980, S&S 1981, 48 (*Marathon*). Boonk 1993, p. 29, noot 66. Indien de afzender de kopie in de *ship's bag* niet op geldige wijze heeft geëndosseerd aan de ladingontvanger (waarbij de vervoerder als het ware geldt als de verlengde arm van de afzender), dan verkrijgt de ladingontvanger geen rechten uit de vervoerovereenkomst. Ogenscheinlijk anders: Haak & Zwitser 2010, p. 65. De vervoerder moet er dan rekening mee houden te worden aangesproken door de recht- en regelmatige houder van de overige cognossementexemplaren wegens aflevering aan de verkeerde persoon. Vgl. Rb. Rotterdam 10 juni 1999, S&S 2000, 86 (*Santorini I*).

229. Carver/Treitel/Reynolds 2005, nr. 6-068.

230. Carver/Treitel/Reynolds 2005, nr. 6-069. Bridge 2009, nr. 6.68. *Sanders Bros v Maclean & Co* (1883) 11 QBD 327. *Glyn Mills Currie & Co v East and West India Dock Co* (1882) 7 App. Cas. 591, 605.

the others shall stand void', waarmee de musketiersregel, die naar Nederlands recht in artikel 8:413 BW is te vinden, wordt weergegeven.

De bovenstaande regels kunnen worden geïllustreerd met de uitspraak inzake *Barber v Meyerstein*.²³¹ Het betreft een geval van fraude door een koper, genoemd Abraham. Er werd katoen vervoerd onder cognossement, waarbij het cognossement in drievoud is uitgegeven. Nadat de vervoerder op de bestemming is aangekomen wordt de lading opgeslagen in een pakhuis, omdat de vracht nog niet betaald is. Op dat moment heeft een Indiase bank alle drie cognossementexemplaren onder zich, omdat de koper de koopprijs nog niet heeft voldaan aan deze bank. De bank heeft op het cognossement een pandrecht bedongen. Abraham gaat dan naar een derde toe, genoemd Meyerstein, en vraagt hem om een geldlening om daarmee van de bank de cognossementexemplaren te kunnen verkrijgen. Deze lening krijgt hij en hij verkrijgt daarmee de drie cognossementexemplaren. Daarvan geeft hij vervolgens twee exemplaren in pand aan Meyerstein. De vracht is op dat moment echter nog niet betaald en Abraham neemt daarom contact op met een subkoper, Barber, en verzoekt hem om een voorschot om de vracht te kunnen betalen, waarna vervolgens het katoen aan hem zal worden overgedragen. Dat geschiedt. Barber, onwetend van het pandrecht op het cognossement door Meyerstein, verkrijgt de eigendom van het katoen. Dan bemerkt Meyerstein de fraude en begint een procedure tegen Barber om de zaken terug te krijgen.

De lagere rechters en de *House of Lords* oordelen dat de verpanding van een cognossementexemplaar voorrang heeft boven de latere overdracht van een ander cognossementexemplaar. In het genoemde geval werden eerst twee van de drie cognossementexemplaren verpand, waarna op een later tijdstip het derde exemplaar werd overgedragen aan een subkoper. In dat geval gaat het pandrecht voor boven het eigendomsrecht van de subkoper omdat het eigendomsrecht later tot stand gekomen is dan het pandrecht.

Het Duitse recht kent een andere regeling dan het Nederlandse recht. Eveneens moet onderscheid gemaakt worden tussen het recht op aflevering van de zaken en een recht op de zaken. Het is niet nodig dat alle cognossementexemplaren worden gepresenteerd aan de vervoerder om aflevering te verkrijgen. Voldoende is wanneer één exemplaar wordt gepresenteerd (§ 648 lid 2 HGB). Wanneer er meerdere cognossementhouders in de bestemminghaven aflevering van de lading vorderen, dan moet de vervoerder de zaken laten opslaan in een pakhuis en bepalen wie het beste recht heeft (§ 649 lid 1 HGB). In §§ 651-652 HGB is dan te vinden hoe de cognossementhouders zich onderling verhouden. Het gaat dus om de rangorde van cognossementhouders.

In § 651 HGB gaat het om de situatie dat de zaken al aan de houder van een cognossementexemplaar zijn afgeleverd. Het gaat daarmee om het geval als beschreven in § 648 lid 2 HGB, welk artikel de vervoerder de bevoegdheid gaf om tegen presen-

231. *Barber v Meyerstein* (1869-70) LR 4 H.L. 317 (House of Lords). *Barber v Meyerstein* (1866-67) L.R. 2 C.P. 661 (Ex Chamber). *Barber v Meyerstein* (1866-67) LR 2 C.P. 38 (Court of Common Pleas).

tatie van één cognossemmentexemplaar af te leveren. In dat geval gaat het recht op de zaken van degene die de zaken heeft afgeleverd gekregen, voor op het recht op de zaken van de overige cognossemmenthouders. Het maakt daarbij niet uit of de ladingontvanger zijn recht op de zaken eerder of later heeft verkregen dan de andere cognossemmenthouders.²³²

In § 652 HGB wordt nader ingegaan op hoe bepaald moet worden wie het beste recht heeft in het geval er meerdere cognossemmenthouders in de bestemmingshaven komen opdagen. Het gaat dan om de situatie genoemd in § 649 lid 1 HGB, waarbij de zaken zich nog in het schip bevinden. In dat geval heeft diegene het beste recht die het eerst het cognossemmentexemplaar verkregen heeft van de gemeenschappelijke voorman. Hier geldt dus wel de goederenrechtelijke prioriteitsregel.²³³ Een beroep op de goede trouw baat de houder van een cognossemmentexemplaar bij toepasselijkheid van § 652 BGB niet.²³⁴

Het Duitse recht past in het geval van § 651 HGB niet de prioriteitsregel toe. Naar mijn mening verdient het Duitse recht op dit punt geen overname. Niet valt in te zien waarom na aflevering door de vervoerder de ladingontvanger in een betere positie komt te verkeren dan voor de aflevering het geval is.²³⁵

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is het pandrecht op een cognossemment nader onder de loep genomen. In het bijzonder ging het om een pandrecht op ordercognossemmenten, omdat die vorm het meest in het handelsverkeer voorkomt. De expediteur en de bank bedingen geregeld een pandrecht op het cognossemment. Een pandrecht op cognossemment heeft in de regel twee rechtsgevolgen. De pandhouder heeft in de eerste plaats een recht op aflevering van de zaken (8:441 BW). De cognossemmenthouder kan dus aflevering van de lading vorderen van de vervoerder. In de tweede plaats heeft de pandhouder op het cognossemment, voor zover overeengekomen, tevens een pandrecht op de roerende zaken (8:417 BW). De pandhouder is daardoor bevoegd zich op de lading te verhalen in het geval de pandgever in verzuim geraakt.

Uit deze beschrijving van de twee rechtsgevolgen volgt dat het pandrecht op het cognossemment een soepel handelsverkeer gemakkelijk kan belemmeren. De expediteur die het cognossemment van de vervoerder ontvangt, behoeft het cognossemment niet verder door te geven in de keten. Hetzelfde geldt voor een bank die het cognossemment van de verkoper overgedragen heeft gekregen ingevolge een documentair krediet. Hij behoeft het cognossemment niet af te geven aan de koper, zolang de koper niet de vordering waarvoor het pandrecht is bedongen, heeft voldaan.

Daardoor zal de koper geen aflevering kunnen verkrijgen van de vervoerder omdat de vervoerder in beginsel moet afleveren aan de recht- en regelmatige cognossemmenthouder. Ook kan de pandhouder op cognossemment tot executie van zijn pandrecht overgaan, zodat de verdere schakels in de keten de zaken niet meer onder zich kunnen krijgen.

232. Prüssmann/Rabe 2000, § 651 HGB, nr. 4. Tiberg 1998-1999, p. 11. Kritisch: GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363 HGB, nr. 140.

233. Prüssmann/Rabe 2000, § 652 HGB, nr. 3. GroßKomm HGB (Canaris) 2004, § 363 HGB, nr. 139.

234. Prüssmann/Rabe 2000, § 652 HGB, nr. 4.

235. Zo ook Sanders 1912, p. 333 e.v.

Ondanks de genoemde nadelen van het pandrecht op cognossement in het handelsverkeer denk ik dat de inbreuk op het handelsverkeer niet te ver gaat. De belangrijkste reden hiervoor is dat de eigenaar heeft ingestemd met de totstandkoming van het pandrecht. Een pandrecht komt namelijk alleen dan tot stand wanneer een beschikkingsbevoegde als pandgever optreedt. In de praktijk is dat gewoonlijk een eigenaar. In de gevallen waarin sprake is van een pandrecht op cognossement wordt vrijwel steeds met een eigenaar gecontracteerd, zodat de eigenaar heeft ingestemd met de totstandkoming van het pandrecht. De eigenaar aanvaardt daarmee ook de consequentie dat het pandrecht het handelsverkeer kan belemmeren, de eigenaar heeft deze consequentie echter vrijwillig aanvaard. Een ander argument is dat de wet in ieder geval aan de expediteur of bank een retentierecht op cognossement toelaat, zodat ook op deze wijze zekerheid mogelijk is. Omdat de wet de schuldeiser van rechtswege zekerheid biedt (retentierecht), moet ook bij een overeenstemmende wil van partijen zekerheid mogelijk zijn (pandrecht).

Het uitgangspunt van het betoog is dus dat een pandrecht op cognossement in beginsel aanvaardbaar is. In de praktijk zijn er echter nogal wat vragen waarin de totstandkoming van een pandrecht op cognossement problemen oplevert. Bij ordercognossementen komt het soms voor dat een probleem in de vestiging optreedt. Voor de totstandkoming van een pandrecht op een orderpapier is vereist dat het papier in de macht van de pandhouder wordt gebracht met endossement (3:236 BW). Niet altijd wordt geëndosseerd of op de juiste wijze geëndosseerd. Dat leidt tot de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van het ontbreken van endossement of een onjuist endossement. Dat is in ieder geval het ontbreken van regelmatig houderschap. Het cognossement wijst de houder ervan niet meer aan als de rechthebbende op de zaken. Soms kan ook het rechtmatige houderschap ontbreken. De cognossementhouder komt geen recht op aflevering van de zaken toe, omdat de vestigingshandeling onvolmaakt is gebleven. Naar gewenst recht is daarom betoogd de rol van het endossement terug te dringen. Het endossement moet slechts worden opgevat als middel tot legitimatie van de houder, dus als een bewijs, maar niet als een vereiste voor de levering of verpanding van rechten aan order.

Ook in gevallen van documentair krediet rijzen vragen bij de totstandkoming van een pandrecht op cognossement. Bij een documentair krediet draagt de verkoper zijn rechten op het cognossement over op het moment dat hij door de bank krijgt betaald. De bedoeling van partijen is dat op dat ogenblik de koper de rechthebbende wordt van het cognossement en de bank een pandrecht op het cognossement verkrijgt. In de literatuur wordt echter wel geleerd dat de rechtstreekse verkrijging door de principaal niet geldt voor cognossementen aan order (3:110 BW). Dat betekent dat de bank (en niet de koper) rechthebbende zal worden op het cognossement in het geval aan hem wordt geëndosseerd.

In dit hoofdstuk is een andere oplossing aangereikt. De directe leer is ook van toepassing op cognossementen aan order. De reden hiervoor is dat het endossement wel aangeeft aan wie wordt geleverd, maar niet voor wie de aangewezen de cognossement gaat houden. De bank kan met de verkrijging van het cognossement van de verkoper het cognossement gaan houden voor de koper en zelf een pandrecht uitoefenen, voor zover dat is bedongen met de koper.

Gaat de koper failliet, dan eindigt de tussen bank en koper bestaande overeenkomst van lastgeving (7:422 BW). De bank behoudt echter een zelfstandige verbintenis jegens de verkoper om uit te betalen indien hij de juiste documenten presenteert.

De vraag is dan wie rechthebbende wordt op het cognossement indien de bank de documenten van de verkoper heeft geaccepteerd en betaald. Naar mijn mening wordt de bank dan in beginsel rechthebbende op het cognossement. De verkoper draagt immers wel zijn rechten over, maar omdat de rechtsverhouding tussen koper en bank tot een einde is gekomen, zal de bank het cognossement niet meer voor de koper gaan houden. Dit kan echter contrair zijn aan de wil van partijen. De bedoeling was immers dat de koper rechthebbende zou worden van het cognossement. De koper kan daar aan het ten einde komen van de rechtsverhouding schade lijden, omdat hij niet meer aan zijn verplichtingen jegens derden (subkopers) kan voldoen. De curator kan er daarom belang bij hebben dat alsnog wordt afgewikkeld, zodat het resultaat identiek blijft met de situatie dat de overeenkomst van lastgeving nog bestond. Er is daarom betoogd dat de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat bepaalde verplichtingen uit de lastgevingsovereenkomst blijven gelden. De bank blijft verplicht het cognossement te gaan houden voor de koper indien de (curator van de) koper voldoende zekerheid stelt.

Een ander probleem dat zich bij een documentair krediet kan voordoen, is of een door de eerste bank (openende bank) ingeschakelde bank (confirmerende bank) wel een pandrecht op het cognossement kan verkrijgen: hij contracteert immers niet met de koper, maar met een bank en banken zijn in beginsel niet beschikkingsbevoegd om te verpanden. De koper heeft echter ingestemd met het feit dat een tweede bank betrokken wordt bij de betaling. Hij heeft daarmee ook een pandrecht gewild ten gunste van de tweede bank. Bij overdracht van het cognossement door de verkoper zal de confirmerende bank het cognossement daarom gaan houden voor de koper onder last van een pandrecht.

Het pandrecht op cognossement leidt als gezegd in de regel tot de volgende rechtsgevolgen: een recht op aflevering van de zaken en een pandrecht op de zaken. Die rechtsgevolgen komen onder druk te staan in twee gevallen. Het eerste geval is waarin de vervoerder overgaat tot aflevering zonder presentatie van het cognossement. In het tweede geval heeft de pandhouder niet alle cognossementexemplaren onder zich en kan een derde met een ander cognossementexemplaar opkomen. Dit geval staat bekend als het probleem van de concurrentie van cognossementexemplaren.

Bij de aflevering zonder presentatie van het cognossement blijft de pandhouder op het cognossement pandhouder van de zaken voor zover zijn pandrecht voor de aflevering is gevestigd op het cognossement. Is zijn pandrecht echter na de aflevering gevestigd, dan kan het pandrecht op het cognossement in beginsel niet meer met zich meebrengen dat er ook een pandrecht op de zaken ontstaat (8:417 BW). De ladingontvanger zal namelijk niet gaan houden voor de pandhouder op het cognossement. Wel kan de pandhouder steeds vervangende schadevergoeding van de vervoerder eisen (8:441 BW). De vervoerder is immers gehouden om af te leveren aan niemand anders dan de cognossementhouder en het is deze verplichting die de vervoerder schendt, waardoor hij is gehouden tot het betalen van vervangende schadevergoeding.

Het probleem van de concurrentie van cognossementexemplaren treedt slechts op in het geval de pandhouder op cognossement niet de volledige set cognossementexemplaren onder zich heeft. In dat geval heeft hij het recht op aflevering van de zaken ten opzichte van de vervoerder (8:413 BW). De rangorde van de goederenrechtelijke rechten op de zaken wordt echter bepaald door de prioriteitsregel. Dat

betekent dat in het geval de pandhouder zijn recht op het cognossement later heeft verkregen dan een eerdere rechthebbende op het cognossement, hij geen pandrecht kan uitoefenen. Het pandrecht op het cognossement leidt dus niet meer in alle gevallen tot een pandrecht op de zaken.

Hoofdstuk 7

Het pandrecht op cognossement bij aflevering van de lading

7.1 Inleiding

De bank bedingt onder omstandigheden een pandrecht op een cognossement, meestal in gevallen waarbij de bank optreedt als financier van een handelstransactie zoals bij een documentair krediet.¹ Bij dit betalingsinstrument wordt de bank door een opdrachtgever, de koper, ingeschakeld, en belooft de bank uit te betalen aan de begunstigde, de verkoper, op het ogenblik dat die de juiste documenten presenteert. De betaling geschiedt dus tegen uitruil van documenten: *cash against documents*. Bij deze documenten zit gewoonlijk een cognossement bijgesloten waarop de bank, tot zekerheid dat hij door de koper wordt gerembourseerd, een pandrecht bedingt. Het pandrecht op het cognossement geldt daarbij als een pandrecht op de zaken (8:417 BW).² De bank is dus middellijk houder geworden van de lading.³

De bank heeft, uit hoofde van zijn bedongen pandrecht, de bevoegdheid het cognossement onder zich te houden totdat de koper de verschuldigde vordering heeft voldaan. Ondertussen wordt de lading vervoerd naar de loshaven. De vervoerder zal de lading in beginsel alleen willen afgeven tegen presentatie van het cognossement.⁴ Zolang de cognossementhouder de zaken niet opeist, kan de vervoerder de lading doen opslaan bij een veem (8:490 BW). Deze situatie is echter niet in het belang van de betrokken partijen. De vervoerder behoudt weliswaar zijn retentierecht, maar moet langer wachten totdat hij de kosten uit de vervoerovereenkomst voldaan ziet. De koper kan niet over de lading beschikken en de zaken dus niet verwerken of doorverkopen. De bank ziet zijn pandrecht minder waard worden, omdat de bank de zaken alleen vrij zal kunnen krijgen dan tegen betaling van de kosten van vervoer en de kosten van opslag. Alle partijen hebben er daarom belang bij dat de goederenstroom niet stopt in de loshaven. Een vlot handelsverkeer moet blijven gewaarborgd. Het ideaal is dat de koper de zaken verwerkt of doorverkoopt, waarna de inkomsten die de koper dan genereert worden bijgestort op het saldo dat de koper bij de bank aanhoudt. Op deze manier kan de bank zich voldoen.

1. In hoofdstuk 6 is de vestiging van pandrecht op cognossement behandeld. Een ander betalingsinstrument dan het documentair krediet is het documentair incasso. Hierbij treedt de bank op als lasthebber van de verkoper, maar gaat zelf geen eigen verplichting aan. Dit betalingsinstrument blijft verder onbesproken. In de zaak *East West Corporation v. Dkbs 1912* [2003] 1 Lloyd's Rep. 239 bedong de bank geen pandrecht op het cognossement. Maar in BGH 01.07.1985, BGHZ 95, 149 en BGH 05.02.1962, BGHZ 36, 329 was sprake van een cessie tot zekerheid (*Sicherungsabtretung*).
2. Vgl. Van Delden & Bannier 1999, p. 3, 15. In hoofdstuk 6 is uiteengezet dat het pandrecht op het cognossement meestal niet de enige zekerheid van de bank zal zijn, maar veelal fungeert als een aanvullende zekerheid. Gutteridge & Megrah/King 2001, p. 247. Dehouck 2007, p. 256.
3. Voor het middellijk houderschap op zaken, zie ook hoofdstuk 3.
4. Art. 8:441 lid 1 BW jo. 8:481 BW. Japikse 2000, p. 194. Het cognossement kan vermelden dat ook zonder presentatie van het cognossement afgeleverd mag worden. In hoofdstuk 6 is hierop verder ingegaan.

De koper heeft er belang bij dat de bank het cognossement zo spoedig mogelijk aan hem afgeeft, want alleen door presentatie van het cognossement aan de vervoerder zal de koper aflevering van de gekochte zaken kunnen verkrijgen (8:441 BW). De bank zal hiertoe niet zomaar genegen zijn. De wet vermeldt namelijk dat in het geval het verpande goed in de macht van de pandgever komt, het pandrecht eindigt (3:258 BW). De bank zal daarom het cognossement pas willen afgeven op het moment dat hij volledig is terugbetaald door de koper. De koper zal echter alleen dan inkomsten kunnen genereren wanneer hij de lading kan gebruiken of verbruiken. Hieruit volgt dat er een potentieel belangenconflict kan ontstaan tussen bank en koper. De bank streeft ernaar zijn zekerheid op cognossement zo lang mogelijk te behouden, terwijl de koper zo spoedig mogelijk het cognossement wil ontvangen. In beginsel zullen partijen dit op een commerciële manier kunnen oplossen, bijvoorbeeld door het stellen van alternatieve zekerheid. Bovendien zal de bank in veel gevallen de solvabiliteit van zijn cliënt kennen, zodat hij er daarom op vertrouwen kan dat hij alle kosten vergoed zal krijgen.⁵

Er kan echter een situatie ontstaan waarin de koper in betalingsproblemen geraakt of dat de bank de solvabiliteitspositie van de opdrachtgever niet kent. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer gebruik wordt gemaakt van een tussenhandelaar, zoals een importeur.⁶ Deze importeur maakt er zijn bestaan van om de zaken weer door te verkopen aan afnemers. De bank moet er dan op vertrouwen dat de afnemers van deze importeur een prijs zullen betalen die zo hoog is dat de importeur daaruit de bank kan voldoen. Bij een dalende markt kan de bank hier echter voor twijfel komen te staan. In dergelijke gevallen zal de bank behoefte voelen zijn pandrecht op het cognossement zo lang mogelijk te behouden.

Aan de andere kant zal de bank het handelsverkeer niet teveel willen verstoren. Het is immers de koper die door middel van bewerking of doorverkoop van de lading inkomsten kan genereren, waarmee de schuld aan de bank kan worden betaald. Het is daarom ook in het belang van de bank dat de goederenstroom niet stopt. Dit hoofdstuk is gewijd aan de vraag hoe de bank beide belangen, behoud van pandrecht en een vlot handelsverkeer, zoveel mogelijk kan verenigen. Daarbij zal blijken dat de bank niet zelden betrokken raakt bij de aflevering van de lading. Dat is in strijd met het beginsel dat banken alleen handelen in documenten en niet in goederen. Expliciet wordt dat uitgedrukt in de UCP 600,⁷ de regeling die op een documentair krediet van toepassing is:

Artikel 5 UCP 600

‘Banks deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents may relate.’

5. Het draait in de handel om vertrouwen in de partijen waarmee men zaken doet. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 286, 289. Het pandrecht van de bank is daarom niet bedoeld als bescherming tegen frauduleus handelen van de koper, maar slechts tegen betalingsproblemen of insolventie van de cliënt. Todd 2007, p. 149. Lord Justice Bowen in *Sanders Bros v Maclean & Co* (1882-83) L.R. 11 Q.B.D. 327 (CA).

6. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 288.

7. De ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) zijn in werking getreden op 1 juli 2007.

In de literatuur wordt wel gesteld dat een bankier die zijn 'desk' verlaat om op de kade te gaan kijken als een gruwel ervaren wordt in bankkringen.⁸ Een bank zal daarom in beginsel afzien van enige betrokkenheid bij de lading. Toch komen in de praktijk verschillende gevallen voor waarin de bank betrokken raakt bij de aflevering. Een voorbeeld is het arrest *EWL/Fortis*, dat in paragraaf 7.3.6 wordt besproken.⁹ Uit het arrest blijkt dat een zich actief opstellende bank het gevaar loopt om betrokken te raken bij de vervoerovereenkomst. In dit spanningsveld bevindt de bank zich voortdurend. Enerzijds beoogt hij onafhankelijk te opereren van de onderliggende koop- en vervoerovereenkomst, anderzijds blijkt hij daar gemakkelijk in betrokken te raken. Het gaat de bank bij de uitoefening van een pandrecht immers uiteindelijk om de vraag wat zijn zekerheid op de lading waard is.¹⁰

De centrale vraag in dit hoofdstuk is op welke wijze de bank zijn pandrecht op het cognossement zo lang mogelijk kan behouden zonder dat het handelsverkeer daarvan hinder ondervindt. Daarbij moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat de bank een vordering uit de vervoerovereenkomst tegengeworpen krijgt. Het antwoord op deze vragen wordt duidelijk in de volgende paragrafen. Paragraaf 7.2 gaat in op het vuistpand en het stil pandrecht op cognossement. Het gaat daarbij om de bevoegdheden van de bank, namelijk inning en executie, en of de bank bij de uitoefening ervan partij wordt bij de vervoerovereenkomst. Paragraaf 7.3 betreft de uitoefening van middellijke macht over het cognossement. Een pandrecht blijft immers ook behouden bij middellijke macht over het cognossement. Hiermee wordt aangesloten bij de materie die eerder is behandeld in hoofdstuk 3. Het gaat dan om de situatie waarin de bank gebruikmaakt van een lasthebber, zoals een veem of een ontvangstexpediteur, of dat de bank met een subkoper overeenkomt dat die het cognossement voor hem blijft houden. Opnieuw wordt de vraag gesteld of de bank betrokken raakt bij de vervoerovereenkomst. In dat kader komt ook het arrest *EWL/Fortis* aan de orde.

7.2 De bank en zijn pandrecht op cognossement

7.2.1 Inning en executie van de zaken bij vuistpandrecht

De bank met een pandrecht op het cognossement is niet verplicht het cognossement af te geven aan de koper. Hij mag het cognossement onder zich houden, totdat de vordering is voldaan tot zekerheid waarvan het pandrecht is gevestigd. Nadat de vordering is voldaan, gaat het pandrecht teniet en verliest de bank een titel op grond waarvan hij het cognossement onder zich mag houden.¹¹

8. Van Empel & Huizink 2002, p. 94.

9. HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (*EWL/Fortis*).

10. De positie van de bank maakt aldus onderdeel uit van een samenhangende rechtsverhouding. Dat betekent dat het gedrag van een persoon in de ene rechtsverhouding gevolgen heeft in een andere rechtsverhouding. Het handelen van de vervoerder en de koper beïnvloedt de positie van de bank en omgekeerd. Todd 2007, p. 16-18. In de rechtspraak zijn de samenhangende rechtsverhoudingen enkele keren aan de orde geweest. HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. JBMV (*Jans/Fiat*); HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 m.nt. JBMV (*Mooijman/Netjes*) en HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 m.nt. JBMV (*Meissner Von Hohenmeiss/Arenda*).

11. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 136. Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 524. Het tenietgaan van het pandrecht is een gevolg van het afhankelijke karakter van het pandrecht (3:7 BW).

Zolang de bank pandhouder is op het cognossement, heeft hij de bevoegdheid om nakoming van de vordering te eisen en om betalingen in ontvangst te nemen (3:246 lid 1 BW).¹² De pandhouder heeft dus de bevoegdheid tot het innen van de vordering. Voor de pandhouder op een cognossement betekent dit dat hij aflevering van de lading kan vorderen van de vervoerder (8:441 lid 1 BW).¹³ De bevoegdheid tot het vorderen van aflevering kan de bank uitoefenen ongeacht de omstandigheid of de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van de vordering of niet.¹⁴

Presenteert de bank het cognossement aan de vervoerder, dan treedt hij daarmee toe tot de vervoerovereenkomst en wordt hij verplicht de kosten van het vervoer aan de vervoerder te voldoen. Na inning gaat de vordering op de schuldenaar teniet en komt het pandrecht op de vordering van rechtswege te rusten op het geïnde (3:246 lid 5 BW). De pandhouder kan zich niet uit het geïnde voldoen, het pandrecht kent immers een verbod van toe-eigening (3:235 BW).¹⁵ Wil de pandhouder zich daarom op de goederen verhalen, dan moet hij overgaan tot executie.

De pandhouder kan overgaan tot executie van de zaken op het moment dat de pandgever in verzuim geraakt (3:248 BW). De bank staat daartoe twee manieren open. In de eerste plaats kan hij aflevering van de zaken vorderen van de vervoerder, hij gaat dus over tot het innen van de verpande vordering. Vervolgens kan hij zich verhalen op de zaken door deze executoriaal te verkopen. De bank kan zich daarna voldoen uit de opbrengst. De kans is groot dat een dergelijke executoriale verkoop niet zal leiden tot een opbrengst zo hoog als de marktwaarde van de goederen. De verkoop zal immers in het beginsel in het openbaar geschieden (3:250 BW). Kopers zullen meestal geneigd zijn een lagere prijs te bieden.

Datzelfde bezwaar treft de bank wanneer hij overgaat tot een andere manier van executie. De bank behoeft het cognossement niet te presenteren aan de vervoerder en de zaken te innen, maar kan ervoor kiezen om het cognossement executoriaal te verkopen. De executie van een vordering aan order of aan toonder dient op dezelfde wijze plaats te vinden als de executie van een roerende zaak.¹⁶ Het uitgangspunt is hier eveneens een openbare verkoop van de vordering aan order of toonder

12. Het betreft hier een openbaar pandrecht, waarbij de vordering aan de schuldenaar is meedeeld. Bij een order- of toonderpapier geschiedt de mededeling niet aan de schuldenaar, maar op het papier. Art. 3:246 BW is geschreven voor de vordering op naam. Stein (Groene Serie Vermogensrecht), art. 3:246 BW, aant. 7. In hoofdstuk 6 heb ik betoogd dat art. 3:246 BW niet alleen geldt voor de vordering op naam, maar naar analogie ook voor rechten aan order of toonder. Vgl. Zwitser 2006a, p. 86. Mulder 2000, p. 36. HR 13 januari 1928, NJ 1928, p. 324-329 m.nt. PS (*Bladergroen*; ceel aan toonder) en HR 19 januari 1928, NJ 1928, p. 481-484 m.nt. PS (*Klaverwijden*; promesse aan order). Vgl. ook Molenaar 1985, p. 67. *Duits recht*: § 1294 BGB. Daarmee past art. 3:246 BW bij art. 8:441 lid 1 BW. Deze bepaling brengt met zich mee dat de pandhouder als recht- en regelmatig houder moet worden beschouwd en daarom aflevering van de lading kan vorderen. Claringbould 1996, p. 17. Anders: Koot 2002, p. 125 (noot 10) en p. 126 (noot 25).

13. Art. 3:246 lid 1 BW vereist niet dat het moet gaan om de betaling van een geldsom. Het kan ook een andere prestatie betreffen zoals de vordering tot levering van een zaak. Rank-Berenschot 1997a, p. 238.

14. Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010, nr. 214-215. Rank-Berenschot 1997a, p. 250. Rank-Berenschot 1997b, p. 48. Hierin wordt steeds gesteld dat het niet nodig is dat de vordering van de pandhouder op de pandgever opeisbaar is. Vgl. ook HR 19 januari 1928, NJ 1928, p. 481 (*Klaverwijden/De Roon q.q.*) Zwitser 2004, p. 268. Zwitser 2006a, p. 86. Gaat het om executie, dan kan de pandhouder zich uit het geïnde voldoen en moet hij het overige afstaan (art. 3:255 en 3:253 BW). De pandhouder kan echter de volledige vordering innen en niet slechts voor zover hij pandrecht heeft bedongen. Anders: Zwalve 1985, p. 3.

15. Zwalve 1983, p. 717.

16. Vgl. Stein 1992, p. 232. *Duits recht*: Baur/Stürmer 2009, p. 880. § 1293 BGB en 1295 BGB.

(3:250 BW).¹⁷ Op verzoek van de pandhouder of de pandgever kan ook worden overgegaan tot een onderhandse verkoop (3:251 BW). Een argument om voor de onderhandse verkoop te kiezen, is dat zo wellicht een hogere opbrengst verkregen kan worden.¹⁸ Dat lijkt echter hier niet het geval omdat bij een onderhandse verkoop de pandhouder optreedt als verkoper.¹⁹ Doordat een subkoper weet dat de bank niet behoort tot de branche waarin genoemde zaken worden verhandeld, zal er waarschijnlijk niet snel van een marktconforme prijs sprake zijn. Daarnaast kan de onbekendheid van de bank met de handelsgebruiken in de sector een rol spelen. Een openbare verkoop van de zaken of het cognossement lijkt in alle gevallen niet geschikt om de bank een maximale opbrengst te geven. De bank doet er daarom goed aan om over te gaan tot een onderhandse verkoop, waarbij de pandgever optreedt als verkoper (3:251 lid 2 BW). De pandgever is de koper van de zaken²⁰ en gewoonlijk een handelaar die bekend is met de markt. De kans is groot dat hij een maximale opbrengst van de zaken kan bewerkstelligen. Gaat de pandgever over tot verkoop van de zaken, dan treedt hij niet op als vertegenwoordiger van de bank en dat heeft tot gevolg dat niet van rechtswege een pandrecht op de opbrengst komt te rusten. De bank zal daarom een apart pandrecht moeten bedingen op de opbrengst van de zaken.²¹

7.2.2 Einde van het vuistpandrecht. Het cognossement in de macht van de pandgever

De documentenstroom en de goederenstroom dienen uiteindelijk samen te komen bij de koper. Het is immers de koper die de goederen van de verkoper heeft gekocht. Zolang de bank het cognossement onder zich houdt, kan de koper niet over de zaken beschikken. In beginsel kan hij immers slechts door presentatie van het cognossement aan de vervoerder aflevering van de lading verkrijgen. In deze paragraaf wordt onderzocht wat de rechtsgevolgen zijn voor het pandrecht in het geval de bank het cognossement overhandigt aan de koper van de zaken.

Op het moment dat de bank het cognossement overhandigt aan de koper, komt het waardepapier in de macht van de pandgever. Artikel 3:258 lid 1 BW brengt dan met zich mee dat op het moment dat een pandgever de verpande goederen onder zich krijgt, het pandrecht eindigt.²²

17. Openbare verkoop van vorderingen is toegestaan. Stein 1992, p. 232. Vriesendorp 1997, p. 823. Stein (Groene Serie Privaatrecht), art. 3:246 BW, aant. 2 (bewerking: 01-09-2009).

18. PG Boek 3 BW, p. 782 (art. 3:251 BW).

19. Stein (Groene Serie Privaatrecht), art. 3:251, aant. 20 (bewerking: 01-09-2009).

20. In dit hoofdstuk wordt steeds de koper als pandgever gezien en de bank als pandhouder. Dat is onder meer het geval bij een documentair krediet, waarbij tussen de bank en de koper een overeenkomst van lastgeving bestaat waarin tevens ten behoeve van de bank een pandrecht wordt bedongen. Art. 3:229 BW, de regel dat het pandrecht op de opbrengst komt te rusten, treedt dus niet in. Stein (Groene Serie Privaatrecht), art. 3:251, aant. 20 (bewerking: 01-09-2009). Substitutie is slechts mogelijk op grond van een daartoe strekkende wettelijke bepaling, zo: HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder/CLBN), r.o. 3.3.3. Voor de situatie dat de pandgever het waardepapier verkoopt is de substitutie niet geregeld in de wet, dus kan zij ook niet plaatsvinden. Zo HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (Van Gorp/Rabobank), waarmee instemmend Van Mierlo 2000, p. 55, 59.

22. Art. 3:258 lid 1 BW. Oud recht: art. 1198 lid 3 oud-BW. Duits recht: § 1253 lid 1 BGB. Baur/Stürner 2009, p. 765 (§ 55, nr. 34). Belgisch recht: Dirix & De Corte 2006, p. 318, nr. 469. Zij wijzen op art. 2082 Belgisch BW. Frans recht: Simler & Delebecque 2009, p. 552, nr. 633.

Een illustratie is een zaak van de Franse *Cour de Cassation* van 1894.²³ Bath verkoopt aan Morel 1700 ton nitraat. Er is een cognossement uitgegeven, dat door Morel is verpand aan Société générale. Laatstgenoemde geeft het cognossement op een gegeven moment terug aan Morel om te bewerkstelligen dat de lading gelost wordt. Door deze vrijwillige teruggave door Société générale, verliest zij de macht over het cognossement en daarmee eindigt het pandrecht. De bank verliest dus zijn pandrecht op het cognossement op het moment dat hij het cognossement overhandigt aan de koper.

Naar Engels recht geldt eveneens de regel dat het pandrecht eindigt wanneer de zaak in de macht van de pandgever geraakt.²⁴ Op dit uitgangspunt bestaat echter een belangrijke uitzondering, die naar Nederlands recht niet bestaat: de bank kan de documenten in *trust* afgeven aan de koper. De bank geeft het cognossement dan aan de koper in ruil voor een *trust receipt* of een *letter of trust*.²⁵ De koper treedt in dat geval op als *trustee* voor de bank.²⁶ Daarmee blijft de pandhouder het middellijke bezit (*constructive possession*) van de zaak houden en zo blijft het pandrecht bestaan. De teruggave van het verpande goed aan de pandgever moet dan wel geschieden met een bijzonder doel dat niet onverenigbaar is met het pandrecht. Het doel van teruggave kan zijn dat de pandgever aflevering van de zaken moet verkrijgen van de vervoerder door middel van presentatie van het cognossement.

Het Engelse recht heeft dit uitgemaakt in de sprekende zaak *North Western Bank v. John Poynter*.²⁷ Het betrof het vervoer van een lading fosfaat naar de koper Messrs. Page & Co (hierna: Page). Voor het vervoer is een cognossement uitgegeven dat door Page is verpand aan de North Western Bank. Om aflevering te kunnen verkrijgen van de vervoerder, geeft de bank het cognossement terug aan Page. De bank geeft daarbij aan dat Page aflevering kan vorderen van de vervoerder en de lading mag doorverkopen in de 'ordinary course of business'. De opbrengst van de verkoop dient echter aan de bank te worden betaald. Page verkoopt daarop de lading fosfaat aan Messrs. Cross & Co (hierna: Cross) en doet dit door het cognossement te leveren aan Cross. Cross moet dus de koopprijs van het fosfaat betalen. Dient deze betaling ten gunste te komen van de bank of van Page? Dit

23. *Cour de Cassation* 9 april 1894, *Dalloz* 1894, 1, 409-411 m.nt. A. Boistel. Hierover: Zwolve 1994, p. 188. Een soortgelijk Nederlands geval is Hof 's-Gravenhage 18 juni 1906, *Magazijn van Handelsrecht* XVIII 1906, p. 202-208 (*Warnitz/Uscherowitz*).

24. Beale, *Bridge, Gullifer & Lomnicka* 2007, p. 56, nr. 3.33. *Bell* 1989, p. 145.

25. *Gutteridge & Megrah/King* 2001, p. 256-257. *Debattista* 2008, nr. 2.62. Ook is het mogelijk dat de bank het cognossement aan een derde in *trust* geeft. Een voorbeeld van afgifte aan een derde is *Sale Continuation v. Austin Taylor* [1967] 2 *Lloyd's Rep.* 403 (QBD). Het betrof hier een koop van tropisch hardhout door Maleisische verkopers aan Belgische kopers. Een bank krijgt de cognossemementen onder zich en geeft daartoe een wissel af aan de Maleisische verkopers. De bank geeft echter daarna de cognossemementen niet door aan de koper, maar aan de agent van de verkopers, Austin Taylor. De bank geeft deze cognossemementen in *trust* af. Austin Taylor krijgt betaald door de kopers en sluis dit geld door naar de verkopers. De bank spreekt de agent aan, maar krijgt geen gelijk. In de literatuur is daarom wel op deze uitspraak kritiek uitgeoefend. Zie de kritiek van *Gutteridge & Megrah/King* 2001, p. 49. Deze kritiek wordt weer bekritiseerd door *Benjamin/Guest* 2006, p. 1345-1346, nr. 18-237.

26. *Debattista* 2008, nr. 2.62.

27. *North Western Bank v. John Poynter* [1895] A.C. 56 (HL). Bevestigd in *Official Assignee of Madras v. Mercantile Bank of India* [1935] A.C. 53, 64 (PC) en *Re David Allester Ltd* (1922) 11 L.L. Rep. 52 (Chancery Division). *Rodger* 1971, p. 193 e.v. *Gretton* 1990, p. 27 e.v.

hangt ervan af of de bank zijn pandrecht op de zaken heeft behouden na teruggave van het cognossement aan Page, de pandgever.

Lord Herschell, die hier de *leading opinion* weergeeft, maakt onderscheid tussen het geval waarin de pandhouder de zaken vrijwillig teruggeeft aan de pandgever of met een specifiek doel. In het eerste geval gaat het pandrecht verloren, in het tweede geval blijft het pandrecht behouden. Deze situatie komt immers overeen met de situatie waarin de pandhouder de zaken laat opslaan bij een derde, bijvoorbeeld een bewaarnemer. In dat geval blijft het pandrecht ook bestaan. Er is geen dwingende reden om hiervan af te zien als de zaken met een specifiek doeleinde terug worden gegeven aan de pandgever.²⁸

Naar Engels recht is het dus mogelijk dat het pandrecht blijft bestaan, ondanks dat de verpande zaak in de macht van de pandgever komt. De bank is daarmee beschermd tegen een mogelijk faillissement van de koper.²⁹ Naar Nederlands recht is een vuistpandrecht weliswaar niet mogelijk, maar kan de bank een stil pandrecht bedingen op het cognossement.

7.2.3 Stil pandrecht op cognossement

De vestiging van een stil pandrecht op de zaak brengt met zich mee dat het pandrecht niet tenietgaat op het ogenblik dat de zaak in de macht van de pandgever wordt gebracht (3:258 BW). De bank kan in een aparte overeenkomst met de koper bedingen dat het stil pandrecht tot stand komt op het moment dat het cognossement aan de koper wordt overgegeven. Ook is het denkbaar dat een dergelijk stil pandrecht al bij voorbaat is gevestigd, bijvoorbeeld in het geval dat de bank tevens huisbank is van zijn cliënt, de pandgever. De bank bedingt daarbij een stil pandrecht op alle roerende zaken en waardepapieren van zijn cliënt. In dat geval komt het stil pandrecht op het cognossement tot stand op het moment dat de koper het cognossement onder zich krijgt.

De vestiging van een stil pandrecht geschiedt door middel van een authentieke of geregistreerde akte.³⁰ Artikel 3:237 BW vermeldt dat een stil pandrecht op een

28. In *Reeves v. Capper* 26 november 1838, 132 English Reports 1057-1059; 5 Bing. (N.C.) 136 was al eerder hetzelfde beslist. Het ging hierin om een kapitein Wilson die zijn chronometer had verpand aan de reders Capper. Voor het vervoer had hij echter zijn chronometer weer nodig. De rechter overweegt dat het uitgangspunt is dat als de verpande zaak weer terug in de macht van de pandgever komt het pandrecht tenietgaat. Hier echter ging door het teruggeven van de chronometer aan Wilson het pandrecht niet verloren. De reden was de volgende: "(...) the delivery of the chronometer to Wilson under the terms of the agreement itself was not a parting with the possession, but that the possession of Captain Wilson was still the possession of Messrs. Capper. The terms of the agreement were, that "they would allow him the use of it for the voyage;" words that give him no interest in the chronometer, but only a license or permission to use it, for a limited time, whilst he continued as their servant, and employed it for the purpose of navigating the ship. During the continuance of the voyage, and when the voyage terminated, the possession of Captain Wilson was the possession of Messrs. Capper; just as the possession of a plate by a butler is the possession of the master; (...)". Zwalve 1994, p. 189 e.v. vermeldt hoe de Engelse oplossing in overeenstemming is met het Romeinse recht, maar hoe in de continentale traditie hiervan is afgeweken.

29. Benjamin/Guest 2006, p. 1345, nr.18-235. Debattista 2008, nr. 2.62. De bank kan wel risico lopen, namelijk dat de koper het cognossement doorverkoopt aan een derde te goeder trouw. In dat geval verkrijgt de derde de onbezwaarde eigendom.

30. Voor een authentieke akte is een akte vereist opgemaakt door een bevoegde ambtenaar (156 Rv), gewoonlijk een notaris. Struycken 2009, p. 129 en noot 42.

roerende zaak of een recht aan toonder kan worden gevestigd. In artikel 3:239 BW is de mogelijkheid van een stil pandrecht op een recht op naam geregeld. De wet regelt daarmee niet de mogelijkheid van het vestigen van een stil pandrecht op een recht aan order. De heersende leer gaat er daarom vanuit dat een recht aan order niet stil verpand kan worden.³¹ Toch acht de wetgever het niet onmogelijk dat een orderpapier stil verpand kan worden, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis.

‘Een recht op een orderpapier, dat niet uit een endossement zou blijken, is zozeer in strijd met de aard van het orderpapier, dat het, ook zonder wetbepaling, uitgesloten geacht moet worden. Een bezitloos pandrecht, bestaande uit endossement zonder overgifte van het papier aan de pandnemer, is theoretisch denkbaar, maar betekent, dat noch de pandgever, noch de pandnemer het recht aan order kan uitoefenen.’³²

Hieruit blijkt dat de wetgever het stil pandrecht op een orderpapier weliswaar denkbaar acht, maar zinloos. Het bezwaar treedt daarbij niet op tijdens de vestiging, maar met de uitoefening van het pandrecht. Bij stille verpanding van een orderpapier, zo stelt de wetgever, is endossement vereist. Dat heeft echter tot gevolg dat de pandhouder uit het cognossement gelegitimeerd is, terwijl de pandgever het cognossement in zijn macht heeft. De pandgever kan in dat geval geen aflevering van de vervoerder eisen omdat hij niet uit het cognossement (formeel) gelegitimeerd is, terwijl de pandhouder geen aflevering kan vorderen omdat hij niet de macht over het cognossement uitoefent. Zowel de pandgever als de pandhouder is geen recht- en regelmatig houder in de zin van artikel 8:441 lid 1 BW.

Dit bezwaar geldt niet voor een recht aan toonder. De pandhouder kan in dat geval niet innen, omdat hij niet de macht heeft over het cognossement, maar de pandgever kan in dat geval van de vervoerder vorderen de zaken aan hem af te leveren. Hij is immers regelmatig houder van het cognossement.³³ Hiermee wordt aangesloten bij artikel 3:246 BW, waar de pandgever de vordering kan innen, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar is meegedeeld. Bij een toonderpapier dient de mededeling door middel van het papier plaats te vinden. Zolang dat niet heeft plaatsgevonden blijft de pandgever bevoegd de vordering te innen. De pandgever verkrijgt door middel van de inning de macht over de zaken. Het stil pandrecht blijft op de zaken rusten.³⁴

Op eenvoudige wijze is mogelijk om een recht aan order te verpanden op de wijze van een recht aan toonder en dat is door middel van het plaatsen van een endosse-

31. Art. 3:237 BW noemt het orderpapier niet, in de literatuur wordt daarom algemeen aangenomen dat een pandrecht op orderpapier niet mogelijk is. Molenaar 1991, p. 27 (nr. 15). Zwitser 2005, p. 170; Zwitser 2006a, p. 84. Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 464, noot 149. Veerbeek 2007, p. 71. Boon 1997, p. 367. Vriesendorp 1994, p. 247. Van der Lelij 1996, p. 136-137. Conclusie advocaat-generaal Huydecoper, ov. 10, onder HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (EWL/Foris).

32. PG Boek 3 BW, p. 725.

33. Een stil pandhouder kan zijn pandrecht op het cognossement aan de vervoerder tegenwerpen op het ogenblik dat omzetting van het stil pandrecht in een vuistpandrecht heeft plaatsgevonden (3:237 lid 3 BW).

34. Uit art. 8:417 BW volgt immers dat een (stil) pandrecht op het cognossement geldt als een pandrecht op de zaken, voor zover het pandrecht op het cognossement is gevestigd voor de aflevering. Dat is hier het geval. De aflevering doet bestaande goederenrechtelijke rechten niet tenietgaan, zodat moet worden aangenomen dat het pandrecht nog altijd op de zaken rust.

ment in blanco op het orderpapier. Een in blanco geëndosseerd orderpapier kan op dezelfde wijze worden verpand als een toonderpapier. Omdat artikel 3:237 BW een stil pandrecht op een recht aan toonder toestaat, is evenzo mogelijk een stil pandrecht op een in blanco geëndosseerd orderpapier.

Hiervoor gaf ik aan dat de wetgever een stil pandrecht op orderpapier theoretisch denkbaar acht, maar onpraktisch omdat na het plaatsen van het endossement op het orderpapier zowel de pandgever als de pandhouder geen rechten uit het papier meer kan uitoefenen. Deze gevolgtrekking lijkt me niet juist. Naar mijn mening kan de pandgever de rechten uit het papier blijven uitoefenen. Bij een stil pandrecht op een vordering kan immers de pandgever de vordering innen, en niet de pandhouder (3:246 lid 1 BW). Is er sprake van een vuistpand dan kan slechts de pandhouder de rechten uit het papier uitoefenen. Van een vuistpandrecht op orderpapier is in dit geval echter geen sprake omdat het papier niet in de macht van de pandhouder is gebracht (3:236 BW). Aan de vereisten voor de vestiging van een vuistpandrecht op orderpapier is daarom niet voldaan. Dat betekent dat de pandgever en niet de pandhouder gerechtigde blijft om de vordering te innen. Het plaatsen van een endossement op het cognossement, zal wel met zich meebrengen dat de pandgever zich niet zomaar kan legitimeren uit het papier.³⁵ Het regelmatig houderschap van het cognossement ontbreekt, maar dat neemt niet weg dat de cognossementhouder rechtmatig houder is gebleven van het cognossement.³⁶ Hij blijft gerechtigd op de lading. Wanneer hij de vervoerder bewijst dat hij gerechtigd is op de lading, dan moet de vervoerder de zaken aan hem afgeven (6:49 lid 3 BW). Tot hier ben ik de wetgever gevolgd in de gedachte dat voor het vestigen van een stil pandrecht op orderpapier een endossement vereist is. Naar mijn mening kan echter aangenomen worden dat het plaatsen van een endossement niet noodzakelijk is voor de vestiging van een stil pandrecht op orderpapier. De wetgever acht een recht op een orderpapier dat niet uit een endossement blijkt in strijd met de aard van het orderpapier, zodat het uitgesloten geacht moet worden. Inderdaad is voor de vestiging van een vuistpandrecht een endossement vereist (3:236 BW), maar waarom het endossement ook voor de vestiging van een stil pandrecht is vereist, wordt niet duidelijk. Anders dan de wetgever acht ik het niet in strijd met het orderpapier dat in dit geval van een endossement wordt afgezien. Order- en toonderpapieren dienen immers zoveel mogelijk gelijk aan roerende zaken te worden behandeld.³⁷ Het stil pandrecht op roerende zaken en rechten aan toonder blijkt niet naar buiten. De pandgever blijft daarom gelegitimeerd om de vordering te innen (3:246 lid 1 BW). Waarom dat bij een orderpapier anders zou moeten zijn, is niet duidelijk.³⁸

35. Het papier wijst de cognossementhouder immers niet meer aan als rechthebbende. Zie over het ontbreken van regelmatig houderschap ook hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.3.

36. Cleveringa 1961, p. 619 stelt terecht dat het mogelijk is dat een cognossementhouder rechtmatig houder is, zonder regelmatig houder te zijn geworden. Hij geeft het voorbeeld van het erven van een cognossement.

37. De wet verwijst bij de levering van rechten aan order en toonder in art. 3:93 BW dan ook naar art. 3:90 BW, waar de levering van roerende zaken is geregeld. Ook vallen de rechten aan order en toonder, evenals roerende zaken, onder het bereik van art. 3:86 BW, waar het gaat over de goede trouw van de verkrijger.

38. Van der Lelij 1996, nr. 188, noot 327 komt tot dezelfde conclusie. Hij voegt toe dat op het moment dat de pandgever tekortschiet, de pandhouder afgifte van het papier kan vorderen (3:237 lid 3 BW). Wil de pandgever dan niet overgaan tot het plaatsen van een endossement, dan kan hij hiertoe veroordeeld worden. De pandhouder kan de rechter verzoeken hem te machtigen het endossement te plaatsen (3:299 BW).

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een stil pandrecht op orderpapier theoretisch mogelijk is. Het is ook praktisch wenselijk. De bank kan dan immers het ordercognossement aan de koper-pandgever overgeven, onder het bedingen van een stil pandrecht. Hij blijft daarmee zekerheid op het cognossement behouden. Ook in gevallen dat de bank een stil pandrecht bedingt op de gehele handelsvoorraad van de pandgever komt daarmee een pandrecht op orderpapieren te rusten. Dit praktisch nut leidt er naar mijn mening toe dat de wetgever er goed aan doet om het stil pandrecht op rechten aan order in artikel 3:237 BW te regelen.

Op dit ogenblik ontbreekt een regeling in de wet die het vestigen van een stil pandrecht op orderpapier toestaat. Ondanks het ontbreken van een dergelijke regeling, moet het naar mijn mening mogelijk zijn dat de rechter een stil pandrecht op orderpapier erkent. Van belang in deze discussie is artikel 3:81 lid 1 BW, waar het gesloten stelsel van beperkte rechten is neergelegd.³⁹ Hierin is opgenomen dat degene aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen kan. Naar mijn mening behoeft het stil pandrecht op rechten aan order niet in strijd te zijn met dit gesloten stelsel. Daarbij moet worden opgemerkt dat het wettelijk systeem niet geheel gesloten moet worden gezien. Het Burgerlijk Wetboek heeft niet tot doel alle ontwikkelingen op het gebied van zekerheidsrechten te blokkeren.⁴⁰ In dit geval zou ik menen dat artikel 3:81 lid 1 BW geen blokkade behoeft op te werpen tegen het accepteren van een stil pandrecht op orderpapier. In de eerste plaats wordt daarmee aangesloten bij een bestaand goederenrechtelijk recht, het stil pandrecht. Partijen scheppen zichzelf dus niet een geheel nieuw beperkt recht, maar rekken alleen het toepassingsgebied van het stil pandrecht op.⁴¹ In de tweede plaats zijn er geen overtuigende argumenten aan te voeren waarom een recht aan order anders zou moeten worden behandeld dan een recht aan toonder. Ook de wetgever acht een stil pandrecht op orderpapier denkbaar, maar vindt een speciale wetsbepaling niet nodig en wil dit aan de praktijk overlaten.⁴² Deze argumenten brengen naar mijn mening met zich mee dat partijen de ruimte hebben om een stil pandrecht op orderpapieren te bedingen.

Is eenmaal een stil pandrecht op het cognossement gevestigd, dan raakt de pandhouder, de bank, daarmee niet betrokken bij de vervoerovereenkomst. Bij een stil pandrecht is uitsluitend de pandgever bevoegd om aflevering van de roerende zaken te vorderen (3:246 lid 1 BW).⁴³ Het pandrecht is niet aan de schuldenaar meegedeeld,

39. PG Boek 3 BW, p. 310 (art. 3:81 BW), onder verwijzing naar HR 3 maart 1905, *W. 8191 (Blaauboer/Berlipsis)*. PG Boek 5 BW, p. 3. In de parlementaire discussie over het gesloten stelsel wordt overigens aangenomen dat het goederenrechtelijk stelsel niet geheel gesloten is. Sniijders 2002, p. 57 noemt het goederenrechtelijk systeem 'half gesloten'.

40. Sniijders 2002, p. 27-29. Hij ziet ruimte voor rechtsfiguren die passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen. HR 30 januari 1959, *NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel)*. Akkermans 2008, p. 326.

41. Anders gezegd: het aantal typen goederenrechtelijke rechten verandert niet (*Typenzwang*), slechts de inhoud van het goederenrechtelijk recht verandert (*Typenfixierung*). Op dit laatste punt hebben partijen meer vrijheid. Struycken 2007, p. 12-14, 17-21. PG Boek 3 BW, p. 310 (art. 3:81 BW), waar na een opmerking over het gesloten systeem wordt opgemerkt: 'Men zoeke de oplossing van door een al te begrensde regeling dreigende problematiek in het scheppen van voldoende ruimte voor constellaties, waarvoor het beperkt zakelijk recht een gewenst onderdak biedt.'

42. PG Boek 3 BW, p. 725.

43. De pandhouder kan het recht uit het papier uitoefenen, indien de pandhouder afgifte van het papier vordert op het moment dat de pandgever in zijn verplichtingen jegens de pandhouder tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten (3:237 lid 3 BW).

zodat de vervoerder bevrijdend aan de pandgever mag betalen. Na betaling aan de pandgever zal de vordering tenietgaan en daarmee ook het uit de vordering afgeleide stil pandrecht.⁴⁴ Tot eenzelfde gevolgtrekking leidt artikel 8:441 lid 1 BW. De koper is immers recht- en regelmatig houder van het cognossement en kan daarom aflevering van de lading vorderen. Het is dan de koper, en niet de bank, die partij wordt bij de vervoerovereenkomst.⁴⁵

Naar Duits recht kan een vergelijkbaar resultaat worden verkregen door middel van de zekerheidsoverdracht (*Sicherungsübereignung*) van het cognossement. In de praktijk komt deze figuur geregeld voor bij een documentair krediet.⁴⁶ De openende bank verkrijgt daarmee zekerheid op het cognossement. Ook hiermee raakt de bank geen partij bij de vervoerovereenkomst.

De genoemde rechtsfiguren, de overgave van de zaken in *trust* naar Engels recht, de zekerheidsoverdracht naar Duits recht en het stil pandrecht naar Nederlands recht, bieden de bank steeds bescherming tegen het faillissement van de koper. Het stil pandrecht leidt immers tot het gevolg dat de pandhouder een separatistpositie heeft in het faillissement (57 Fw). Het biedt echter geen bescherming tegen onrechtmatig of frauduleus handelen van de koper.⁴⁷ Of er sprake is van onrechtmatig handelen hangt af van de inhoud van de overeenkomst tussen koper en bank. Zo is het voorstelbaar dat de koper de bevoegdheid heeft de zaken te bewerken. Daarmee loopt de bank het risico van natrekking, waardoor de zaken deel gaan uitmaken van een groter geheel en het stil pandrecht op de zaken eindigt. Het kan ook zijn dat de koper de zaken doorverkoopt, ondanks een ontbrekende bevoegdheid daartoe. Is de subkoper echter te goeder trouw, dan verkrijgt deze de onbezwaarde eigendom en gaat het pandrecht van de bank teniet.⁴⁸

44. Het pandrecht is immers een afhankelijk recht. Rank-Berenschot 1997a, p. 239. Art. 3:82 BW en 3:81 lid 2 sub a BW. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (*Mulder/CLBN*), r.o. 3.3.2 en 3.3.3. Rank-Berenschot 1997a, p. 239 vermeldt dat de inning door de pandgever minder bezwaarlijk is dan het lijkt. Een bank-pandhoudster zal immers dikwijls bedingen dat de geïnde vorderingen zullen worden bijgestort op het bij de bank aangehouden rekening-courant. In dat geval zullen de gecrediteerde bedragen van rechtswege worden verrekenend met de vordering van de bank op de pandgever (6:140 BW). Voor roerende zaken geldt deze mogelijkheid uiteraard niet.
45. Het resultaat verandert niet op het moment dat de bank het cognossement uit hoofde van art. 3:237 lid 3 BW opeist van de koper. Niet het onder zich hebben van het cognossement maakt de bank aansprakelijk ten opzichte van de vervoerder, maar slechts als hij overgaat tot presentatie van het cognossement. De bank kan daarom niet worden aangesproken door de vervoerder.
46. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 289, 293-294. *Zwitsers recht*: Montanaro 2010, p. 140 e.v., waarbij overigens naar enkele opvallende uitspraken van het Zwitsers Bundesgericht wordt gewezen: *BGE* 113 III 26 en *BGE* 122 III 73 (te raadplegen op www.bger.ch). Daarin wordt aangenomen dat de bank met een fiduciair eigendomsrecht wel een eigendomsrecht op het cognossement verkrijgt, maar niet op de lading. De uitspraken zijn mijns inziens in strijd met de internationaal gedeelde gedachte dat een recht op het cognossement geldt als een recht op de zaken.
47. Benjamin/Guest 2006, p. 1345, nr.18-235: 'Under such a document [a trust receipt, HL], the bank is protected against the debtor's insolvency, though not against his dishonesty'. Ellinger 2003, p. 310. Ellinger, Lomnicka & Hooley 2002, p. 776.
48. De derde te goeder trouw kan ook een pandrecht hebben bedongen. In dat geval heeft zijn pandrecht een hogere rang dan het eerder gevestigde stil pandrecht (3:238 lid 2 BW). *Lloyd's Bank v Bank of America* [1938] 2 K.B. 147 (CA). Een onderneming die in financiële moeilijkheden geraakte verpandde de documenten, die de onderneming in *trust* ontvangen had van de Lloyd's Bank, opnieuw aan Strauss. Op grond van s. 2 Factors Act 1889 is het pandrecht van Strauss tot stand gekomen, daar hij handelde als 'mercantile agent'. Benjamin/Guest 2006, p. 1345, nr. 18-237 en Todd 2007, p. 160-161. De bank kan in dat geval de koper aanspreken uit wanprestatie. Vgl. *Midland Bank v Eastcheap Dried Fruit Company* [1962] 1 Lloyd's Rep. 359 (CA). Hierin was sprake van een documentair incasso waarbij de bank de documenten opstuurde, *in trust*, naar de koper ter controle. De koper gaf de documenten echter niet terug, maar verkocht documenten en lading door aan een subkoper. De

Juridisch gezien is een stil pandrecht dus mogelijk, maar bij betalingsproblemen van de koper lijkt het risico dat de koper onrechtmatig met het cognossement of de lading zal omgaan aanzienlijk. Uiteraard kan de bank bij vrees dat de schuldenaar of pandgever in zijn verplichtingen jegens hem tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten, vorderen dat het stil verpande cognossement in zijn macht wordt gebracht. Er is dan sprake van de omzetting van een stil pandrecht in een vuistpandrecht (3:237 lid 3 BW). In de praktijk kan hij daarmee echter te laat zijn, wanneer de koper inmiddels het cognossement heeft doorverkocht aan een derde te goeder trouw. De bank kan daarom kiezen voor een andere oplossing: het inschakelen van een lasthebber.

7.3 De bank maakt gebruik van een lasthebber of subkoper

7.3.1 De bank geeft het cognossement over aan een lasthebber

In deze paragraaf ga ik in op enkele vormen van middellijk houderschap door de bank. De bank geeft daartoe het cognossement over aan een derde, die het cognossement voor hem blijft houden. Op deze manier behoudt de bank zijn zekerheid. Een pandrecht kan immers blijven bestaan wanneer de pandhouder middellijk houder is van het goed.⁴⁹

De bank kan gebruikmaken van een lasthebber of vertegenwoordiger die de lading voor hem in ontvangst neemt en voor hem gaat houden, zoals een opslagbedrijf. In de praktijk wordt van deze constructie wel gebruikgemaakt.⁵⁰ Het voordeel hiervan is dat de bank zijn zekerheid behoudt en tevens kan de bank met de koper overeenkomen op welk ogenblik hij de zaken vrijgeeft. Deze formule kent als praktisch bezwaar dat de lasthebber de kosten van opslag in rekening zal brengen bij de bank.

De bank kan daarom ook gebruikmaken van een iets andere constructie, namelijk door gebruik te maken van de lasthebber van de koper. Voor de hand ligt daarbij het inschakelen van de ontvangstexpediteur van de koper. De wet staat toe, in artikel 3:236 BW, dat de lading in de macht van een derde wordt gebracht 'omtrent wie partijen zijn overeengekomen'.⁵¹ De ontvangstexpediteur fungeert hier als een dergelijke overeengekomen derde en als een *trusted third party*.⁵² De ontvangstexpe-

bank kon de koper aanspreken (*action for wrongful interference*). Vgl. hierover Schmitthoff/Murray/Holloway/Timson-Hunt 2007, nr. 10-005.

49. Zie hiervoor hoofdstuk 3.

50. Asser/Scholten 1945, p. 426. Molenaar 1985, p. 65. Een voorbeeld waarin een bank opslagruimte huurt is HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 m.nt. LEHR (*Senecal/Forum Bank*). Ook in HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*) hield de bewaarnemer de vloeistof voor de bank. Zie verder de Amerikaanse uitspraken genoemd in § 7.3.3. In een Duitse uitspraak inzake een documentair incasso was een dergelijk resultaat beoogd in het geval het cognossement niet op tijd in de loshaven aanwezig zou zijn. BGH 05.02.1962, BGHZ 36, 329.

51. Art. 3:236 BW, in overeenstemming met art. 1198 oud-BW. Het pandrecht van de bank blijft zo bestaan. Het maakt daarbij niet uit dat de expediteur tevens optreedt als (middellijk) vertegenwoordiger of lasthebber van de koper. Het enige wat vereist is, is dat de zaken uit de macht van de pandgever zijn gebracht. Doordat de expediteur (mede) houdt voor de pandhouder is hieraan voldaan. HR 27 februari 1936, NJ 1935, 351 m.nt. PS (*Spaarbank Montes Pietatis*).

52. Zwitser 2006b. Zwitser past dit toe in de kooprelatie. De verkoper stuurt het cognossement toe aan de ontvangstexpediteur van de koper. Daarbij wordt vermeld dat de documenten 'in trust' worden toegestuurd. De ontvangstexpediteur is daarmee niet alleen hulppersoon van de koper, maar ook gehouden de instructies van de verkoper op te volgen. Op deze manier kan de verkoper toch een bepaalde mate van grip houden op de cognossementen. Zwitser 2006b, p. 183. Zie verder Hof

diteur houdt de lading zowel voor de bank als voor de koper. Op deze manier blijft het pandrecht van de bank behouden. Deze constructie komt niet in gevaar doordat de lasthebber optreedt voor meerdere lastgevers. De wet staat een dergelijk optreden toe voor zover strijd tussen de belangen van de lastgevers is uitgesloten.⁵³

Tussen bank, koper en ontvangstexpediteur kan verder worden overeengekomen dat de kosten van het vervoer door de expediteur zullen worden verhaald op de koper. Op deze manier blijft de bank zijn zekerheid behouden zonder betrokken te raken bij het vervoer. De expediteur zal immers het cognossement presenteren aan de vervoerder en daarmee toetreden tot de vervoerovereenkomst (8:441 lid 1 BW). Omdat hij de kosten van het vervoer doorberekent aan de koper zal de bank hierbuiten blijven. De constructie is in het voordeel van de koper omdat hij aflevering van de lading heeft verkregen. De bank kan daarbij aan de expediteur de bevoegdheid verlenen om de zaken vrij te geven aan de koper op het ogenblik dat de bank betaald krijgt.⁵⁴

Een bezwaar tegen deze constructie kan erin bestaan dat de expediteur een pand- en retentierecht op de goederen bedingt ingevolge zijn expeditievoorwaarden.⁵⁵ Bij insolventie van de koper zal de expediteur zijn pand- en retentierecht willen uitoefenen. Een retentierecht op de zaken door de ontvangstexpediteur zal voorrang hebben boven het pandrecht van de bank (3:292 BW). Ook het pandrecht van de ontvangstexpediteur zal waarschijnlijk voorgaan boven het pandrecht van de bank, omdat de bank immers toestemming geeft aan de ontvangstexpediteur om de zaken onder zich te nemen.⁵⁶ De bank doet er daarom goed aan vooraf met de ontvangstexpediteur overeen te komen voor welke vorderingen de ontvangstexpediteur een zekerheidsrecht met de koper heeft bedongen. Gaat het alleen om vorderingen die betrekking hebben op de zaken die de expediteur onder zich heeft of ook om oude vorderingen? In het laatste geval loopt de bank een groot risico wanneer hij gebruik maakt van een dergelijke ontvangstexpediteur.

Het gebruik van een opslagbedrijf of een ontvangstexpediteur lijkt sterk op een vorm van warrantage.⁵⁷ Bij warrantage wil de financier zekerheid

⁵³ 's-Gravenhage 27 januari 2009, S&S 2009, 60 (*Schilinsky/Wirtz*) waarin sprake was van een dergelijke constructie.

53. Art. 8:417 lid 1 BW. Algemeen: Haak & Zwitser 2003, p. 161 e.v.

54. Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 292. Zie ook de in § 7.3.3 genoemde Amerikaanse uitspraken.

55. Art. 19 Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004).

56. Omdat de bank aldus toestemt dat de ontvangstexpediteur de zaken onder zich neemt, ontstaat rangwisseling. De prioriteitsregel wordt doorbroken en het jongere pandrecht gaat boven het oudere pandrecht.

57. In Nederland zien we niet veel gebruikgemaakt worden van de warrantage, in België en vooral Frankrijk is het een meer voorkomende vorm. De literatuur is daarom naar Nederlands recht schaars. Ik wijs op Rank-Berenschot 1990; Fesevur 1990; Van Harinxma thoe Slooten 1990; Halsema 1992 en Stein (Groene Serie Privaatrecht), art. 3:236 BW, aant. 7 (01-09-2009). Een variant op deze figuur is het arrest HR 18 september 1987, NJ 1988, 983 m.nt. WMK (*Berg/De Bary*). Het betrof een koper Verhoeff die een partij Chinese grondnoten, die opgeslagen lagen bij Vebero, tot zekerheid in eigendom had overgedragen aan De Bary. Vebero was hierbij gaan houden voor De Bary, nu De Bary de zekerheidsoverdracht had meegedeeld aan Vebero. Hetzelfde zien we in HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*) waar het opslagbedrijf Nieuwe Matex wist van de fiduciaire overdracht aan de bank en daarom houdster was voor de bank. De verkoper bleef hier echter bevoegd om de lading in de normale uitoefening van zijn bedrijf te verhandelen. Naar Engels recht zien we deze vorm toegepast in *Dublin City Distillery v. Doherty* [1914] A.C. 823 (HL). Het ging hier om een voorraad whisky dat was opgeslagen op het terrein van de pandgever. De zaken lagen echter niet onder de pandgever, maar in het veem (*warehouse*) van een derde. Voor het Belgische recht, zie Dirix & De Corte 2006, p. 367-369 en Stranart 1989, p. 697 e.v. Een regeling is te vinden

houden over de roerende zaken. Hij kan daartoe naar Nederlands recht een stil pandrecht bedingen, maar ook is het mogelijk dat de roerende zaken uit de macht van de pandgever/kredietnemer worden gehaald en worden opgeslagen in een magazijn of veem. Dit magazijn kan ook bij de kredietnemer op het bedrijventerrein liggen, zolang de pandgever maar niet zonder meer de sleutel heeft tot het magazijn. Om een dergelijke wijze van warrantage tot stand te doen komen is een driepartijenovereenkomst tussen bank, warrantagemaatschappij en kredietnemer noodzakelijk. In deze overeenkomst staat dat de warrantagemaatschappij de goederen alleen zal mogen afgeven aan de bank of aan een derde na toestemming van de bank.

In ons geval waarin de bank zijn zekerheid op het cognossement wil behouden, lijkt de rol van het magazijn of veem goed overgenomen te kunnen worden door de ontvangstexpediteur. De bank endosseert het ordercognossement aan de ontvangstexpediteur. Deze gaat het cognossement dan houden voor de bank en de koper. Nadat de ontvangstexpediteur het cognossement heeft gepresenteerd en de lading in ontvangst genomen, gaat deze de lading houden voor de bank en de koper.

7.3.2 Aflevering van de zaken aan de lasthebber van de bank

In de vorige paragraaf gaf ik aan dat de ontvangstexpediteur toetreedt tot de vervoerovereenkomst in het geval hij het cognossement in eigen naam aan de vervoerder presenteert. Dit volgt uit artikel 8:441 lid 1 BW. Dit artikel geeft aan dat uitsluitend de recht- en regelmatig houder van het cognossement het recht heeft om aflevering van de lading te vorderen. Het arrest *Hudsongracht* is van belang voor de vraag wie recht- en regelmatig houder is van het cognossement.⁵⁸

Het betreft vervoer van een zending meloenen door vervoerder *Hudsongracht*. De Groot heeft het cognossement in blanco geëndosseerd en overhandigt het papier aan haar ontvangstexpediteur Albert Scheid die het cognossement vervolgens presenteert aan de vervoerder. Door het blanco endossement was Albert Scheid recht- en regelmatig houder van het cognossement geworden. De mededeling door Albert Scheid aan de vervoerder dat zij optrad als gevolmachtigde van De Groot kon dan niet meer met zich meebrengen dat niet Albert Scheid, maar De Groot recht- en regelmatig houder was van het cognossement.⁵⁹

in de Wet houdende invoering van het warrantstelsel (Warrantwet) van 18 november 1862. Naar Frans recht zien we deze constructie veel gebruikt worden om goederen bij een derde (een veembdrijf) op te slaan. Simler & Delebeque 2009, p. 553 e.v. Een regeling is te vinden in artikel L. 521-1 e.v. Code de Commerce.

58. HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 533 m.nt. K.F. Haak (*Hudsongracht*). Hierover: Vriesendorp 2000. Zie verder: Rb. Rotterdam 26 januari 1954, *NJ* 1954, 659 (*Boschfontein*), meegewezen door Schadee. HR 8 november 1991, *NJ* 1993, 609 m.nt. JCS (*Brouwersgracht*). HR 27 januari 1995, *NJ* 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; *S&S* 1995, 40 (*Heliopolis Star*). HR 19 december 2003, *S&S* 2006, 61 (*Isla de la Plata*).
59. De Hoge Raad overweegt: '3.3. (...) De vaststelling dat Albert Scheid tegenover de vervoerder - *Hudsongracht* - als de houder van het cognossement gelegitimeerd was, brengt mee dat De Groot de hoedanigheid van recht- en regelmatig houder niet meer bezat. Albert Scheid kon De Groot deze hoedanigheid niet opnieuw verschaffen door aan *Hudsongracht* mee te delen dat zij, Albert Scheid, als gevolmachtigde van De Groot zou optreden, ook niet als Albert Scheid daarbij tevens heeft gesteld - naar het Hof kennelijk heeft aangenomen - dat De Groot de recht- en regelmatig houder van het cognossement was.'

De uitspraak is een bevestiging van *Brouwersgracht* waarin ook werd uitgesproken dat uitsluitend de recht- en regelmatig houder van het cognossement toetreedt tot de vervoerovereenkomst en niet de volmachtgever. Als recht- en regelmatig houder gold hier Albert Scheid en niet De Groot. Het was daarom Albert Scheid die toetrad tot de vervoerovereenkomst. Treedt de ontvangstexpediteur dus op in eigen naam en is hij regelmatig houder van het cognossement, dan mag de vervoerder slechts aan hem afleveren en raakt alleen hij gebonden aan de vervoerovereenkomst.

De figuur van de toetreding tot de vervoerovereenkomst wordt meestal verklaard aan de hand van het derdenbeding, als bedoeld in artikel 6:253 BW.⁶⁰ De toetreding tot de vervoerovereenkomst geschiedt op het ogenblik dat het derdenbeding wordt aanvaard (art. 6:253 lid 3 BW). Het ogenblik waarop sprake is van een dergelijke aanvaarding, ligt gewoonlijk bij de presentatie van het cognossement.⁶¹ Met de presentatie van het cognossement aan de vervoerder kan de houder zich immers legitimeren als recht- en regelmatig houder van het cognossement⁶² en daarmee op grond van artikel 8:441 lid 1 BW uitlevering van de lading eisen. Met de presentatie van het cognossement ter fine van aflevering treedt de cognossementhouder dus toe tot de vervoerovereenkomst.⁶³

De aangehaalde rechtspraak brengt voor de bank met zich mee dat de bank niet zal toetreden tot de vervoerovereenkomst op het moment dat de ontvangstexpediteur in eigen naam het cognossement presenteert aan de vervoerder. De bank blijft middellijk houder van het cognossement en daarmee van de lading, maar wordt niet aansprakelijk ten opzichte van de vervoerder. Dat kunnen we ook terug zien in enkele Amerikaanse uitspraken.

7.3.3 Middellijk houderschap van de bank en betrokkenheid bij de aflevering in enkele Amerikaanse uitspraken

Hiervoor werd gesteld dat de bank niet betrokken raakt bij de vervoerovereenkomst in het geval hij gebruikmaakt van een lasthebber die in eigen naam optreedt. Dat komt overeen met het Amerikaanse recht, waarin verschillende uitspraken zijn te vinden die op deze materie betrekking hebben.⁶⁴ Ik beperk mij hier tot de bespre-

60. Zie hoofdstuk 2. PG Boek 8 BW, p. 474 (art. 8:441 BW). Sanders 1912, p. 21-22. Cleveringa 1961, p. 599-600. Korthals Altes & Wiarda 1980, p. 52-54. Claringbould 1997, p. 139. Van der Ziel 2001, p. 14. Zwitser 2002. Spanjaart & Bulthuis 2004. Zwitser 2006a, p. 27-31. Smeele 2009, p. 259 e.v. met rechtsvergelijkende notities. Anders of kritisch: Seck 2011, p. 185-207. Cahen 1964, p. 5-10. Huizink 1998, p. 15-16. Van Huizen 1999a. Boonk 1993, p. 11-13. Boonk 2003, p. 133-134. Stevens 2001, p. 203. Van der Ziel 1999, p. 6-7. Loeff 1981, p. 48-49. In de rechtspraak wordt de constructie van het derdenbeding genoemd in HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*) en HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga 15*). Hof 's-Gravenhage 26 juni 2008, S&S 2008, 115 (*OPDR Lisboa*).

61. Claringbould 1997, p. 139. Zwitser 2000a, p. 41. Zwitser 2004, p. 269. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 8 november 2005, S&S 2006, 53 (*Maipo*), ov. 9.

62. Japikse 2000, p. 193-194, bijgevalen door Zwitser 2002, p. 163.

63. In bijzondere omstandigheden kan het ogenblik van toetreding tot de vervoerovereenkomst op een ander ogenblik liggen. HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*) en HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga 15*).

64. *Dare v. New York Central Railroad Company*, June 6, 1927, 20 F.2d 379. *States Marine v. Seattle-first National Bank*, October 16, 1975, 524 F.2d 245. *A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil*, March 30, 1990,

king van twee uitspraken. Het gaat in beide gevallen om een conflict tussen een bank en een vervoerder, waarbij de vervoerder de bank aanspreekt. De bank komt echter steeds weg met het argument dat hij niet gebonden is aan de vervoerovereenkomst en dus niet kan worden aangesproken voor de kosten uit de vervoerovereenkomst.

De leidende uitspraak op het gebied van het conflict tussen bank en vervoerder is *States Marine*, uit 1975.⁶⁵ Het betreft vervoer van twee scheepsloadingen ingeblikte zalm door vervoerder *States Marine*, waarbij de opdracht tot het vervoer beide malen afkomstig is van afzender *Royal Red Seafoods* (hierna: *Royal*). *Royal* heeft aan de *Seattle-First National Bank* (hierna: *SFNB*) al zijn handelsvoorraden, inclusief de blikken zalm, stil verpand (*general pledge*). Op het cognossement dat de vervoerder uitgeeft, wordt de bank als geadresseerde genoemd. In het vakje dat betrekking heeft op de geadresseerde is de volgende tekst opgenomen: 'Seattle First National Bank account of *Royal Red Seafoods, Inc.*'⁶⁶ In de procedure komt vast te staan dat de bank weliswaar als geadresseerde op het cognossement werd vermeld, maar daarvan niet zelf op de hoogte was. De verantwoordelijkheid daarvan ligt bij *Royal*. Het cognossement wordt afgegeven aan de afzender *Royal* en deze houdt het cognossement steeds onder zich. Er is geen moment dat de bank het cognossement onder zich krijgt.

Aan het einde van het vervoer laat de vervoerder de zaken opslaan in een veem. *Royal* en de bank *SFNB* hebben daarbij afgesproken dat de bank steeds de door het opslagbedrijf uitgegeven celen onder zich zal krijgen. Als *Royal* de lading in gedeelten wil doorverkopen dan wordt hiervan steeds melding gedaan aan de bank en deze geeft dan vervolgens toestemming aan het opslagbedrijf om de betreffende zaken vrij te geven.

States Marine spreekt afzender *Royal* aan voor de kosten van de vracht. *Royal* betaalt niet en daarop spreekt de vervoerder de bank aan. Hierover overweegt de rechter dat in beginsel de afzender aansprakelijk is voor de vracht.⁶⁷ Onder omstandigheden kan ook de geadresseerde worden aangesproken. Deze aansprakelijkheid kan zowel uit overeenkomst (*contract*) volgen als uit de wet (*statute*). In deze zaak wordt enkel gekeken naar de overeenkomst. Uit het cognossement volgt niet expliciet dat de geadresseerde aansprakelijk is.⁶⁸ Daarom moet worden onderzocht of uit het gedrag (*conduct*) van de geadresseerde volgt dat hij gebonden is geworden aan de overeenkomst. Het gaat hier om een *implied obligation*. Uit de feiten kan een dergelijk vermoeden volgen. Dat is het geval wanneer de geadresseerde de lading ontvangt (*acceptance of goods*). Wanneer daarvan geen sprake is, kan de geadresseerde toch gebonden raken in het geval de geadresseerde zich gedraagt als de vermoedelijke eigenaar (*presumptive owner*) en dienovereenkomstig de exclusieve macht (*dominion and control*) over de lading uitoefent.⁶⁹

1990 WL 209637 (S.D.N.Y.) en *A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil*, March 11, 1991, 927 F.2d 713. *Korea Express v. K.K.D. Imports*, August 28, 2002, 2002 WL 31954077 (D.N.J.).

65. *States Marine v. Seattle-First National Bank*, October 16, 1975, 524 F.2d 245.

66. Het gaat hier om de tekst als weergegeven in het vervoer van de tweede lading zalm. De eerste lading kende een ongeveer vergelijkbare tekst.

67. Dat was geldend recht na *Louisville & N. R. Co. v. Central Iron & Coal Co.*, 265 U.S. 59, 67, 44 S.Ct. 441, 68 L.Ed. 900 (1924). Tetley 1988, p. 899.

68. Wellicht wordt hier bedoeld op de *merchant clause*.

69. Vgl. Tetley 1988, p. 899 die hetzelfde onderscheid maakt. *Arizona Feeds v. Southern Pacific Transp. Co.*, 21 Ariz.App. 346, 353, 519 P.2d 199, 206 (1974). Deze gedachte kwam al aan bod in de oude zaak *Dare v. New York Central Railroad Company*, June 6, 1927, 20 F.2d 379. Het betrof hier een geschil tussen

Het is duidelijk dat de bank hier niet de lading in ontvangst heeft genomen, want hij heeft het cognossement nooit in handen gehad. De lading moest opgeslagen worden bij een veem dat zowel ging houden voor de bank SFNB als voor eigenaar Royal. Hieruit volgt echter niet dat de bank gezien kan worden als de vermoedelijke eigenaar van de lading. Het geeft eerder aan dat de bank slechts een zekerheidshouder was en Royal eigenaar. De bank kon daarom niet worden aangesproken voor de vracht. Uiteraard verkrijgt de bank inkomsten op het moment dat hij toestemming geeft aan het veem om de lading vrij te geven aan een subkoper, het is echter niet voldoende om hem te kunnen aanspreken voor de kosten van vervoer.⁷⁰

De rechter toetst dus de handelwijze van de bank. Zolang de bank zich slechts gedraagt als zekerheidshouder en niet als eigenaar kan hij niet worden aangesproken. Ditzelfde beeld rijst op uit de uitspraak inzake *A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil*.⁷¹ In eerste instantie gaat het mis voor de bank, in tweede instantie wordt echter het criterium uit *States Marine* gebruikt om aansprakelijkheid van de bank te ontkennen.

De zaak ligt als volgt. Beaumont koopt van Corpoven een lading olie. Ten gunste van de verkoper wordt een documentair krediet gesteld, waarvoor de bank Paribas als financierende bank optreedt. De bank krijgt hiervoor zekerheid op de zaken.⁷² Beaumont sluit een bevrachtingsovereenkomst met Torm, die Beaumont verplicht om de vracht te betalen. Torm geeft een cognossement uit aan de order van Paribas, met als *notify* Beaumont. Het cognossement vermeldt niet wie de vracht moet betalen. Beaumont geeft vervolgens aan de vervoerder de opdracht om de zaken op te slaan bij een veem Time. Aan Time geeft Beaumont aan dat zij de eigenaar is en Paribas de zekerheidshouder. Als Beaumont de opdracht aan de vervoerder geeft, heeft zij nog niet het cognossement onder zich, uit de overeenkomst van bevrachting volgt echter dat de aflevering kon geschieden tegen een garantie (*letter of indemnity*). Zowel Beaumont als Paribas ondertekent de garantie en stelt zich daarmee aanspra-

een pandhouder en een spoorvervoerder. Het vervoer van haver vindt plaats onder cognossement. De eigenaar van het graan, Brainard, geeft de cognossementen in pand over aan Dare. Dare eist vervolgens uitlevering van de zaken en stelt dat Brainard aansprakelijk is voor de vracht. Brainard blijkt echter inmiddels, zonder dat Dare of de spoorvervoerder ervan wisten, insolvent geworden te zijn. Nu de vervoerder geen verhaal kan krijgen op Brainard, wendt zij zich weer tot Dare voor de vracht. Dare verweert zich echter dat zij slechts pandhouder is en geen eigenaar van de lading en daarom niet kan worden aangesproken voor de vracht. Nu de vervoerder er echter niet van op de hoogte was dat Dare geen eigenaar was, kon hij als cognossementhouder worden aangesproken voor de vracht: 'At least, this should be true where the carrier does not know that the holder of the endorsed bill of lading is not the owner.' Deze redenering zal een grote rol gaan spelen: de vervoerder kan alleen de pandhouder aanspreken als hij meende dat deze eigenaar van de zaken was.

70. Overwogen wordt: 'Thereafter, the Bank was treated and acted at all times as a secured creditor, following standard commercial practices, and not as an owner of the goods. The Banker's Orders authorizing the warehouse to release the salmon as Royal sold it were standard devices in warehouse receipt financing. Since the goods were subject to the Bank's security interest, they could not be sold without the Bank releasing that interest. There is no evidence that the Bank engaged in any of the selling operations or participated in any profits from the sales. The benefits received by the Bank from the salmon sales were as a creditor receiving interest on its loans. Nor is there evidence that appellant was misled by any act of the Bank. It is significant also that appellant sent its bills for the shipping charges to Royal and not to the Bank.'

71. *A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil*, March 30, 1990, 1990 WL 209637 (S.D.N.Y.) en *A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil*, March 11, 1991, 927 F.2d 713.

72. Er wordt in de casus gesproken van een *lien*. Naar mijn mening moet dat *in casu* worden vertaald als een stil pandrecht.

kelijk voor het geval de vervoerder wordt aangesproken door de cognossementhouder.

De lading wordt opgeslagen bij Time en de door de bewaarnemer uitgegeven ceel wordt afgegeven aan de bank. De lading wordt vervolgens in gedeelten doorverkocht. Bij een voorgenomen verkoop van de zaken brengt de koper eerst de bank op de hoogte, waarna de bank toestemming geeft aan de bewaarnemer tot uitlevering van de zaken. Daardoor kan de bank zich voldoen. De vervoerder heeft echter de vracht niet van Beaumont voldaan gekregen en spreekt hiervoor Paribas aan.

In eerste instantie wordt geoordeeld dat de bank de macht (*dominion and control*) uitoefent over de zaken. De rechter wijst hier onder meer op de volgende elementen. De bank kon door de doorverkoop van de olie zijn lening met de koper verminderen (en had dus voordeel van de doorverkoop), terwijl de vervoerder de vracht niet betaald kreeg. De bank dient daarom de kosten van de vracht te dragen. Daarbij kwam dat de bank verzocht als geadresseerde op het cognossement te worden vermeld. Verder heeft hij de *letter of indemnity* mee ondertekend.⁷³ De conclusie is dat door de handelwijze van de bank, de bank gebonden wordt aan de vervoerovereenkomst en de kosten van het vervoer moet voldoen.

In hoger beroep wordt deze beslissing ongedaan gemaakt. De rechters volgen strikt het vonnis inzake *States Marine*. In beginsel is de afzender aansprakelijk voor de vracht. Uit *statute* of *contract* kan anders volgen en als dat geen uitsluitel geeft, het gedrag of de handelwijze (*conduct*) van de bank die tot de conclusie kan leiden dat er sprake is van een stilzwijgende overeenkomst (*implied obligation*). Van dit laatste kan sprake zijn als de goederen aan de bank zijn afgeleverd. Daar was in dit geval geen sprake van. De bank trad ook niet op als vermoedelijke eigenaar (*presumptive owner*) door de uitoefening van macht (*dominion and control*) over de lading. Het feit dat de bank als geadresseerde op het cognossement stond genoemd, betekent niet dat de bank ook eigenaar van de lading was. Het ondertekenen van de *letter of indemnity* is slechts bedoeld om de vervoerder tegen aansprakelijkheid te beschermen en leidt niet tot de gevolgtrekking dat de bank zich gedraagt als eigenaar van de zaken. De bank handelde hier slechts tot behoud van zijn zekerheid en niet als eigenaar. De controle op de bewaarnemer Time is ook geen voldoende reden om de bank aan te kunnen spreken. Het enkele feit dat de bank voordeel had van de aflevering door de vervoerder is niet voldoende om de bank te binden aan de vervoerovereenkomst. Fraai wordt opgemerkt:

“The amicus points out that “Paribas was acting in accordance with standard commercial banking practices and the customary practice of all secured creditors by being named as the order party in the bill of lading and by monitoring its collateral.” Paribas explicitly raises the disturbing and not unrealistic specter of carriers routinely going after “deep pocket” financial institutions rather than shippers if it as a secured creditor is

73. Er wordt overwogen: ‘Although the court found that the bank did not enter into an agreement by which it became obligated to pay for the shipping costs, and found further that the bank did not “accept” the cargo, it found that Paribas exercised “dominion and control” over the cargo so that a promise to pay the freight charges could be implied. The court relied on the following factors in reaching its decision: that Paribas (1) required that it be named as consignee on the bill of lading; (2) co-signed the letter of indemnity; (3) imposed conditions on the storage of the cargo at Time; (4) authorized the sale of gasoline and applied the proceeds to reduce Beaumont’s debt; (5) authorized Time to regrade the gasoline; and (6) benefited from Torm’s services.’

found liable in this case. We agree that the district court applied the law to the facts of this case in a manner which, if allowed to stand, would subject the entire banking industry to a vast area of liability simply for following commonplace and prudent commercial banking practices. (...)

In this case Paribas took aggressive steps to protect its security interest, and presumably it set an interest rate with those steps in mind. Paribas acted in a manner consistent with and accepted in international commercial transactions and did not enter into that transaction with the expectation that it was potentially subject to freight liability; it did not set an interest rate with that contingency in mind. We will not punish Paribas for acting as a prudent creditor nor force future creditors involved in admiralty transactions to choose between acting passively, with the risk of losing a security interest, and acting aggressively, with the risk of being liable for freight charges. We will not create that modern-day Scylla and Charybdis. There are enough perils on the high seas.'

Opnieuw kon de bank niet worden aangesproken, daar hij slechts als zekerheidshouder, en niet als eigenaar, optrad. Naar mijn mening geven bovenstaande uitspraken de juiste koers aan, die ook naar Nederlands recht de geldende is. Een bank met een zekerheidsrecht op het cognossement behoort niet snel betrokken te raken bij de vervoerovereenkomst.

Naar Nederlands recht wordt dat zo geconstrueerd, dat, zolang hij niet overgaat tot presentatie van het cognossement, hij ook niet toetreedt tot de vervoerovereenkomst.⁷⁴ Het feit dat de bank voordeel heeft van het vervoer of dat hij zijn schuld voldaan ziet als gevolg dat de lading is doorverkocht aan subkopers die de kooprijns storten op de rekening van de koper bij de bank, is daarbij irrelevant. In alle gevallen is de bank te kwalificeren als middellijk houder van de zaken zonder toe te treden tot de vervoerovereenkomst.

7.3.4 De bank geeft het cognossement over aan een subkoper

In sommige gevallen is de koper niet de eindhandelaar, maar slechts een importeur en maakt hij er zijn beroep van om de zaken zo snel mogelijk door te leveren aan een subkoper. Zijn de zaken opgeslagen bij een lasthebber van de bank, dan kan de bank toestemming geven om de lading vrij te geven aan de subkoper. De lading kan zich echter ook nog in het schip bevinden en in dat geval kan de bank besluiten het cognossement op te sturen aan de subkoper.

74. Uiteraard kan een *merchant clause* anders met zich meebrengen. In een dergelijke clause wordt soms bedongen dat iedere cognossementhouder aansprakelijk is voor de kosten van het vervoer. In de praktijk zien we daarom dat sommige, vooral Europese, banken niet als geadresseerde op het cognossement willen genoemd worden. Ze eisen dat de verkoper in blanco aan hen endosseert. Op deze wijze kan de vervoerder niet achterhalen dat de bank ooit cognossementhouder is geweest. Andere banken, in het bijzonder Afrikaanse, hebben er soms juist een voorkeur voor om als geadresseerde op het cognossement vermeld te staan. Olawoyin 2003, p. 64 noemt het geval waarin op het cognossement was aangetekend dat de vervoerder de goederen niet mocht vrijgeven dan na endossement van de bank. Naar mijn mening doet de rechter er goed aan om een *merchant clause* ten opzichte van de bank niet toe te staan, omdat het de zekerheid van de bank ondergraaft. In de nog niet in werking getreden Rotterdam Rules wordt de *merchant clause* overigens uitgesloten (art. 58).

In beginsel verliest de bank zijn pandrecht op het cognossement als hij vrijwillig de macht over het cognossement opgeeft. De bank zal dit kunnen voorkomen door met de subkoper overeen te komen dat de subkoper het cognossement gaat houden voor de bank. Op deze wijze blijft het cognossement in de middellijke macht van de bank en blijft het pandrecht op het cognossement behouden. Presenteert de subkoper het cognossement en verkrijgt hij daarmee aflevering van de lading, dan zal het pandrecht op de zaak komen te rusten.

De bank raakt opnieuw niet betrokken bij de vervoerovereenkomst. Het is immers de subkoper die het cognossement presenteert en niet de bank. De presentatie van het cognossement geschiedt in naam van de subkoper en niet in naam van de bank. De subkoper is daarmee toegetreden tot de vervoerovereenkomst en gehouden de kosten voor het vervoer te voldoen.

De bank zal verder met de subkoper overeenkomen dat de koopprijs voldaan moet worden op de bankrekening van de koper bij de bank.⁷⁵ Daarmee zal de vordering van de bank op de koper, waarvoor het pandrecht op het cognossement tot zekerheid strekt, zijn voldaan en zal het pandrecht, als afhankelijk recht, tenietgaan. De subkoper verkrijgt de onbezwaarde eigendom. De bank verkrijgt echter onmiddellijk een nieuwe zekerheid doordat hij vooraf een pandrecht heeft bedongen op de goederen die de koper bij de bank aanhoudt.⁷⁶ Op deze wijze heeft de bank steeds zekerheid op het cognossement en lading gehad, zonder dat de handel daarvan hinder ondervond.

7.3.5 De bank geeft toestemming aan de vervoerder om af te leveren aan de subkoper

7.3.5.1 De bank oefent zijn rechten uit het cognossement uit

In de voorgaande gevallen gaf de bank het cognossement over aan een lasthebber of subkoper die vervolgens het cognossement in eigen naam presenteert. De bank loopt hier steeds enig risico, bijvoorbeeld dat de subkoper het cognossement doorverkoopt aan een derde te goeder trouw. In dat geval gaat het pandrecht van de bank teniet. De bank kan daarom het cognossement onder zich willen houden en de vervoerder instructie geven op welk moment hij de lading aan een derde mag vrijgeven.⁷⁷ Daarmee behoudt de bank zijn zekerheid op het cognossement.

75. In Zahn/Ehrlich/Haas 2010, p. 296-297 wordt de variant beschreven waarin de opdrachtgever/koper zijn vordering op de onderafnemer/subkoper cedeert aan de bank. Zie daarbij de uitspraken BGH 01.07.1985, BGHZ 95, 149 en BGH 05.02.1962, BGHZ 36, 329. In het verderop uitgewerkte arrest *EWL/Fortis* zien we ook de situatie dat de subkoper betaalt aan de bank van de koper.

76. De bank kan eventueel ook gebruikmaken van het instrument van verrekening.

77. In de rechtspraak zijn meer voorbeelden te vinden waarbij de cognossementhouder toestemming geeft aan de vervoerder om af te leveren aan een derde. Een voorbeeld is HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringboud; *S&S* 1995, 40 (*Heliopolis Star*), dat eerder is behandeld in hoofdstuk 6. Hierin gaf verkoper en afzender Van Meer, die ook de regelmatige houder was van het cognossement, toestemming aan de vervoerder om af te leveren aan de Egyptische kopers. Een ander voorbeeld is *The Future Express* [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD) en *The Future Express* [1993] 2 Lloyd's Rep. 542 (CA), waarover Zwitser 2011. In sommige cognossementen komt de tekst voor dat de bevrachter aan de vervoerder toestemming mag geven om af te leveren aan een derde die het cognossement niet onder zich heeft. Van der Ziel 1999, p. 19. Foxton 2008, p. 108-110. Vgl. verder Hof 's-Gravenhage 23 december 2003, *S&S* 2004, 41 (*Action*) waar melding wordt gemaakt van een dergelijke clause. In cassatie: HR 9 februari 2007, *S&S* 2007, 49 (*Action*).

Het gevolg van een dergelijke instructie is echter naar mijn mening dat de bank toetreedt tot de vervoerovereenkomst.

De bank is immers recht- en regelmatig houder van het cognossement. Op het moment dat hij aflevering van de lading vordert (8:441 lid 1 BW), en daarmee zijn rechten uit de vervoerovereenkomst uitoefent, is hij partij geworden bij diezelfde vervoerovereenkomst.⁷⁸ Het is daarbij niet van belang dat de bank vordert dat de aflevering aan een derde moet plaatsvinden.

Een andere vraag is of de vervoerder gehoor moet geven aan een dergelijke uitoefening van de rechten uit de vervoerovereenkomst. Dit hangt af van de inhoud van de vervoerovereenkomst. Meestal zal zijn opgenomen dat de vervoerder alleen behoeft af te leveren na teruggave van het cognossement (8:481 BW).⁷⁹ Dat is vanzelfsprekend omdat de vervoerder anders het gevaar loopt dat het cognossement verder wordt verhandeld en in handen komt van een derde te goeder trouw, zodat hij door deze derde tot schadevergoeding aangesproken kan worden.⁸⁰ De vervoerder kan dan weigeren om de lading af te geven.

Het arrest *EWL/Fortis* biedt een voorbeeld waarin de bank een pandrecht had op het cognossement en vervolgens zijn rechten uit het cognossement uitoefent. Ik zal eerst de procedure weergeven om daarna van commentaar te voorzien.

7.3.5.2 *Het arrest EWL/Fortis*

Het arrest *EWL/Fortis* is een voorbeeld van een situatie waarin de bank het cognossement overgaf aan de vervoerder met het verzoek om het cognossement voor de bank te gaan houden. Hiermee beoogde de bank zijn pandrecht op het cognossement te behouden. Het leidde er echter ook toe dat de bank betrokken raakte bij de inkleding van de vervoerde goederen en de vervoerder sprak de bank aan voor de verschuldigde invoerrechten. *EWL/Fortis* biedt daarmee een illustratie van een bank die een pandrecht op het cognossement wil blijven uitoefenen, maar daarbij gevaar loopt betrokken te raken bij het vervoer.

De feiten liggen als volgt. Zeevervoerder EWL heeft in 1997 zes zendingen suiker van de Nederlandse Antillen naar Nederland vervoerd. De suiker is afkomstig van verkoper CSI, die tevens optreedt als afzender van de vervoerder. De geadresseerde op het (order)cognossement is Lefferts, de koper van de suiker. De vennootschappen CSI en Lefferts hebben dezelfde bestuurders en aandeelhouders.

EWL heeft van Lefferts opdracht gekregen om de zes zendingen suiker in Europa in te klaren. EWL gaf deze opdracht door aan de Gebr. Van Es, die deze weer doorgaf aan VDA. VDA neemt de inkleding ter hand en krijgt dan de mededeling

78. Zwisler 2000a, p. 41. Van Oven 1981, p. 253. Dit komt overeen met s. 3 COGSA 1992.

79. Vgl. Japikse 2000, p. 194 die erop wijst dat de samenhang van art. 8:441 BW en 8:481 BW met zich meebrengt dat de cognossementhouder zich legitimeert door de afgifte van het cognossement. In het vonnis inzake Rb. Rotterdam 23 september 1994 en 21 december 1995, S&S 1997, 1 (*Contship America*) werd geoordeeld dat de ladingontvanger die wel het cognossement onder zich had, maar niet wenste te presenteren, niet was toegetreden tot de vervoerovereenkomst. Hierover: Zwisler 2000a.

80. Dat wordt expliciet overwogen in Rb. Rotterdam 25 januari 1996, S&S 1997, 2 (*Eendracht*).

van de Nederlandse douane dat de verplichte EUR 1-certificaten zijn ingetrokken.⁸¹ Daardoor zijn de invoerrechten alsnog verschuldigd. VDA wordt daarvoor aangeslagen en heeft daarvoor de Gebr. Van Es en EWL aansprakelijk gesteld. De belastingdienst vordert zekerheidsstelling voor de betaling van de invoerrechten. In de tussentijd gebeurt er meer. Fortis, dan wel haar rechtsvoorganger Mees Pierson, was bankier van zowel CSI als Lefferts. Fortis betaalde steeds de vrachtnota's van de zendingen suiker, maar de financiering door de koper verloopt met ieder transport moeizamer als gevolg van het feit dat koper Lefferts in betalingsmoeilikheden is geraakt. Fortis eist daarom aanvullende zekerheid van Lefferts en die geeft daarop de cognossementen, die zij onder zich had, over aan Fortis. Op deze cognossementen bedingt Fortis een pandrecht.

De lading wordt ingeklaard door EWL die daarvoor verschillende documenten (zoals EUR 1-certificaten, facturen, paklijsten, het cognossement enz.) nodig heeft. De koper stuurt steeds ten behoeve van de inklaring de vereiste documenten op aan de vervoerder EWL en geeft daarbij aan dat het opsturen van de documenten gebeurt ten behoeve van de inklaring. Daarnaast geeft Lefferts te kennen dat EWL het cognossement zal ontvangen van de bank. De bank stuurt daarop steeds een van de drie originele cognossementen op aan EWL en verzoekt haar voor de inklaring zorg te dragen en de documenten ter beschikking te houden van Mees Pierson/Fortis. Na ontvangst van de documenten zendt EWL deze steeds toe aan de Gebr. Van Es met het verzoek de suiker in te klaren 'namens onze opdrachtgever Lefferts' of 'op naam van Lefferts'. Voor twee reizen heeft EWL de inklaringskosten aan Lefferts belast en voor een reis aan Fortis.

Zowel CSI als Lefferts gaat failliet. Er ontspint zich daarop een procedure tussen EWL en Fortis met als inzet wie de belastingdienst zekerheid moet verschaffen met betrekking tot de verschuldigde invoerrechten. Het betreft een rechtsgang in kort geding.

De president van de rechtbank Rotterdam beantwoordt de vraag wie jegens de belastingdienst zekerheid moet stellen aan de hand van het in omloop zijnde Douanememo 2000.⁸² Hierin wordt gesteld dat de schuldenaar van een douaneschuld de aangever is en/of diens opdrachtgever. In dit geval trad EWL op als aangever en bleef de vraag over of Fortis als opdrachtgever kon worden gekwalificeerd. In het geval Fortis de opdracht tot inklaring heeft gegeven, is zij ook aansprakelijk voor de op de suiker rustende invoerrechten.

De president overweegt dat Fortis de cognossementen, die Lefferts aan haar tot meerdere zekerheid had overgedragen, aan EWL deed toekomen, opdat door EWL de lading kon worden vrijgegeven aan Lefferts of de koper van Lefferts. De overgave van het cognossement door de bank aan EWL is dus niet in eigen naam geschied, maar in naam van de koper. Lefferts, en niet Fortis, moet worden gekwalificeerd als opdrachtgever.

81. EUR-1-certificaten geven aan uit welk land de suiker afkomstig is, in dit geval een land waarmee de Europese Unie een handelsakkoord gesloten heeft. Met de Nederlandse Antillen was dat het geval en daarom had de douane te Curaçao een dergelijk EUR-1-certificaat afgegeven. Gevolg van deze toekenning van een EUR-1-certificaat is een verlaging of vrijstelling van invoerrechten bij import in de Europese Unie. Het EUR-1-certificaat was waarschijnlijk ingetrokken omdat de suiker uit een ander, niet EU, land afkomstig blijkt te zijn.

82. Vonnis van 23 januari 2001, te kennen uit NJ 2004, 52, in r.o. 2.2 van het hof en uitgebreid te vinden in *SSS* 2005, 27.

Dit oordeel wordt onderschreven door het Hof 's-Gravenhage.⁸³ Het argument dat de opbrengst van de suiker ten goede van Fortis gekomen is, kan niet leiden tot de conclusie dat Fortis als pandhouder ook de vorderingen ter zake van de invoerrechten behoort te dragen (ov. 2.5). Verder is niet sprake van uitwinning van het pandrecht.

'4.2. (...) Fortis is een handelsbank die zich (ook) bezighoudt met financieringen en zekerheden. Als bank bewaakte zij haar zekerheidspositie uit hoofde van haar financieringsovereenkomst met Lefferts. Dat dit noodzakelijkerwijze gepaard ging met bemoeienis met de op die zekerheden betrekking hebbende documenten, brengt niet met zich dat Fortis vanuit een geheel andere positie dan die van een handelsbank, die de financiële afwikkeling van een - internationale - transactie begeleidt, zou hebben gehandeld. Lefferts heeft de verpande goederen in het kader van haar normale bedrijfsuitoefening steeds zelf verkocht en van een uitwinning van pandrecht door Fortis is niet gebleken.'

Het hof bekrachtigt daarmee het vonnis van de president. EWL gaat in cassatie voor twee ankers liggen. In de eerste plaats wordt gesteld dat er sprake is van een omzetting van het stil pandrecht op de goederen in een vuistpand (art. 3:237 lid 3 BW). Deze omzetting heeft de bank kennelijk eerst willen bereiken door aan EWL mee te delen dat hij een pandrecht uitoefende en nadien bewerkstelligd door verkrijging en endossement van de cognossemerten. De cognossemerten werden immers door de koper Lefferts aan de bank Fortis overhandigd op het ogenblik dat Lefferts in betalingsproblemen kwam. Bij de overgave van het cognossement aan de vervoerder gaf de bank steeds aan dat EWL het cognossement ter beschikking diende te houden van de bank. Daarmee oefende de bank de exclusieve zeggenschap over de goederen uit. In het feit dat de vervoerder zich naar de instructies van de bank moest richten kan hij niets anders zien dan executie van het pandrecht door middel van omzetting van het stil pandrecht in een vuistpandrecht. Omdat EWL zich naar de instructies van de bank moest richten, dient de bank als opdrachtgever te worden aangemerkt. In de tweede plaats doet EWL een beroep op ongerechtvaardigde verrijking (6:212 BW). Op dit laatste middel zal ik in dit hoofdstuk verder niet ingaan.

In zijn conclusie gaat advocaat-generaal Huydecoper eerst in op de vraag naar de omzetting van het pandrecht. Hij gaat er daarbij vanuit dat een stil pandrecht op de zaken is gevestigd.⁸⁴ Het feit dat de pandhouder op een later tijdstip het cognos-

83. Arrest van 30 juli 2002.

84. Hij moet dit ook doen, omdat het cassatiemiddel van dezelfde veronderstelling uitgaat. De mogelijkheid van een stil pandrecht op cognossement dat wordt omgezet in een vuistpandrecht op cognossement komt in dit arrest niet aan de orde, omdat naar zijn mening een stil pandrecht niet op een recht aan order kan worden gevestigd (3:237 BW). De stelling uit ov. 9-11 dat een (stil) pandrecht op zaken niet met effect tegen de vervoerder, na afgifte van een cognossement, kan worden gevestigd lijkt mij overigens onjuist. Het door advocaat-generaal Huydecoper aangehaalde arrest HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*) geeft aan dat het pandrecht niet ten nadele van een cognossementhouder kan worden gevestigd. Over de ratio hiervan, zie hoofdstuk 6. Deze ratio geldt echter niet ten opzichte van de vervoerder. De vervoerder kan op grond van art. 8:489 lid 1 BW gedwongen worden af te leveren aan een ander dan de cognossementhouder in het geval hij een beter recht op de zaken heeft dan de houder van het cognossement.

sement onder zich krijgt, kan hier niet gelden als het omzetten van een stil pandrecht in een vuistpandrecht. Hij meent dat men de mededeling van de bank aan de vervoerder ook zo kan opvatten dat hiermee de vervoerder slechts wordt geattendeerd op het bestaan van een pandrecht in de hoop dat deze er rekening mee zal houden (ov. 15). Van uitwinning van het pandrecht behoeft geen sprake te zijn. Daarbij is het begrijpelijk dat het hof belang hechtte aan het feit dat de verpande goederen steeds door Lefferts in de normale bedrijfsuitoefening zijn verkocht en dat niet blijkt van uitwinning door Fortis.

‘17. (...) In die feiten ligt ook besloten dat de afgifte van de goederen (...) niet aan, of op aanwijzing van Fortis is gebeurd, maar – naar men mag aannemen – aan de door Lefferts aangewezen koopster(s). Daaraan hoeft niet af te doen het (overigens door het Hof niet vastgestelde) feit dat Fortis de aflevering aan de koopster(s) zal hebben goedgekeurd, of dat de betaling - niet aan Fortis maar aan Lefferts, zij het via Lefferts bij Fortis aangehouden bankrekening - mede kon worden aangewend in mindering van Fortis vordering op Lefferts. Ook dan blijft het zo dat *Lefferts* over de goederen beschikte, en dat *Lefferts* werd betaald - en niet Fortis.’ [cursivering advocaat-generaal Huydecoper, HL]

EWL kon dus niet zomaar Fortis als haar opdrachtgeefster beschouwen. Ook het tweede cassatiemiddel verwerpt de advocaat-generaal, zodat hij concludeert tot verwerping van het beroep.

De Hoge Raad doet de zaak kort af. Niet onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat de feiten en omstandigheden het hof tot de slotsom hebben geleid dat hier niet op voorhand sprake was van omzetting van een stil pandrecht in een vuistpandrecht (3:237 lid 3 BW). EWL mocht daarom Fortis niet als haar opdrachtgever beschouwen. EWL heeft daarmee in alle instanties verloren.

7.3.5.3 *Commentaar op EWL/Fortis*

De procedure speelde zich af rond de vraag of Fortis als opdrachtgever van EWL tot inkling van de suiker kon worden beschouwd. Wanneer dat het geval was, had dat tot gevolg dat de bank zekerheid moest stellen met betrekking tot de verschuldigde invoerrechten.⁸⁵ In alle instanties werd echter geoordeeld dat de koper moest worden gezien als de opdrachtgever. In dat kader kwam steeds de vraag aan de orde met welk doel Fortis het cognossement overgaf aan de vervoerder EWL. De vervoerder diende voor de inkling over alle documenten te beschikken, daartoe behoorde niet alleen EUR 1-certificaten, paklijsten, facturen en dergelijke, maar ook het cognossement. De koper stuurde de vervoerder steeds alle documenten toe. Omdat de koper het cognossement niet onder zich had, deelde de koper aan de vervoerder mee dat hij te zijner tijd het cognossement van de bank zal ontvangen. De overgave van het cognossement door de bank aan de vervoerder was daarom bedoeld ten behoeve van de inkling. De inkling werd verder verricht in naam

85. Dat volgt uit de toen geldende Douanememo 2000.

van de koper.⁸⁶ Uit dit feitencomplex volgt dat de vervoerder niet de bank als zijn opdrachtgever kon zien, maar slechts de koper. Het feit dat de bank aan de vervoerder de instructie gaf om de documenten ter beschikking van hem te houden totdat de goederen zijn ingeklaard doet hieraan niet af.

Klaarblijkelijk meent het hof, en de Hoge Raad neemt dit over, dat de bank met laatstgenoemde instructie wel betrokken raakt bij de inkleding, maar dat dit niet afdoet aan het feit dat de koper moet worden gekwalificeerd als opdrachtgever tot de inkleding. Het doet dan ook niet meer ter zake met welke reden de bank deze instructie aan de vervoerder geeft. *In casu* was dit ter bewaking van zijn zekerheid, maar dat doet niet af aan het feit dat niet de bank, maar de koper opdrachtgever is. Het hof in *EWL/Fortis* overweegt daarom dat ook in het geval een handelsbank, als Fortis, enige bemoeienis heeft met de op die zekerheden betrekking hebbende documenten, de bank nog niet gezien moet worden als opdrachtgever. Het is de koper Lefferts die de verpande goederen in een normale bedrijfsuitoefening heeft verkocht en van een uitwinning door Fortis is niet gebleken.

In de procedure is niet aan de orde geweest of de bank is toegetreden tot de vervoerovereenkomst. In het cassatiemiddel wordt hierover niets gesteld, zodat in cassatie dit punt niet behoefde te worden behandeld. Het is ook geen ter zake doende vraag omdat de kosten van inkleding in dit geval geen deel uitmaakten van de vervoerovereenkomst.⁸⁷ Wel zou Fortis dan eventueel voor andere kosten uit de vervoerovereenkomst aangesproken kunnen worden, zoals vracht, overliggeld, enzovoort. Het is dit punt waaraan ik aandacht wil schenken.

De bank treedt naar mijn mening niet toe tot de vervoerovereenkomst wanneer zou worden aangenomen dat er sprake was van omzetting van een stil pandrecht in een vuistpandrecht. In artikel 3:237 lid 3 BW is de rechtsregel opgenomen dat de pandhouder bevoegd is te vorderen dat het stil verpande goed in zijn macht wordt gebracht in het geval de pandgever in zijn verplichtingen jegens de pandhouder tekortschiet of er goede grond bestaat voor de vrees dat de pandgever in zijn verplichtingen tekort zal schieten. Gesteld dat er sprake was van een stil pandrecht op het cognossement, dan had de bank bij omzetting het cognossement onder zich gekregen. Het enkele houden van een cognossement brengt echter in beginsel nog niet met zich mee dat toegetreden wordt tot de vervoerovereenkomst.⁸⁸ Van toetreding is pas sprake op het moment dat de rechten uit het cognossement worden uitgeoefend.

In *EWL/Fortis* kan echter wel worden aangenomen dat de bank is toegetreden tot de vervoerovereenkomst.⁸⁹ De bank probeerde hier grip te houden op de lading en daarmee ook zijn pandrecht te behouden. Dat betekende dat hij instructie gaf aan de vervoerder wanneer hij de lading mocht uitleveren aan een derde, *in casu* de subkoper. Daarmee vordert de bank dat de vervoerder overgaat tot aflevering van

86. R.o. 1.7 en 2.3 van het hof, waar staat dat EWL de cognossementen steeds aan de derden die voor de inkleding zouden zorgdragen, toezond met de mededeling 'namens onze opdrachtgever Lefferts' of 'op naam van Lefferts'.

87. In *EWL/Fortis* gaf de koper immers een aparte opdracht aan de vervoerder om over te gaan tot het inklaan van de lading. Dat was niet nodig geweest indien deze verplichting van de vervoerder deel uitmaakte van de vervoerovereenkomst. Anders: Zwitser 2004, p. 272-273, die stelt dat de kosten van inkleding wel deel uitmaken van de vervoerovereenkomst.

88. Zwitser 2000a, p. 42. Uiteraard kan een *merchant clause* onder omstandigheden met zich meebrengen dat de cognossementhouder wel aangesproken kan worden uit de vervoerovereenkomst.

89. Zwitser 2004, p. 270-271. Zwitser 2005. Zwitser 2006a, p. 84-85.

de zaken en oefent daarmee de rechten uit de vervoerovereenkomst uit. Aangenomen kan daarom worden dat de bank inderdaad is toegetreden tot de vervoerovereenkomst.⁹⁰

7.4 Conclusie

Uit dit hoofdstuk kan de gevolgtrekking worden gemaakt dat de bank, die een pandrecht op een cognossement heeft gevestigd, gemakkelijk betrokken raakt bij de aflevering van de lading. In beginsel heeft de bank hier niets mee van doen. Banken handelen immers in documenten en niet in zaken. In de praktijk blijkt de bank echter niet geheel buiten de goederenstroom te staan. Het is immers ook in het belang van de bank dat de zaken niet onder de vervoerder blijven liggen, maar worden verwerkt of verhandeld door de koper. Op die manier kan de koper inkomsten genereren, waarmee hij zijn schuld aan de bank kan voldoen. De bank zal de koper daarom soms ter wille zijn, maar wil daarbij twee klippen vermijden. Enerzijds wil hij niet zijn zekerheid op het cognossement opgeven, anderzijds wil hij niet betrokken raken bij de vervoerovereenkomst. In dit hoofdstuk zijn enkele manieren opgesomd waarmee deze moeilijkheden worden vermeden.

De bank kan het cognossement aan de koper overgeven onder vestiging van een stil pandrecht. De wet regelt het stil pandrecht op rechten aan toonder en op naam, maar niet aan order (3:237 BW). In dit hoofdstuk is verdedigd dat een recht aan order ook stil verpand moet kunnen worden. Om twijfel uit te sluiten doet de wetgever er goed aan het stil pandrecht op rechten aan order expliciet te regelen. Ook zonder wetswijziging acht ik het echter mogelijk dat partijen een stil pandrecht op een ordercognossement kunnen vestigen. Bij een stil pandrecht op cognossement blijft de bank buiten de vervoerovereenkomst, omdat het de koper is die aflevering van de vervoerder vordert en niet de bank (8:441 BW).

De bank kan het cognossement ook overgeven aan een derde die het cognossement voor de bank gaat houden. Met name kan hier worden gedacht aan de ontvangstexpediteur van de koper. De ontvangstexpediteur houdt het cognossement dan voor de bank, als pandhouder, en de koper, als eigenaar. Het pandrecht blijft in dat geval behouden. Gaat de ontvangstexpediteur over tot presentatie van het cognossement in eigen naam, dan is het alleen de expediteur en niet de bank die toetreedt tot de vervoerovereenkomst. De bank kan vervolgens na de aflevering aan de ontvangstexpediteur op een voor hem gelegen ogenblik toestemming geven om de lading vrij te geven aan de koper.

De koper kan de lading willen doorverkopen aan een derde. De bank kan het cognossement dan overhandigen aan een subkoper. Om te voorkomen dat het pandrecht tenietgaat, moet de bank wel met de subkoper overeenkomen dat die het cognossement voor de bank gaat houden. De bank blijft in dat geval een middellijk houder met een pandrecht op cognossement. De subkoper die in eigen naam het cognossement presenteert, raakt gebonden aan de vervoerovereenkomst, maar de bank blijft erbuiten. Overeengekomen kan verder worden dat de subkoper de koopprijs zal voldoen op een betaalrekening die de koper aanhoudt bij de bank. In dat geval zal de bank zich uit de opbrengst kunnen voldoen.

90. Het ogenblik van toetreding tot de vervoerovereenkomst lag dus niet op het ogenblik dat de bank het cognossement aan de vervoerder overgaf, maar op het moment dat de bank de zaken vrijgaf.

In *EWL/Fortis* zien we de bank gebruikmaken van weer een andere manier. Hij houdt daarbij het cognossement (middellijk) onder zich en geeft instructie aan de vervoerder op welk moment hij mag afleveren aan de subkoper. Deze handelwijze betekent echter dat de bank aflevering vordert van de vervoerder (8:441 BW). Daarmee raakt de bank gebonden aan de vervoerovereenkomst en raakt hij aansprakelijk voor de eventuele kosten van vervoer. Deze manier valt daarom niet aan te raden aan banken die niet betrokken willen raken bij de vervoerovereenkomst. Wanneer we bovenstaande mogelijkheden overzien, dan moet worden geconcludeerd dat er voldoende mogelijkheden bestaan om het pandrecht van de bank te behouden, zonder dat het handelsverkeer erdoor stopt. Het effect van een pandrecht op cognossement is daarmee niet contrair aan de eisen van een vlot handelsverkeer.

Hoofdstuk 8

Slotbeschouwing

8.1 Inleiding

Handel draagt bij aan de welvaart in een samenleving.¹ Van belang is daarom dat verkeer van goederen mogelijk is en waar mogelijk wordt bevorderd. Anders gezegd: de handel heeft baat bij een vlot handelsverkeer.² Met de term ‘vlot handelsverkeer’ wordt bedoeld op het ideaal dat roerende zaken snel en zonder haperen van hand tot hand worden doorgegeven om uiteindelijk bij de koper aan te komen. De goederenstroom dient onderweg zo min mogelijk te stikken. Naast het genoemde algemene belang, namelijk de bevordering van welvaart, is een vlot handelsverkeer ook in het belang van de deelnemers aan het handelsverkeer. In de eerste plaats is een vlot handelsverkeer in het belang van de koper van de zaken: hij zal dan immers de gekochte zaken spoedig ontvangen en kan ze vervolgens gebruiken, verbuiken of verder verhandelen. In de tweede plaats is een vlot handelsverkeer in het voordeel van de logistieke dienstverlener of bank. Door goederen snel door te geven aan een volgende schakel hebben zij weer ruimte om een volgende zending in ontvangst te nemen. Op deze manier kunnen zij inkomsten genereren.

Het belang van een vlot handelsverkeer kan echter worden doorkruist door de belangen van de individuele deelnemers aan het handelsverkeer. Het gaat dan om het belang van de verkoper en de koper, de logistieke dienstverleners en banken. In dit boek staat centraal de afweging van het belang van een vlot handelsverkeer ten opzichte van de belangen van logistieke dienstverleners en banken in een specifieke situatie, namelijk bij de uitoefening van een zekerheidsrecht door de logistieke dienstverlener of bank.

Onderzocht is welke rol zekerheidsrechten vervullen in het handelsverkeer. Het betreft daarbij steeds de uitoefening van een pandrecht of retentierecht op een roerende zaak of cognossement. De onderzoeksvraag luidt als volgt: wat is de betekenis van het pand- en retentierecht in het handelsverkeer en moet hierin verandering worden gebracht? Daarbij komt ook aan de orde in hoeverre steeds een rechtvaardiging kan worden gevonden voor de verstoring van een vlot handelsverkeer door de uitoefening van een pand- of retentierecht.

Om een antwoord op de genoemde onderzoeksvraag te vinden, wordt gebruikgemaakt van drie deelvragen. In de eerste plaats moet worden bepaald wanneer en op welke wijze het pand- of retentierecht tot stand komt. Vanaf het moment van totstandkoming van het zekerheidsrecht bestaat immers de kans dat het handels-

1. Vgl. de preambule bij GATT 1947: ‘Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods’. Te raadplegen op wto.org.

2. Haak & Zwitser 2010, p. 3. Basedow 1987, p. 1: ‘Der Verkehr ist ein Lebensnerv der Gesellschaft’.

verkeer wordt verstoord doordat de schuldeiser de bevoegdheid heeft zijn zekerheidsrecht in te roepen. In de tweede plaats komt aan de orde op welk moment het pand- of retentierecht eindigt. Vanaf dat moment is de kans op verstoring van het handelsverkeer ten einde. In de derde plaats wordt bekeken voor welke vorderingen het pand- of retentierecht kan worden ingeroepen en jegens wie het kan worden uitgeoefend. Het gaat dan om de ernst van de mogelijke inbreuk op het handelsverkeer.

Komt het zekerheidsrecht tot stand en wordt het aan een wederpartij of derde tegengeworpen, dan wordt daarmee de omloopsnelheid van de goederen vertraagd ten gunste van bescherming van de zekerheidshouder. Er wordt iets ingeleverd op het vlot handelsverkeer. Dat is temeer het geval wanneer het zekerheidsrecht niet alleen voor vorderingen die betrekking hebben op het goed dat de logistieke dienstverlener of bank onder zich heeft, kan worden ingeroepen, maar ook voor vorderingen die betrekking hebben op andere goederen. Hoe meer zekerheid, hoe groter het effect op het handelsverkeer. Een vlot handelsverkeer is in ieder geval weer mogelijk op het moment dat het zekerheidsrecht eindigt.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 8.2 worden de bovengenoemde deelvragen beantwoord aan de hand van voorgaande hoofdstukken. Geconcludeerd wordt dat het huidige recht over het algemeen een bevredigende regeling geeft. Aan het einde van deze paragraaf doe ik niettemin enkele voorstellen tot wijziging van het huidige recht. Paragraaf 8.3 houdt deze conclusies in het licht van Europese ontwikkelingen op het gebied van zekerheidsrechten, in het bijzonder wordt daarbij ingegaan op de *Draft Common Frame of Reference*. Daaruit wordt een trend zichtbaar waarin het pand- en retentierecht naar elkaar toegroeien. Dit zou in de toekomst wellicht kunnen uitmonden in één wereldwijd uniform zekerheidsrecht.

8.2 Zekerheidsrechten in een vlot handelsverkeer

8.2.1 Opzet van het onderzoek

In de praktijk maken logistieke dienstverleners en banken gebruik van twee verschillende zekerheidsrechten: een pandrecht en retentierecht. Een pandrecht wordt bedongen in de algemene voorwaarden. In de algemene voorwaarden van logistieke dienstverleners is steeds ook een retentierecht opgenomen. Ik heb dit retentierecht aangeduid als een contractueel retentierecht. Tenslotte kan een retentierecht van rechtswege tot stand komen. Ik gebruik hiervoor de term wettelijk retentierecht. Zowel logistieke dienstverleners als banken kunnen een beroep doen op een dergelijk wettelijk retentierecht.³

In de vervoersrechtelijke verdragen zijn genoemde zekerheidsrechten niet geregeld, maar zijn overgelaten aan nationaal recht.⁴ De in het onderzoek betrokken landen, Nederland, Engeland en Duitsland, kennen de drie genoemde zekerheidsrechten, alhoewel er verschillen bestaan in de wijze waarop de zekerheidsrechten zijn geregeld.

Naar Nederlands recht bestaan tussen de genoemde zekerheidsrechten belangrijke verschillen. Het wettelijke en contractuele retentierecht en het pandrecht kennen

3. Hoofdstuk 1, § 1.2.

4. Hoofdstuk 2, § 2.2.1, § 2.3.1 en § 2.4.1.

ieder een andere inhoud. Het contractuele retentierecht en het wettelijke retentierecht komen op eenvoudiger wijze tot stand dan het pandrecht. De reden hiervoor zit in de eis van beschikkingsbevoegdheid van de pandgever die voor de inpandgeving is vereist. Anders dan het wettelijke retentierecht en het pandrecht kan het contractuele retentierecht niet aan derden worden tegengeworpen. Het contractuele retentierecht mist ook voorrang. Een wettelijk retentierecht kan niet altijd worden uitgeoefend voor alle vorderingen die de schuldeiser heeft op de schuldenaar; het contractuele retentierecht en het pandrecht kunnen voor alle vorderingen worden ingeroepen, voor zover dat met de wederpartij overeengekomen is.

Naast de genoemde verschillen bestaan tussen de zekerheidsrechten ook belangrijke overeenkomsten. Een eerste overeenkomst is dat het zekerheidsrecht in beginsel pas kan worden ingeroepen op het moment dat de logistieke dienstverlener of de bank het goed in zijn macht heeft.⁵ Het zekerheidsrecht eindigt op het moment dat de zaak of het cognossement uit de macht van de zekerheidshouder geraakt. Een tweede overeenkomst is dat de genoemde zekerheidsrechten tot doel hebben zekerheid te bieden aan de schuldeiser in geval van verzuim van betaling door de schuldenaar.⁶ In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan de situatie dat de schuldenaar failliet is gegaan. Daarbij is steeds een onderscheid gemaakt tussen huidige vorderingen en oude vorderingen. Huidige vorderingen zijn vorderingen die betrekking hebben op de zaak die de schuldeiser onder zich heeft. Oude vorderingen zijn vorderingen op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad. Het zijn de genoemde overeenkomsten die het vertrekpunt zijn voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

Dit onderzoek zag op de vraag wat de rol is van zekerheidsrechten in het handelsverkeer. Het vereiste van de uitoefening van macht over een goed bakent de periode af waarin het zekerheidsrecht een inbreuk kan vormen op het handelsverkeer. Immers gedurende de tijd dat de logistieke dienstverlener of bank een roerende zaak of cognossement onder zich heeft, kan hij een contractueel of wettelijk retentierecht of een pandrecht inroepen. De ernst van de inbreuk komt naar voren in het vereiste voor welke vorderingen het zekerheidsrecht kan worden ingeroepen. Kan het zekerheidsrecht alleen voor huidige of ook voor oude vorderingen worden ingeroepen?

In dit onderzoek is als uitgangspunt genomen, dat het belang van het vlot handelsverkeer kan wijken voor het belang van een individuele deelnemer aan het handelsverkeer om zich op een zekerheidsrecht te beroepen. Ik heb daarom een aantal beginselen opgesomd die naar mijn mening rechtvaardigen dat het zekerheidsrecht kan worden ingeroepen.⁷

Een eerste beginsel is de instemming met een zekerheidsrecht. Daarbij kan worden gedacht aan de instemming van de schuldenaar met het zekerheidsrecht van de schuldeiser. Partijen hebben de vrijheid om een overeenkomst in te richten op de wijze die zij wensen en hebben daarom ook de vrijheid om een zekerheidsrecht te bedingen. Dit uitgangspunt betekent dat een retentierecht of pandrecht tegen de wederpartij in beginsel gerechtvaardigd is, ook als het gaat om de uitoefening van

5. Daarnaast moet uiteraard ook aan de andere vereisten zijn voldaan. Voor het stil pandrecht is geen macht vereist, zie hierna § 8.2.2.3. Zie over het vereiste van macht over de zaak, hoofdstukken 3 en 7.

6. Hoofdstuk 1, § 1.1.

7. Hoofdstuk 1, § 1.5.2.

een zekerheidsrecht voor oude vorderingen. Verder kan de eigenaar toestemming hebben gegeven om de zaak over te geven aan een derde. Deze toestemming rechtvaardigt dan de derdenwerking van een retentierecht jegens de oudere derde. Een tweede belangrijk beginsel is de publiciteit. De uitoefening van macht over een goed brengt met zich mee dat aan derden kenbaar is of moet zijn dat het goed onder een logistieke dienstverlener of bank ligt. Derden dienen er daarom rekening mee te houden dat de schuldeiser een zekerheidsrecht inroepen kan.

Een derde beginsel is het vertrouwensbeginsel. Derden dienen beschermd te worden, indien ze het bestaan van het zekerheidsrecht niet kunnen kennen.

Een vierde beginsel is het verkeersbelang. Dit komt vooral naar voren bij het cognossement. Het cognossement is bedoeld om zaken gemakkelijk verhandelbaar te maken. Dit brengt met zich mee dat derden eerder beschermd dienen te worden dan gewoonlijk het geval is.

Aan de hand van de genoemde vier beginselen kan nader worden ingevuld in welke omstandigheden een beroep op een zekerheidsrecht toegestaan dient te worden. In het vervolg van deze paragraaf wordt dit verder uitgewerkt. In paragraaf 8.2.2 wordt ingegaan op de macht over de zaak. Zolang de macht over een zaak wordt uitgeoefend, kan immers een zekerheidsrecht worden ingeroepen. Paragraaf 8.2.3 is een uitwerking van de vraag voor welke vorderingen het zekerheidsrecht kan worden ingeroepen. Daartoe moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat het zekerheidsrecht aan de wederpartij wordt tegengeworpen of aan een derde. Onder omstandigheden kunnen meerdere logistieke dienstverleners of banken tegelijkertijd een beroep doen op een zekerheidsrecht. Daarom wordt in paragraaf 8.2.4 uiteengezet wat hun onderlinge rangorde is. In paragraaf 8.2.5 som ik de resultaten van het onderzoek op. Er wordt inzichtelijk gemaakt in hoeverre de resultaten in overeenstemming zijn met het geldende recht en waar wijziging noodzakelijk is. Mijn conclusie zal zijn, dat de huidige regeling van de genoemde zekerheidsrechten voor het grootste deel in overeenstemming is met het belang van een vlot handelsverkeer.

8.2.2 Ontstaan en eindigen van het zekerheidsrecht

8.2.2.1 *Onmiddellijke macht over zaak of cognossement*

De uitoefening van macht over een goed vormt de grond en grens van het zekerheidsrecht. Om een pandrecht of retentierecht te kunnen uitoefenen, dienen de zaken in de macht van de zekerheidshouder te worden gebracht.⁸ Het goed moet dus uit de macht van de schuldenaar of rechthebbende worden gehaald en in de macht van de schuldeiser zijn gebracht. De uitoefening van de macht over de zaak als rechtsgrond van het zekerheidsrecht is in overeenstemming met de handelwijze van logistieke dienstverleners. De logistieke dienstverlener kan immers slechts in het geval hij de zaak onder zich heeft een prestatie aan de zaak verrichten. Het is daarom billijk dat hij in het geval van uitoefening van macht over een zaak een zekerheidsrecht kan inroepen. Hetzelfde geldt voor de bank die een pandrecht op het cognossement wil uitoefenen. Bij een documentair krediet zal de bank het

8. Dit volgt voor het vuistpandrecht uit art. 3:236 BW en voor het wettelijke retentierecht uit art. 3:290 BW. Het object van het zekerheidsrecht wordt behandeld in hoofdstuk 3, § 3.2.

cognossement pas in zijn macht krijgen nadat hij heeft betaald aan de begunstigde uit het krediet. Het verkrijgen van de macht over het cognossement is het gevolg van het uitvoeren van een bepaalde prestatie en rechtvaardigt daarmee een zekerheidsrecht. De macht als grond voor het ontstaan van een zekerheidsrecht is daarom in overeenstemming met het handelsverkeer. Het handelsverkeer wordt daardoor niet onnodig gehinderd, omdat de logistieke dienstverlener of bank het goed toch al onder zich zal krijgen uit hoofde van zijn werkzaamheden, zoals vervoer, bewaarneming, financiering, enzovoort.

Eveneens is in overeenstemming met de eisen van het handelsverkeer het moment waarop het zekerheidsrecht eindigt. Dat is het moment waarop het goed uit de macht van de zekerheidshouder geraakt, bijvoorbeeld omdat een vervoerder de lading overgeeft aan de ontvangstexpediteur of omdat de bank het cognossement overgeeft aan zijn opdrachtgever, de koper.⁹

Het handelsverkeer wordt pas verstoord op het moment dat de logistieke dienstverlener of bank weigert de zaak of het cognossement af te geven. Een vervoerder weigert bijvoorbeeld de zaak af te geven aan de koper omdat de vracht nog niet is betaald. Op dat ogenblik stopt de goederenstroom. De vraag is dan onder welke omstandigheden de schuldeiser het goed moet vrijgeven aan de wederpartij of een derde. Dat komt aan de orde in paragraaf 8.2.3. Hier kan alvast worden geconstateerd dat in ieder geval een zekerheidsrecht voor vorderingen aan de zaak gerechtvaardigd lijkt, zolang de schuldeiser de macht over de zaak op rechtmatige wijze heeft verkregen.¹⁰ De macht over een zaak rechtvaardigt echter niet altijd het inroepen van een zekerheidsrecht voor oude vorderingen.

8.2.2.2 *Middellijke macht over zaak of cognossement*

Een zekerheidsrecht kan ook worden ingeroepen in het geval de schuldeiser de middellijke macht over een zaak uitoefent. Het is dan een ander die de zaak voor hem houdt.¹¹ Een voorbeeld is de onderbewaarnemer die de opgeslagen zaken houdt voor de hoofdbewaarnemer.

In de vorige paragraaf (§ 8.2.2.1) werd aangegeven dat de uitoefening van onmiddellijke macht over een zaak als rechtsgrond van het zekerheidsrecht in overeenstemming is met de eisen van een vlot handelsverkeer, omdat de schuldeiser de zaak toch al onder zich zal krijgen doordat hij een bepaalde prestatie ten aanzien van de zaak moet verrichten. Naar mijn mening is van middellijke macht over een zaak alleen sprake in gevallen die met deze ratio in overeenstemming zijn. Daarbij zijn twee gevallen te onderscheiden.¹² In het eerste geval verbindt de middellijke houder zich tot het verrichten van een prestatie aan de zaak, maar laat hij dit feitelijk uitvoeren door een derde. Er wordt dus gebruikgemaakt van een hulppersoon. Een voorbeeld is de vervoerder die met de afzender overeenkomt dat hij de lading zal vervoeren, maar dit feitelijk laat doen door een ondervoerder. In dergelijke gevallen is de middellijke houder aansprakelijk in het geval er iets met de zaak

9. Vgl. art. 3:258 BW voor het vuistpandrecht en art. 3:294 BW voor het retentierecht. Zie over deze bepalingen, hoofdstuk 3, § 3.3. Voor het cognossement, hoofdstuk 7, § 7.2.

10. Hoofdstuk 3, § 3.3.

11. Hoofdstuk 3, § 3.4.

12. Voor de middellijke macht over een zaak, hoofdstuk 3, § 3.4-7. Voor de middellijke macht over een cognossement, hoofdstuk 7, § 7.3.

gebeurt. Hij blijft dus volledig verantwoordelijk voor het verrichten van de prestatie aan de zaak. Dat betekent dat hij daarvoor ook zekerheid moet kunnen verkrijgen in het geval zijn wederpartij, de schuldenaar, in verzuim komt met de betaling van de verschuldigde som.

In het tweede geval verricht de middellijke houder zelf een prestatie ten behoeve van de zaak zonder dat hij de zaak direct onder zich heeft. Dit komt het meest voor in de situatie waarbij een cognossement in omloop is. De schuldeiser die een pandrecht op het cognossement heeft bedongen, is immers niet anders dan een middellijk houder van de zaken.¹³ Een voorbeeld is de verpanding van het cognossement aan een bank als tegenprestatie voor een door de bank verleend krediet aan de koper. Door middel van het krediet kan de koper de zaak kopen. Tot zekerheid verkrijgt de bank dan een pandrecht op het cognossement en oefent daarmee tevens de middellijke macht uit over de zaak. Daarnaast kunnen de verzend- en ontvangstexpediteur een cognossement onder zich krijgen. Omdat genoemde personen een prestatie ten aanzien van de zaken verrichten, is het gerechtvaardigd dat zij, indien overeengekomen, een pandrecht op het cognossement verkrijgen. In *Heliopolis Star* kwam het pandrecht van de verzendexpediteur op cognossement niet tot stand.¹⁴ Naar mijn mening had dat, naar gewenst recht, anders moeten zijn, zoals ik hierna uiteen zal zetten (§ 8.2.2.4).

Buiten de genoemde gevallen dient echter niet te worden aangenomen dat er sprake is van middellijke macht. Een zekerheidsrecht komt dan ook niet tot stand. Een voorbeeld is de expediteur die de zaak overgeeft aan de bewaarnemer. In beginsel verliest hij daarmee de middellijke macht over de zaak en daarmee eindigt zijn zekerheidsrecht. Dit is gerechtvaardigd omdat de expediteur zelf geen prestatie aan de zaak verricht. Een andere opvatting brengt bovendien met zich mee dat een derde die de zaak opeist meerdere zekerheidsrechten tegengeworpen kan krijgen. Het gevaar bestaat dat de vordering waarvoor zekerheid wordt uitgeoefend de waarde van de zaak overstijgt.¹⁵

8.2.2.3 *Zekerheid zonder macht over de zaak*

Zekerheid kan soms worden verkregen zonder dat er sprake is van macht over de zaak. Er is dan geen sprake van een verband tussen het verrichten van een prestatie met betrekking tot de zaak en de totstandkoming van een zekerheidsrecht. Ik neem daarom aan dat bezitloze zekerheidsrechten in beginsel in strijd zijn met het belang van een vlot handelsverkeer. Op deze hoofdregel zijn enkele uitzonderingen te maken.

Het bekendste voorbeeld van een zekerheidsrecht zonder macht over de zaak is het stil pandrecht. Een voorbeeld is de bank die een stil pandrecht bedingt in het kader van kredietverlening. De bank verricht hiermee een dienst ten behoeve van de pandgever, namelijk kredietverlening, en verkrijgt hiervoor zekerheid. Een andere situatie is de bank die een stil pandrecht bedingt op een cognossement. Dat heeft als voordeel dat de koper het cognossement onder zich kan krijgen en ook

13. Hoofdstuk 6, § 6.3. Hetzelfde geldt voor de uitoefening van een retentierecht op cognossement, hoofdstuk 3, § 3.2.

14. HR 27 januari 1995, *NJ* 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; *S&S* 1995, 40 (*Heliopolis Star*). Over dit arrest, hoofdstuk 6, § 6.2.

15. Hoofdstuk 3, § 3.6.

kan presenteren aan de vervoerder. De vervoerder zal daarop de lading afleveren aan de koper. Op deze wijze kan de goederenstroom blijven doorgaan, terwijl de bank zijn zekerheid behoudt. Het stil pandrecht is in deze situaties in overeenstemming met een vlot handelsverkeer.¹⁶

Logistieke dienstverleners nemen in hun algemene voorwaarden geen stil pandrecht op. Het lijkt ook niet wenselijk dat zij in de toekomst hiertoe zouden overgaan. Het betekent immers dat logistieke dienstverleners zekerheid behouden nadat zij de zaak hebben doorgegeven aan een volgende schakel in de logistieke keten. Het gevaar bestaat dat daarmee gestapelde zekerheden kunnen ontstaan. De onmiddellijke houder van de zaak kan immers in ieder geval een retentierecht inroepen, terwijl de vorige schakel uit de logistieke keten zich op een stil pandrecht kan beroepen. Het risico bestaat dat de zaak hiermee te zwaar wordt belast. De rechter doet er daarom naar mijn mening goed aan een dergelijk beding van stil pandrecht rechtsgevolg te onthouden door middel van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW).¹⁷

In de praktijk kunnen logistieke dienstverleners ook op andere wijze zekerheid verkrijgen zonder macht over de zaak. Dit kunnen zij doen door met de laatste schakel in de logistieke keten af te spreken, dat die een retentierecht zal uitoefenen voor vorderingen van alle voorgaande schakels. Ook in een dergelijke situatie wordt de koper geconfronteerd met een retentierecht voor vorderingen waarbij hij niet betrokken is; een dergelijke ontwikkeling moet daarom worden tegengegaan. Opnieuw kan de rechter een dergelijk contractueel bedongen retentierecht inperken met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW).¹⁸

Slechts onder bijzondere omstandigheden lijkt een dergelijk beding toelaatbaar. Illustratief is het oneigenlijke doorvervoer (*false through carriage*).¹⁹ Een gedeelte van het vervoertraject wordt daarbij uitgevoerd door de doorvervoerder, die vervolgens als expediteur voor het volgende gedeelte van het vervoertraject een vervoerovereenkomst sluit met de opvolgende vervoerder. De doorvervoerder verliest de macht over de zaken vanaf het ogenblik dat hij de lading overgeeft aan de opvolgende vervoerder. De doorvervoerder kan dan geen retentierecht meer inroepen. In het cognossement kan echter zijn opgenomen dat de opvolgende vervoerder de lading pas aflevert indien de kosten voor het gehele vervoertraject worden voldaan. Een dergelijk beding lijkt in overeenstemming met het belang van een vlot handelsverkeer. Het ligt immers voor de hand om de kosten van vervoer pas te voldoen aan het einde van het vervoertraject. De ladingontvanger kan daarbij uit het cognossement opmaken welke kosten hij verschuldigd is.

16. Hoofdstuk 7, § 7.2.

17. Hoofdstuk 3, § 3.6. Ook kan worden aangevoerd dat een dergelijk beding van stil pandrecht onredelijk bezwarend is (6:233 BW).

18. Hoofdstuk 2, § 2.4.6. Hoofdstuk 3, § 3.6. Hoofdstuk 5, § 5.2. Ook kan worden aangevoerd dat een dergelijk beding van stil pandrecht onredelijk bezwarend is (6:233 BW).

19. Zie hoofdstuk 3, § 3.6 en hoofdstuk 4, § 4.2.4. Opgemerkt wordt dat tegenwoordig in plaats van doorvervoer veelal multimodaal vervoer plaatsvindt.

8.2.2.4 De rol van het endossement bij ordercognossementen

Hiervoor is ingegaan op het vereiste van de macht over een zaak of cognossement als voorwaarde voor de totstandkoming van het zekerheidsrecht. Voor de totstandkoming van een pandrecht op een ordercognossement is het echter niet alleen noodzakelijk dat het cognossement in de macht van de pandhouder wordt gebracht, maar is tevens endossement vereist (3:236 BW; 3:93 BW).

Het vereiste van endossement verhindert in sommige gevallen de totstandkoming van het pandrecht, ook in gevallen waarin een logistieke dienstverlener het cognossement op rechtmatige wijze onder zich heeft gekregen en de rechthebbende heeft ingestemd met de totstandkoming van een pandrecht. Een voorbeeld is het arrest *Heliopolis Star*, waar een verzendexpediteur geen pandrecht op het ordercognossement verkreeg omdat niet aan hem was geëndosseerd. Dat kon ook niet, omdat de verzendexpediteur het cognossement had ontvangen van de vervoerder. In zijn algemene voorwaarden met de eigenaar had hij echter een rechtsgeldig pandrecht bedongen. Soms wordt ook verkeerd geëndosseerd, de verkoper endosseert bijvoorbeeld per ongeluk aan de koper in plaats van de bank. De bank kan dan naar geldend recht geen pandrecht op het cognossement verkrijgen.

Naar gewenst recht is daarom betoogd dat het endossement geen goederenrechtelijke rol meer dient te vervullen, maar nog uitsluitend dient als bewijs van recht. Ik heb uiteengezet dat het cognossement moet worden behandeld als een roerende zaak, zodat het voldoende is dat het cognossement in de macht van de pandhouder wordt gebracht om het pandrecht tot stand te doen komen.²⁰

Het kernargument gaat als volgt. Het pandrecht op cognossement heeft twee rechtsgevolgen: de cognossementhouder kan het recht op aflevering van de zaken uitoefenen en hij verkrijgt tevens, voor zover overeengekomen, een pandrecht op de zaken. De heersende leer gaat er vanuit dat het recht op aflevering pas kan worden uitgeoefend op het moment dat de cognossementhouder toetreedt tot de vervoerovereenkomst (meestal na presentatie van het cognossement aan de vervoerder). Het cognossement bevat een derdenbeding ten gunste van de cognossementhouder. Na aanvaarding van het beding wordt de cognossementhouder partij bij de vervoerovereenkomst en kan hij aflevering van de zaken vorderen. Aan de cognossementhouder wordt dus niet een bestaand recht overgedragen of verpand, maar hij krijgt door de aanvaarding van het derdenbeding een eigen recht op aflevering van de vervoerder. Daarom zou consequent genomen ook niet artikel 3:93 BW op orderpapieren toegepast moeten worden, omdat dit artikel ziet op de levering van een recht aan order en er wordt nu juist (in de heersende leer van het derdenbeding) geen recht geleverd.

Ook voor de vestiging van een pandrecht op de zaken is artikel 3:93 BW niet het aangewezen artikel. De wijze van vestiging waarop een pandrecht op de roerende zaken tot stand komt, is een *traditio longa manu* (3:115 sub c BW). Hieruit moet men concluderen dat, naar gewenst recht, men voor de levering van een orderpapier ook niet artikel 3:93 BW moet toepassen,

20. Hoofdstuk 6, § 6.2.

maar artikel 3:90 BW. Een orderpapier is dan immers net als ieder ander papier een roerende zaak en wordt geleverd door middel van bezitsverschaffing (3:90 BW), dan wel verpand door machtsverschaffing (3:236 BW).

De genoemde opvatting brengt naar gewent recht met zich mee dat een ieder die een bepaalde prestatie verricht en uit dien hoofde het cognossement onder zich krijgt daarvoor ook zekerheid verkrijgt, zelfs als het endossement ontbreekt. Naar geldend recht is een endossement wel vereist om een pandrecht op een ordercognossement tot stand te doen komen. Verdedigd is dat de eis van endossement niet in de weg staat aan de toepassing van de directe leer op ordercognossementen (3:110 BW). Dit leerstuk is van belang voor de bank die het cognossement, uit hoofde van een documentair krediet, van de verkoper ontvangt. De bank wil dit cognossement niet voor zichzelf houden maar voor zijn opdrachtgever, de koper. In het endossement wordt echter uitsluitend de bank aangewezen en niet de koper. De vraag is dan of de koper rechthebbende kan worden op het cognossement. Ik heb betoogd dat het endossement niet in de weg staat aan toepassing van de directe leer uit artikel 3:110 BW, zodat de bank pandhouder en de koper rechthebbende wordt op het cognossement.²¹

8.2.3 Vorderingen waarvoor het zekerheidsrecht wordt uitgeoefend

8.2.3.1 *Uitoefening van het retentierecht jegens de contractuele wederpartij*

Zolang een schuldeiser het goed in zijn macht heeft, kan hij een zekerheidsrecht op het goed uitoefenen, hetzij een pandrecht, hetzij een retentierecht. Daarmee is een inbreuk op het handelsverkeer mogelijk. In het geval de schuldeiser daadwerkelijk een zekerheidsrecht uitoefent, moet worden bepaald voor welke vorderingen hij het zekerheidsrecht inroept. Het gaat daarmee om de ernst van de inbreuk op het handelsverkeer. Daarover gaat deze paragraaf. Verondersteld wordt daarbij steeds dat een contractueel of wettelijk retentierecht of een pandrecht tot stand is gekomen.

De vraag voor welke vorderingen het zekerheidsrecht kan worden ingeroepen, hangt samen met de vraag jegens wie het zekerheidsrecht wordt ingeroepen. Een contractueel retentierecht kan uitsluitend aan de contractuele wederpartij worden tegengeworpen. Een wettelijk retentierecht kan niet alleen aan de wederpartij (6:52 BW), maar ook aan oudere en jongere derden (3:291 BW) worden tegengeworpen. Een pandrecht kan zowel ten opzichte van de schuldenaar als ten opzichte van derden worden ingeroepen. In deze subparagraaf (§ 8.2.3.1) gaat het om de uitoefening van een contractueel of wettelijk retentierecht tegen de wederpartij. De volgende subparagraaf (§ 8.2.3.2) betreft de uitoefening van een retentierecht jegens oudere en jongere derden, terwijl het in subparagraaf 8.2.3.3 gaat om de uitoefening van een pandrecht. In paragraaf 8.2.4 wordt ten slotte ingegaan op situaties waarin meerdere zekerheidsrechten op de zaak worden uitgeoefend en wat de onderlinge rangorde van deze zekerheidsrechten is.

21. Hoofdstuk 6, § 6.4.

In deze paragraaf staat centraal het contractuele en wettelijke retentierecht tussen partijen. In beginsel mogen partijen hun rechtsrelatie vormgeven op de wijze die zij wensen, er bestaat immers contractsvrijheid. Met dit uitgangspunt is in overeenstemming het retentierecht dat de logistieke dienstverlener bedingt in zijn algemene voorwaarden. De schuldeiser kan het retentierecht uit zijn algemene voorwaarden immers inroepen in het geval zijn wederpartij heeft ingestemd met de algemene voorwaarden.²² Tussen beide partijen kan dan ook zijn overeengekomen dat de schuldeiser een retentierecht inroept niet alleen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak, maar ook voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad. Een logistieke dienstverlener mag daarom in beginsel voor alle vorderingen die hij heeft uitstaan op zijn contractuele wederpartij een retentierecht uitoefenen. Het is duidelijk dat de uitoefening van een contractueel retentierecht het handelsverkeer kan verstoren. De verstoring van het handelsverkeer is hier echter gerechtvaardigd, omdat beide partijen ermee hebben ingestemd dat de logistieke dienstverlener zich op een zekerheidsrecht kan beroepen.²³

Hiermee in overeenstemming is het opschortingsrecht in artikel 6:52 BW. Dit artikel geeft de bevoegdheid om een opschortingsrecht in te roepen voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die de schuldenaar onder zich heeft en voor vorderingen die voortvloeien uit zaken die partijen eerder met elkaar hebben gedaan. Het opschortingsrecht komt van rechtswege tot stand, het sluit echter aan bij de veronderstelde wil van partijen door een opschortingsrecht voor huidige en oude vorderingen toe te laten.²⁴

De vervoerrechtelijke retentierechten uit Boek 8 BW kennen een afwijkende regeling. Voor de expediteur en de vervoerder zijn bijzondere retentierechten opgenomen.²⁵ Het retentierecht van de vervoerder strekt zich uit voor hetgeen verschuldigd is ter zake van het vervoer van de zaken. Daarmee wordt alleen de bevoegdheid verleend om het retentierecht uit te oefenen voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die de vervoerder onder zich heeft en niet voor vorderingen op zaken die de vervoerder in het verleden onder zich heeft gehad. Het retentierecht van de expediteur kent ook de beperking tot huidige vorderingen. Deze beperking acht ik niet gerechtvaardigd in de rechtsverhouding tussen vervoerder en afzender en tussen expediteur en opdrachtgever. De wetgever rechtvaardigt niet waarom tussen contractspartijen moet worden afgeweken van de algemene regeling van de opschortingsrechten. De vervoerder en de expediteur kunnen zich behelpen met een contractueel retentierecht voor oude vorderingen. Bezwaar van deze oplossing is echter dat het contractuele retentierecht geen voorrang kent en niet aan derden kan worden tegengeworpen. Het is daarom gewenst dat de vervoerder of de expediteur zich kan beroepen op een wettelijk retentierecht. Betoogd is daarom dat de vervoerder en expediteur zich kunnen beroepen op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.²⁶

22. En aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (6:233-234 BW).

23. Hoofdstuk 1, § 1.5.2 en hoofdstuk 2, § 2.1.

24. Hoofdstuk 2, § 2.1.

25. Art. 8:30 BW (vervoer algemeen), 8:69 BW (expeditie), 8:489 BW (zeevervoer), 8:954 BW (binnenvaart) en 8:1131 BW (wegvervoer).

26. Hoofdstuk 2, § 2.4.5.

Het retentierecht van de zeevervoerder (8:489 BW) en uit de algemene regeling van het vervoer (8:30 BW) kent zelfs de beperking dat het niet kan worden ingeroepen voor alle vorderingen die betrekking hebben op de zaak. De vervoerder kan een retentierecht slechts inroepen voor vorderingen die *door de ontvanger* verschuldigd zijn. Ook deze inperking van het retentierecht heb ik bestreden.²⁷

De wetgever heeft bij de inperking van het retentierecht van de vervoerder tot huidige vorderingen het oog gehad op de bescherming van de ladingontvanger. Een ontvanger treedt namelijk toe tot de vervoerovereenkomst en wordt daarmee gebonden aan de bedingen uit de vervoerovereenkomst. Hij zal echter in het gewone geval niet betrokken zijn geweest bij vorderingen uit eerdere vervoerovereenkomsten die de vervoerder met de afzender heeft gesloten. De wetgever heeft het onwenselijk geacht dat de ontvanger een retentierecht krijgt tegengeworpen voor vorderingen waarbij hij niet is betrokken. Inderdaad dient de ladingontvanger te worden beschermd tegen een retentierecht voor hem onbekende vorderingen. De ladingontvanger kan meestal voor zijn toetreding tot de vervoerovereenkomst worden gekwalificeerd als een jongere derde. Zoals ik hierna zal uiteenzetten (§ 8.2.3.2) kan jegens de jongere derde soms alleen een retentierecht worden uitgeoefend voor huidige vorderingen. De wettelijke retentierechten in Boek 8 BW zijn daarmee in overeenstemming.

Omdat de ladingontvanger partij is geworden bij de vervoerovereenkomst kan hij worden geconfronteerd met een contractueel retentierecht voor huidige en oude vorderingen. De rechter kan in dat geval de uitoefening van een contractueel retentierecht tegen de ladingontvanger beperken door middel van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW).²⁸

8.2.3.2 Uitoefening van het retentierecht jegens derden

De wet verleent aan het wettelijke retentierecht derdenwerking. Het kan daarom aan oudere en jongere derden worden tegengeworpen (3:291 BW). Oudere derden zijn derden met een recht op de zaak dat voor de totstandkoming van het retentierecht van de schuldeiser is ontstaan. Jongere derden zijn derden die een recht op de zaak hebben verkregen nadat het retentierecht op de zaak tot stand is gekomen. Het retentierecht kan aan een oudere derde worden tegengeworpen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Hiervan wordt niet afgeweken bij de veroverrechtelijke retentierechten.²⁹

De beperking tot huidige vorderingen is in overeenstemming met het belang van een vlot handelsverkeer. De eigenaar heeft vrijwillig het onmiddellijke bezit van de zaak opgegeven en heeft wetenschap van het feit dat logistieke dienstverleners een bepaalde handeling aan de zaak zullen verrichten, bijvoorbeeld vervoer. Aangenomen mag daarom worden dat hij heeft ingestemd met de handeling aan de zaak. Dit rechtvaardigt dan ook de uitoefening van een retentierecht jegens de oudere derde indien hij de zaak opeist van de logistieke dienstverlener. De toestem-

27. Hoofdstuk 2, § 2.4.4.

28. Hoofdstuk 2, § 2.4.6.

29. Hoofdstuk 4, § 4.2.

ming zal zich in beginsel niet uitstrekken tot vorderingen waarbij de oudere derde niet betrokken is geweest.³⁰

In dit boek is betoogd dat soms mag worden aangenomen dat de toestemming van de oudere derde zich ook uitstrekt tot oude vorderingen. Het moet dan gaan om vorderingen op zaken die de schuldeiser in het verleden onder zich heeft gehad maar die steeds toebehoorden aan de oudere derde. Op zichzelf genomen is deze omstandigheid onvoldoende om de instemming van de oudere derde met een retentierecht voor oude vorderingen te construeren. Noodzakelijk is dat de oudere derde instemt met de dienstverlening door de schuldeiser. Dat zal het geval zijn wanneer de oudere derde zich bemoeit met de bedrijfsvoering van de schuldeiser. Zo komen situaties in de jurisprudentie voor dat de schuldeiser wil stoppen met de logistieke dienstverlening ten aanzien van een zaak omdat het risico bestaat dat hij niet wordt betaald door de schuldenaar, maar dat hij door de oudere derde wordt verzocht om zijn dienstverlening te blijven voortzetten. Hierin is een toestemming te zien door de oudere derde met het handelen van de logistieke dienstverlener aan zaken die toebehoren aan de oudere derde. Dat rechtvaardigt daarmee ook een retentierecht voor oude vorderingen.³¹

Het wettelijke retentierecht kan ook aan jongere derden worden tegengeworpen. Dit is geregeld in artikel 3:291 lid 1 BW. Voor het wettelijke retentierecht van de vervoerder en de expediteur moet dit in het wetsartikel worden ingelezen.³² Er is sprake van een belangrijk verschil tussen artikel 3:291 lid 1 BW en de vervoerrechtelijke retentierechten. De vervoerrechtelijke retentierechten laten een retentierecht slechts toe voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Artikel 3:291 lid 1 BW regelt echter een retentierecht voor alle vorderingen die de schuldeiser op zijn schuldenaar heeft uitstaan en strekt zich daarmee ook uit tot oude vorderingen. In dit boek heb ik bepleit dat het retentierecht zoveel mogelijk uniform met het pandrecht moet worden geregeld. In die gevallen waarin een pandrecht tot stand komt, kan een pandrecht steeds voor oude vorderingen worden uitgeoefend. In gevallen waarin een logistieke dienstverlener met een eigenaar³³ contracteert, acht ik het daarom billijk dat hij ook een retentierecht voor oude vorderingen aan de jongere derde kan tegenwerpen. De vervoerrechtelijke retentierechten zijn met dit uitgangspunt niet in overeenstemming. Omdat de expediteur en de vervoerder een pandrecht in hun algemene voorwaarden bedingen, kunnen zij zich redden met een pandrecht.

Als argument voor de aansluiting bij het pandrecht het volgende. Een verkoper heeft steeds de verplichting de zaak vrij van last over te dragen (7:15 BW). Rust op de zaak een pand- of retentierecht, dan heeft de koper steeds de mogelijkheid om de verkoper hiervoor aan te spreken. Bovendien zal de koper het zekerheidsrecht kunnen kennen, doordat de zaak zich niet in de macht van de eigenaar bevindt. Ik heb verdedigd dat in deze situatie het belang van de koper in beginsel is gewaarborgd, zodat het

30. Hoofdstuk 4, § 4.2.3.

31. Hoofdstuk 4, § 4.2.3.

32. Hoofdstuk 2, § 2.2.3, en hoofdstuk 4, § 4.3.1.

33. Of een koper onder eigendomsvoorbehoud.

belang van de logistieke dienstverlener bij het inroepen van zijn zekerheidsrecht dient voor te gaan.³⁴

Een uitzondering op het uitgangspunt dat de schuldeiser een retentierecht kan uitoefenen voor oude vorderingen wanneer met een eigenaar is gecontracteerd, komt naar voren in de situatie dat een cognossement in omloop is. In beginsel moet dan worden aangenomen dat iedere logistieke dienstverlener instemt met een vlotte verhandelbaarheid van de zaken op het moment dat een cognossement is afgegeven. Daarmee in overeenstemming is dat een retentierecht ten opzichte van een jongere derde slechts kan worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken en niet voor oude vorderingen. Een retentierecht kan slechts dan voor oude vorderingen worden uitgeoefend indien het retentierecht in het cognossement staat vermeld.³⁵

Het retentierecht kan ook slechts voor huidige vorderingen aan de jongere derde worden tegengeworpen indien de schuldeiser heeft gecontracteerd met een ander dan de eigenaar, bijvoorbeeld een andere logistieke dienstverlener. Een voorbeeld is de zeevervoerder die een vervoerovereenkomst sluit met een expediteur. In deze situatie acht ik het slechts toelaatbaar dat de zeevervoerder een retentierecht uitoefent voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak en niet voor oude vorderingen. Dit geldt voor alle situaties waarin een logistieke dienstverlener contracteert met een andere logistieke dienstverlener.³⁶ Artikel 3:291 lid 1 BW houdt met deze situatie ten onrechte geen rekening. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zal hier een te ruim retentierecht kunnen corrigeren.

Een verklaring biedt het navolgende. De verkoper heeft de verplichting de zaak vrij van last over te dragen (7:15 BW). Hij heeft echter geen inzicht in de verhouding die logistieke dienstverleners onderling hebben. Hij kan dan ook niet voorkomen dat een vordering van een bepaalde schuldeiser op zijn wederpartij hoog oploopt. Het lijkt dan onredelijk dat de koper verhaal kan zoeken op de verkoper in het geval hij een retentierecht van een logistieke dienstverlener tegengeworpen krijgt.³⁷ Omdat de koper een verhaalsmogelijkheid ontbeert, verdient zijn belang meer bescherming dan het belang van de logistieke dienstverlener die de vordering immers vrijwillig zo hoog heeft laten oplopen. Aangenomen moet daarom worden dat de logistieke dienstverlener in deze situatie een retentierecht jegens de jongere derde alleen kan inroepen voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Een retentierecht voor oude vorderingen kan niet aan de oudere derde worden tegengeworpen (3:291 lid 2 BW) en daarom ook niet aan jongere derden die met deze oudere derde een overeenkomst zijn aangegaan.

34. Hoofdstuk 4, § 4.3.3 en hoofdstuk 5, § 5.3.3.

35. Hoofdstuk 4, § 4.3 en hoofdstuk 5, § 5.3.

36. Hoofdstuk 4, § 4.3.3.

37. Als men toch wil aannemen dat de koper ook in dit geval verhaal kan halen op de verkoper, dan blijft nog het probleem bestaan dat de verkoper geen verhaal kan halen op de logistieke dienstverlener-schuldenaar die de vordering zo hoog heeft laten oplopen. Het belang van de verkoper verdient dan naar mijn mening meer bescherming dan het belang van de logistieke dienstverlener-schuldeiser in de uitoefening van een retentierecht voor huidige en oude vorderingen.

De hier bereikte resultaten zijn in overeenstemming met de eisen van een vlot handelsverkeer. Het retentierecht ten opzichte van een oudere derde laat zich terugbrengen op toestemming van de oudere derde. De inbreuk op het handelsverkeer is dus door de oudere derde gewild. Het bestaan van een retentierecht zal een jongere derde kenbaar kunnen zijn, doordat de zaak zich in de macht van een logistieke dienstverlener bevindt. Er is daarmee voldaan aan het publiciteitsbeginsel. In zoverre de jongere derde verhaal kan zoeken op zijn contractuele wederpartij, de verkoper, lijkt een retentierecht voor huidige en oude vorderingen toelaatbaar. Een retentierecht voor oude vorderingen ten opzichte van jongere derden moet niet worden toegestaan voor zover de jongere derde geen verhaal heeft op de contractuele wederpartij van de schuldeiser-retentor.

8.2.3.3 *Uitoefening van het pandrecht jegens pandgever en derden*

Het pandrecht speelt in het handelsverkeer een minder prominente rol. Een pandgever moet namelijk beschikkingsbevoegd zijn om een zaak in pand te geven. In beginsel is alleen de eigenaar beschikkingsbevoegd met betrekking tot de zaak.³⁸ In gevallen waarin een logistieke dienstverlener met een andere logistieke dienstverlener contracteert, zal een pandrecht dus niet tot stand komen. Deze beperkte rol van het pandrecht is in overeenstemming met de eisen van een vlot handelsverkeer. Het pandrecht kan namelijk, indien het tot stand komt, niet alleen aan de wederpartij worden tegengeworpen, maar ook aan alle derden voor alle vorderingen die de schuldeiser heeft uitstaan op zijn wederpartij. Het pandrecht kan daarom de rechten van derden gemakkelijk frustreren.

Komt het pandrecht tot stand, omdat met een eigenaar is gecontracteerd, dan kan het pandrecht uiteraard aan de schuldenaar worden tegengeworpen. De schuldenaar heeft ingestemd met de totstandkoming van een pandrecht. Omdat de eigenaar heeft ingestemd met de totstandkoming van het pandrecht, heeft hij daarmee ook aanvaard dat de uitoefening van het pandrecht het handelsverkeer kan doen stokken.

De uitoefening van een pandrecht jegens jongere derden, kopers, kan ook worden gerechtvaardigd. De jongere derde (koper) kan immers op de hoogte zijn van het pandrecht doordat de zaak zich niet in de macht van de pandgever (eigenaar-verkoper) bevindt. De koper heeft verder de mogelijkheid om de verkoper aan te spreken omdat hij de zaak niet vrij van last overdraagt (7:15 BW). In deze situatie acht ik daarom het belang van de logistieke dienstverlener zwaarder wegen dan het belang van de koper.³⁹

Een ander rechtsgevolg is gewenst in het geval een cognossement in omloop is. Een cognossement wordt afgegeven om een vlotte verhandelbaarheid van de zaken te waarborgen. Het verkeersbelang krijgt hier dus meer gewicht. Dat rechtvaardigt dat het belang van de koper zwaarder weegt dan het belang van de logistieke dienstverlener. Ik heb verdedigd dat de koper mag afgaan op de informatie die is opgenomen in het cognossement en niet behoeft te onderzoeken in wiens macht de zaak zich bevindt. Ook als de koper weet heeft van het bestaan van het pandrecht, mag hij al snel te goeder trouw worden gezien, namelijk als hij ervan uit mag gaan

38. En de koper onder eigendomsvoorbehoud. Hoofdstuk 5, § 5.2.2.

39. Hoofdstuk 5, § 5.3.3.

dat het tot een normale afwikkeling zal komen van de overeenkomst tussen de pandhouder en zijn wederpartij.⁴⁰

8.2.4 Verhaal op de zaak

8.2.4.1 Voorrang

Het kan voorkomen dat de zekerheidshouder te maken krijgt met andere schuldeisers die zich op dezelfde zaak willen verhalen. Het is dan de vraag welke schuldeiser voorgaat boven de andere. Een voorbeeld is de bank met een pandrecht op het cognossement en de vervoerder met een retentierecht op de zaak. Op het moment dat de zaak wordt uitgewonnen, moet worden bepaald wie zich het eerst op de zaak kan verhalen. Dit is een vraag van voorrang en prioriteit. In deze subparagraaf (§ 8.2.4.1) komt de voorrang aan de orde, in de volgende subparagraaf (§ 8.2.4.2) de prioriteit.

De verhaalspositie van de schuldeiser met een contractueel retentierecht is niet sterk. Aan het contractuele retentierecht is namelijk geen voorrang toegekend. Dat betekent dat een pandhouder of een schuldeiser met een wettelijk retentierecht zich eerst uit de zaak kan voldoen, waarna de schuldeiser met een contractueel retentierecht zich op het restant, als dat nog aanwezig is, kan verhalen.

Aan het pandrecht is voorrang toegekend (3:278 BW) evenals aan het wettelijke retentierecht (3:292 BW). Het laatstgenoemde artikel geldt ook voor de vervoerrechtelijke retentierechten.⁴¹ Artikel 3:292 BW brengt met zich mee dat in het geval een retentor en een pandhouder zich op de zaak willen verhalen, de schuldeiser met het wettelijke retentierecht voorgaat.⁴²

8.2.4.2 Prioriteit en rangorde van zekerheidsrechten

In een aantal gevallen moet de rangorde van de verschillende zekerheidsrechten bij verhaal op een zaak nader worden bepaald. Beperking vindt hier plaats tot drie situaties die in het handelsverkeer kunnen voorkomen.

In de eerste plaats kunnen meerdere pandrechten op de zaak bestaan. Het standaardgeval is hierbij een vuistpandrecht op de zaak en een vuistpandrecht op het cognossement. De pandhouder op het cognossement moet worden gekwalificeerd als een middellijk houder van de zaken.⁴³ Als middellijk houder heeft de cognossementhouder daarom, voor zover overeengekomen, ook een pandrecht op de zaken (8:417 BW). De rangorde tussen de verschillende pandrechten wordt bepaald aan de hand van de prioriteitsregel. Het oudere pandrecht gaat daarbij voor het jongere pandrecht. In de vorige paragraaf (§ 8.2.3.3) kwam ik tot de conclusie dat de pandhouder op het cognossement spoedig geacht mag worden te goeder trouw te zijn. Als beslist wordt dat de pandhouder op het cognossement te goeder trouw is, dan zal het pandrecht op het cognossement voorgaan boven het pandrecht op de

40. Hoofdstuk 5, § 5.3.2. Ik heb daarbij de nadruk gelegd op het cognossement als legitimatiepapier. Zie hierover ook hoofdstuk 6, § 6.3.2.

41. Hoofdstuk 2, § 2.4.7.

42. Hoofdstuk 3, § 3.5.4.

43. Hoofdstuk 6, § 6.3.

zaak, zelfs indien het pandrecht op het cognossement op een later ogenblik is gevestigd (3:238 lid 2 BW).⁴⁴

In de tweede plaats kan een retentierecht op de zaak conflicteren met een pandrecht op het cognossement. Het retentierecht op de zaak kan in beginsel worden tegengeworpen aan de pandhouder op het cognossement (3:292 BW). Dat betekent dat de retentor zich met voorrang kan verhalen op de zaak. Het doet in dit geval niet ter zake of het pandrecht eerder of later dan het retentierecht is tot stand gekomen. De prioriteitsregel wordt in dit geval doorbroken.

In de derde plaats kunnen meerdere retentierechten op de zaak bestaan. Het gaat dan om een conflict tussen het retentierecht van de onmiddellijke houder en het retentierecht van de middellijke houder op dezelfde zaak. In dat geval kan de onmiddellijke houder zijn retentierecht tegenwerpen aan de middellijke houder (6:52 BW en 3:291 lid 2 BW). Het retentierecht van de onmiddellijke houder heeft daarom voorrang boven het retentierecht van de middellijke houder (3:292 BW). Ook hier wordt dus de prioriteitsregel doorbroken, omdat het onmiddellijke houderschap meestal later tot stand gekomen zal zijn dan het middellijke houderschap van de voorgaande schakel.⁴⁵

De genoemde rangorde van pand- en retentierecht laat zich terugbrengen op de prioriteitsregel. De prioriteitsregel wordt slechts doorbroken in de gevallen dat de oudere gerechtigde heeft ingestemd met het verkrijgen van de macht door de jongere gerechtigde.

8.2.5 Resultaten van het onderzoek

8.2.5.1 Drie hoofdregels

Uit de vorige hoofdstukken kan de conclusie worden getrokken dat de huidige wettelijke regeling van de zekerheidsrechten voor een groot deel in overeenstemming is met het belang van een vlot handelsverkeer. Dat behoeft niet te verbazen omdat het recht immers beoogt de maatschappelijke werkelijkheid te regelen. De resultaten van het onderzoek kunnen worden samengebond in drie hoofdregels.

In de eerste plaats dienen op het pand- en retentierecht zoveel mogelijk dezelfde rechtsbeginselen te worden toegepast. Dat betekent dat tussen partijen de contractsvrijheid centraal dient te staan. In de relatie tussen een zekerheidshouder en een oudere derde speelt steeds een doorslaggevende rol in hoeverre de oudere derde toestemming heeft gegeven tot het verrichten van een prestatie aan de zaak. In de relatie met een jongere derde speelt het publiciteitsbeginsel een centrale rol. De rangorde tussen de zekerheidsrechten kan worden bepaald aan de hand van het prioriteitsbeginsel, behoudens in gevallen waar sprake is van toestemming. Het feit dat het pand- en retentierecht kan worden verklaard uit dezelfde rechtsbeginselen geeft aanleiding tot de gedachte dat het retentierecht sterker dan nu het geval is moet worden behandeld als een goederenrechtelijk recht.⁴⁶

In de tweede plaats dienen zekerheidsrechten op roerende zaken en zekerheidsrechten op zakenrechtelijke waardepapieren zoveel mogelijk gelijk te worden be-

44. Hoofdstuk 5, § 5.3.4.

45. Hoofdstuk 3, § 3.5.3.

46. Hoofdstuk 1, § 1.5.2. Hoofdstuk 4, § 4.2.3.2.

handeld. Een pandhouder op het cognossement heeft in de regel immers als middellijk houder van de zaken tevens een pandrecht op de zaken (8:417 BW). Het pandrecht op het cognossement moet daarom qua rechtsgevolgen worden behandeld als een pandrecht op een roerende zaak.⁴⁷ De hiervoor aangehaalde beginselen dienen daarom ook op het cognossement te worden toegepast.

In de derde plaats moet worden bedacht dat naar geldend recht niet één zekerheidsrecht op zich leidt tot een billijk resultaat. Een pandrecht komt bijvoorbeeld in beginsel niet tot stand indien de schuldeiser niet contracteert met de eigenaar. De schuldeiser kan dan echter wel een beroep doen op een wettelijk retentierecht. Steeds moet daarom het geheel van zekerheidsrechten in ogenschouw worden genomen, dus het wettelijke en contractuele retentierecht en het pandrecht tezamen. Tezamen genomen rechtvaardigen de genoemde zekerheidsrechten de conclusie dat het huidige recht over het algemeen in overeenstemming is met het belang van een vlot handelsverkeer.

8.2.5.2 *Aanpassing van zekerheidsrechten binnen het wettelijk systeem*

De conclusie dat het huidige recht over het algemeen in overeenstemming is met het belang van een vlot handelsverkeer neemt niet weg dat de wettelijke regeling van de zekerheidsrechten soms tekortschiet. Hetzelfde geldt voor de contractuele regeling van de zekerheidsrechten in de algemene voorwaarden. Het recht laat echter meestal voldoende ruimte om tot aanpassing van het zekerheidsrecht over te gaan. Ik wijs op enkele situaties die hiervoor ook al aan de orde zijn geweest. In de eerste plaats dient de afwijkende regeling van het wettelijke retentierecht van de expediteur en de vervoerder in Boek 8 BW te worden bekritiseerd. Het is niet te rechtvaardigen dat zij slechts een beperkt wettelijk retentierecht kunnen tegenwerpen aan hun contractuele wederpartij, de opdrachtgever of afzender. Ik heb daarom bepleit dat de vervoerder en de expediteur zich in dit geval kunnen beroepen op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.⁴⁸

In de tweede plaats dient de ladingontvanger die toetreedt tot de vervoerovereenkomst, zoveel mogelijk te worden behandeld als een jongere derde, hoewel hij na toetreding partij is geworden bij de vervoerovereenkomst. De rechter kan hiertoe het instrument van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid inzetten.⁴⁹ Met name eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden vallen in de regel onbillijk uit voor de ladingontvanger.⁵⁰

In de derde plaats mag niet te snel worden aangenomen dat een zekerheidsrecht bij middellijke macht over de zaak of zonder macht over de zaak tot stand komt. Ook hierbij kan de rechter onder omstandigheden gebruikmaken van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵¹

In de vierde plaats moet artikel 3:291 lid 1 BW, waarin het retentierecht tegen de jongere derde is geregeld, soms worden ingeperkt. Dit is het geval in de situatie

47. Hoofdstuk 6, § 6.2-4.

48. Hoofdstuk 2, § 2.4.5.

49. Hoofdstuk 2, § 2.4.6.

50. De Algemene Vervoercondities 2002 laten echter op het gebied van de zekerheidsrechten een redelijke indruk achter. Deze voorwaarden zijn dan ook in samenspraak met alle betrokkenen opgesteld.

51. Hoofdstuk 3, § 3.4-7. Hoofdstuk 5, § 5.2.3.

waarin de schuldeiser niet contracteert met een eigenaar. De rechter kan opnieuw gebruikmaken van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵²

In de vijfde plaats kan de oudere derde in bijzondere omstandigheden met een retentierecht voor oude vorderingen geconfronteerd worden. Onder meer in gevallen waarin artikel 7:421 BW toepasselijk is.⁵³

In de zesde plaats moet de prioriteitsregel worden doorbroken in situaties waarin sprake is van toestemming van de zekerheidshouder. Deze problematiek speelt vooral in de situatie dat eerst een pandrecht wordt gevestigd op de zaak en vervolgens op een cognossement. In veel gevallen zal dan, in overeenstemming met artikel 3:238 lid 2 BW, de jongere pandhouder te goeder trouw op cognossement voor- gaan.⁵⁴

In de zevende plaats zou de rechter steeds de voorrangsregel uit artikel 3:292 BW op de vervoerrechtelijke retentierechten kunnen betrekken. Hierover bestaat controverse in de literatuur, zodat het aan de rechter is deze controverse te beslissen.⁵⁵

In de achtste plaats zou aan het endossement geen goederenrechtelijke rol meer dienen te worden toegekend (3:93 BW; 3:236 BW), maar uitsluitend een bewijsrechtelijke rol. Het cognossement moet worden behandeld als een roerende zaak. Een pandrecht op cognossement dient al tot stand te komen op het moment dat het cognossement in de macht van de pandhouder is gebracht, ook als geen endossement is geplaatst.⁵⁶ In ieder geval zou meer rekening gehouden moeten worden met het feit dat de cognossementhouder een middellijke houder is van de zaken, zodat zoveel mogelijk de algemene regels van pandrecht worden toegepast op het pandrecht op cognossement.⁵⁷

8.2.5.3 Voorstellen tot aanpassing van het wettelijk systeem

In het voorgaande is een aantal punten opgesomd waarop de wettelijke of contractuele regeling van de zekerheidsrechten tekortschiet. De oplossing kon dan meestal worden bereikt met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:2 lid 2 BW; 6:248 lid 2 BW). Fraaier is uiteraard de oplossing dat de wetgever overgaat tot het aanpassen van de wettelijke regeling van de zekerheidsrechten. Daartoe doe ik de volgende voorstellen.

Het eerste voorstel is het meest vergaand: het schrappen van de vervoerrechtelijke retentierechten in Boek 8 BW. Een bijzondere regeling van het wettelijke retentierecht in Boek 8 BW leidt namelijk onvermijdelijk tot een onderscheid tussen de in Boek 8 BW geregelde logistieke dienstverleners (de vervoerder en de expediteur) en de daarin niet geregelde dienstverleners, zoals de bewaarnemer, de stuwadoor en de cargadoor. Beter is daarom de regeling dat alle logistieke dienstverleners ten opzichte van hun contractuele wederpartij een beroep kunnen doen op het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW. Ook de derdenwerking van het vervoerrechtelijke

52. Hoofdstuk 4, § 4.3.3.

53. Hoofdstuk 4, § 4.2.4.

54. Hoofdstuk 5, § 5.3.4.

55. Hoofdstuk 2, § 2.4.7.

56. Hoofdstuk 6, § 6.2.3.

57. Dat de algemene regels van vermogensrecht toepasselijk zijn, komt niet helder naar voren in het arrest HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*). Hoofdstuk 5, § 5.3.2.

retentierecht ten opzichte van een oudere derde wijkt niet noemenswaardig af van de algemene regeling als neergelegd in artikel 3:291 lid 2 BW, zodat de bijzondere regeling daardoor niet wordt gerechtvaardigd. Alleen ten aanzien van het retentierecht uitgeoefend jegens een jongere derde of een toetredende derde lijkt de regeling van de vervoerrechtelijke retentierechten betekenis te hebben. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat artikel 3:291 lid 1 BW zou kunnen worden uitgebreid met een regeling die in overeenstemming is met het belang van de ladingontvanger. Een aparte regeling in Boek 8 BW lijkt daarvoor niet noodzakelijk.⁵⁸

Het tweede voorstel is minder vergaand: stroomlijn de vervoerrechtelijke retentierechten. Alle vervoerrechtelijke retentierechten moeten kunnen worden uitgeoefend voor vorderingen die betrekking hebben op de zaken. Dit betekent dat de beperking in de artikelen 8:30 lid 2 en 8:489 lid 2 BW, waar een beperking is opgenomen tot vorderingen die door de ontvanger zijn verschuldigd, dient te vervallen. Hetzelfde geldt voor de uitbreiding van de vervoerrechtelijke retentierechten tot niet-opeisbare vorderingen. Beter is de opvatting dat voor alle vorderingen die verschuldigd zijn bij de aflevering een retentierecht kan worden uitgeoefend, waaraan alleen een retentierecht voor avarij-grosse behoeft te worden toegevoegd.⁵⁹

Het derde voorstel is aanpassing van artikel 3:291 lid 1 BW, de regeling van het retentierecht jegens een jongere derde. In het artikellid dient de aansluiting bij de beginselen die achter het pandrecht zitten, duidelijker naar voren te komen. Wordt de zaak overgegeven door iemand die bevoegd is over het goed te beschikken, dan kan daarmee ook een retentierecht tot stand komen voor alle vorderingen die de schuldeiser heeft op zijn wederpartij. Hiermee vindt aansluiting plaats bij de artikelen 3:98 jo. 3:84 BW. Contracteert de schuldeiser met een beschikkingsonbevoegd persoon, dan kan slechts een retentierecht worden uitgeoefend voor zover de vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan. De wetgever zou deze twee categorieën expliciet in de wet kunnen opnemen.

Het vierde voorstel is een aanpassing in de wet van het ogenblik waarop het retentierecht aan de oudere derde kan worden tegengeworpen. In artikel 3:291 lid 2 BW moet de schuldeiser te goeder trouw zijn aan de bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. In artikel 8:30 lid 3 BW, en de overige vervoerrechtelijke retentierechten, wordt echter gekozen voor het ogenblik dat de zaak aan de vervoerder wordt overgegeven. Het heeft mijn voorkeur de toets van de goede trouw te leggen op het tijdstip dat de schuldeiser de zaak onder zich krijgt.⁶⁰ Daarmee vindt ook aansluiting plaats bij de goede trouw van de verkrijger bij een eigendomsoverdracht (3:86 BW) en de goede trouw van de pandhouder bij een verpanding (3:238 BW). Artikel 3:291 lid 2 BW dient daarom op dit punt te worden aangepast.

58. Vgl. hoofdstuk 2, § 2.3.2 en § 2.4.5.

59. Hoofdstuk 2, § 2.2.2, § 2.3.2 en § 2.4.4.

60. Hoofdstuk 4, § 4.2.1.2.

8.3 Ontwikkeling van zekerheidsrechten in Europa

8.3.1 Een functionele benadering van zekerheidsrechten

In het voorgaande zijn de resultaten van het onderzoek gepresenteerd. De vraag zou kunnen opkomen of deze resultaten enige waarde hebben voor de verdere ontwikkeling van zekerheidsrechten in de toekomst. Naar mijn mening is dat het geval, zoals ik in deze paragraaf probeer aan te tonen. Daarbij wordt eerst uiteengezet hoe een functionele benadering van zekerheidsrechten wereldwijd aan kracht wint tegenover de klassieke dogmatische benadering van zekerheidsrechten (§ 8.3.1). Vervolgens geef ik een illustratie van het belang van het onderzoek aan de hand van de *Draft Common Frame of Reference* of, zoals het wordt vertaald, het *Gemeenschappelijk Referentiekader* (§ 8.3.2). Het blijkt dat deze regeling nauw aansluit bij de resultaten van het onderzoek. Daarop doordenkend, acht ik het zelfs niet onmogelijk om in de toekomst een uniform zekerheidsrecht te ontwikkelen (§ 8.3.3). Vanouds wordt een dogmatisch onderscheid gemaakt tussen verschillende zekerheidsrechten, waartoe ook het pand- en retentierecht worden gerekend. Het onderscheid loopt door dit gehele boek heen. Het doel dat de schuldeiser met het pand- en retentierecht wil bereiken is in beide gevallen hetzelfde, namelijk het verkrijgen van zekerheid van betaling.⁶¹ De vraag rijst of beide zekerheidsrechten, indien ze inderdaad hetzelfde doel beogen, niet in juridisch opzicht gelijk moeten worden behandeld. Anders gezegd: moet wanneer voor de maatschappelijke werkelijkheid het onderscheid tussen een pand- en retentierecht strikt genomen niet noodzakelijk is, een dergelijk onderscheid niet in juridisch opzicht dienen te vervallen? Een dergelijke benadering staat bekend als een functionele benadering van zekerheidsrechten.⁶²

Een dergelijke functionele benadering van zekerheidsrechten op roerende zaken is voorgestaan in de Amerikaanse *Uniform Commercial Code*.⁶³ Hierin wordt uitgegaan van een overkoepelend begrip zekerheidsrecht, dat zowel toepasbaar is op het pandrecht als op het retentierecht. Karakteristiek is verder de ontwikkeling van een zekerheidsrecht waarbij aan het publiciteitsvereiste wordt voldaan door opname in een openbaar register. De genoemde functionele benadering van zekerheidsrechten lijkt wereldwijd te worden opgepakt. Ik noem enkele ontwikkelingen.

In de eerste plaats is er het Unidroit-verdrag van Kaapstad betreffende internationale zekerheden op mobiel materieel.⁶⁴ Dit verdrag creëert een uniform zekerheidsrecht op mobiel materieel, zoals vliegtuigen. Verder is er de *EBRD Model Law on Secured Transactions*.⁶⁵ Een belangrijke Europese ontwikkeling, die hieronder nog uitgebreid zal worden besproken is de *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), dat ook uitgaat van een functioneel denken.

61. Hoofdstuk 1, § 1.1.

62. Dirix 2007, p. 121.

63. Sigman 2004, p. 57. Art. 9 UCC regelt de zekerheidsrechten.

64. Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town, 2001). Te raadplegen op unidroit.org. De *European Review of Private Law* heeft in 2004, nr. 1, een bijzonder nummer aan dit verdrag gewijd. Vgl. verder Veder 2010, p. 167-169.

65. Deze modelwet is te raadplegen op ebrd.com. Hierover: Dahan & Simpson 2004 en Kieninger 2004b, p. 648, 669.

Ook nationale ontwikkelingen op het gebied van zekerheidsrechten dragen de sporen van een dergelijke functionele benadering. Een voorbeeld is de vernieuwing van het Franse zekerhedenrecht in 2006.⁶⁶ Het doel daarvan was om weer een leidende rol te kunnen spelen bij de rechtsvorming in Europa.⁶⁷ Hiervoor is ook gekeken naar artikel 9 van de Amerikaanse UCC. Onder meer is de mogelijkheid geschapen van de registratie van het pandrecht in een openbaar register.⁶⁸ Verder kan gewezen worden op de pogingen om het Engelse zekerhedenrecht te vernieuwen.⁶⁹ Ik wil hieronder een dergelijke uiting van een functioneel denken bespreken die voor Europa belangrijk is, namelijk de *Draft Common Frame of Reference*. Het zal blijken dat de resultaten hiervan veel gelijkenis tonen met de resultaten van dit proefschrift. Daaruit kan men afleiden dat de in dit boek genoemde beginselen van contractsvrijheid, toestemming, publiciteitsbeginsel en prioriteitsbeginsel ook voor de toekomst hun waarde zullen behouden. Ook blijkt uit de genoemde ontwikkeling dat deze beginselen zowel op het retentierecht als op het pandrecht dienen te worden toegepast. Wanneer die ontwikkeling zich doorzet, zou dat in de toekomst kunnen leiden tot de ontwikkeling van één uniform zekerheidsrecht.

8.3.2 De Draft Common Frame of Reference

De *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) is de ondertitel van een uit tien boeken bestaande reeks over *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, en is voor het eerst gepubliceerd in 2010.⁷⁰ Het vormt daarmee een stap in de richting van een Europees privaatrecht. De bepalingen zijn sterk geïnspireerd door het model van de Amerikaanse *Uniform Commercial Code*. De DCFR bevat zowel bepalingen over het verbintnissenrecht als over het goederenrecht. Boek IX handelt over de zekerheidsrechten op roerende zaken. In het vervolg wordt de opzet van dit boek IX uiteengezet en daarmee wordt tevens duidelijk op welke punten dit aansluit bij het betoog in dit proefschrift.

Boek IX is onderverdeeld in hoofdstukken. In het kader van dit proefschrift wordt alleen ingegaan op de hoofdstukken 1-4. In hoofdstuk 1 worden enkele algemene regels gegeven. Hoofdstuk 2 gaat in op het ontstaan van zekerheidsrechten, terwijl hoofdstuk 3 betrekking heeft op de derdenwerking. Hoofdstuk 4 bevat een aantal prioriteitsregels. Ieder hoofdstuk is op zijn beurt weer onderverdeeld in afdelingen (*sections*).

De DCFR nummert de artikelen op de volgende wijze. Ieder artikel begint steeds met het noemen van het boek, vervolgens het noemen van het hoofdstuk, dan het nummer van de desbetreffende afdeling en ten slotte het nummer van het desbetreffende artikel. Een voorbeeld is artikel IX. - 1:102 DCFR. Hiermee wordt bedoeld boek IX, hoofdstuk 1, afdeling 1, artikel 2.

66. In werking getreden op 25 maart 2006. Ordonnance no 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, gepubliceerd in *Journal Officiel* van 24 mars 2006 – nr. 0071. Te raadplegen op <http://www.journal-officiel.gouv.fr/>.

67. Van Erp 2005, p. 350. Van Erp 2006.

68. Art. 2338 Code Civil.

69. De Lacy 2010. Davies 2004.

70. De tien boeken zijn gepubliceerd in een zesdelige reeks bij Oxford University Press.

De DCFR kent een overkoepelende definitie van het zekerheidsrecht.

Artikel IX. – 1:102 lid 1 DCFR

A security right in a movable asset is any limited proprietary right in the asset which entitles the secured creditor to preferential satisfaction of the secured right from the encumbered asset.

Met deze definitie is beoogd twee elementen tot uitdrukking te brengen. Het zekerheidsrecht is ten eerste een beperkt goederenrechtelijk recht op een zaak. In de tweede plaats biedt het een voorrang bij verhaal op de zaak.⁷¹ Onder deze definitie valt zowel het pandrecht als het retentierecht.⁷² Daarmee wordt duidelijk dat ook het retentierecht als een goederenrechtelijk recht wordt behandeld. In de toelichting wordt opgemerkt dat dit voor veel landen nieuw zal zijn.⁷³

Het genoemde zekerheidsrecht kan worden verleend (*granting*) door de zekerheidsgever (*security provider*), maar kan ook van rechtswege tot stand komen.⁷⁴ We herkennen hierin onmiddellijk het onderscheid tussen een overeengekomen zekerheidsrecht, zoals het pandrecht, en het zekerheidsrecht dat van rechtswege tot stand komt, zoals het retentierecht.

Een overeengekomen zekerheidsrecht (door middel van *granting*) heeft niet ogenblikkelijk werking ten opzichte van derden. De DCFR maakt een onderscheid tussen het ontstaan van het zekerheidsrecht en de werking ten opzichte van derden. De DCFR kent dus de mogelijkheid dat het zekerheidsrecht wel effect heeft tussen partijen maar niet aan derden kan worden tegengeworpen.⁷⁵

De DCFR bevat een interessante regeling van de situatie dat de zekerheidsgever niet beschikkingsbevoegd is. In dat geval kan het zekerheidsrecht tot stand komen indien de zekerheidshouder te goeder trouw is.⁷⁶ Vereist voor een geslaagd beroep op de goede trouw is dat de zaak of het toonderpapier zich in de macht van de zekerheidsgever bevindt en de zekerheidshouder geen reden heeft te vrezen dat de zekerheidsgever niet beschikkingsbevoegd is. Deze regel wordt versoepeld voor, onder meer, toonderpapieren. De toelichting wijst daarbij op het cognossement en het ceel.⁷⁷ De zekerheidshouder is in dat geval te goeder trouw op het moment dat het toonderpapier aan hem wordt overgegeven (*transferred*). Als ik het goed zie, gaat de DCFR er zelfs vanuit dat de verkrijger van een toonderpapier onbelast eigenaar wordt in het geval er een eerder pandrecht op de zaak rust en de verkrijger hiervan op de hoogte is. Hetzelfde geldt indien een zekerheidshouder met macht over het toonderpapier weet heeft van het bestaan van oudere zekerheidsrechten. Het later gevestigde zekerheidsrecht gaat in dat geval boven eerder gevestigde zekerheidsrechten.⁷⁸

71. DCFR 2010, p. 5392-5393 (art. IX. – 1:102 DCFR).

72. Art. IX. – 1:102 lid 2 sub a en c DCFR.

73. DCFR 2010, p. 5395 (art. IX. – 1:102 DCFR).

74. Art. IX. – 2:101 DCFR. Hoe *granting* in zijn werk gaat wordt uiteengezet in art. IX. – 2:105 DCFR. De uitoefening van macht over de zaak is niet relevant voor de *granting*. Art. IX. – 2:103 DCFR.

75. DCFR 2010, p. 5409 (art. IX. – 2:101 DCFR).

76. Art. IX. - 2:108-109 DCFR.

77. DCFR 2010, p. 5440 (art. IX. - 2:111 DCFR). De regeling is overigens expliciet beperkt tot toonderpapieren en strekt zich niet uit tot orderpapieren.

78. DCFR 2010, p. 5441 (art. IX. – 2:111 DCFR). Zie verder de art. IX. – 4:101-102 DCFR.

Dan het retentierecht, in de DCFR bekend als het *right of retention of possession*.⁷⁹ Dit retentierecht kan tot stand komen op grond van overeenkomst (*contract*) of van rechtswege (*rule of law*).⁸⁰ De retentor kan zich, zoals iedere zekerheidshouder, op de zaak verhalen in het geval de schuldenaar in verzuim komt.⁸¹ Opnieuw blijkt hieruit dat het retentierecht in de DCFR wordt behandeld als andere zekerheidsrechten.

De retentor moet ten opzichte van de eigenaar van de zaak de bevoegdheid hebben om de zaak terug te houden. De toelichting maakt dan een belangrijke opmerking:

‘The Article does not directly answer the question whether a security right may arise on the basis of a right of retention of possession if the asset to be encumbered is not owned by the security provider; it is required by this provision, however, that the person relying on the right of retention of possession, i.e. the secured creditor, must be entitled to retain possession as against the owner of the assets concerned. In relation to a right of retention of possession that is based upon an agreement, this effectively means that only a right of retention of possession agreed with the owner or with a representative of the owner can give rise to a security right. Other agreements would not bind the owner. Concerning a right of retention of possession that arises by operation of law it is a question to be decided by the national law providing for this right of retention of possession whether, e.g., a repairer is entitled as against the owner of the repaired assets to retain possession if the repair had been ordered by a person different from the owner.’

De toelichting maakt een onderscheid tussen het overeengekomen retentierecht en het wettelijke retentierecht. Het overeengekomen retentierecht komt slechts tot stand in zoverre het berust op toestemming van de eigenaar. Dat betekent dat in het geval wordt gecontracteerd met de eigenaar voor alle vorderingen een retentierecht kan worden uitgeoefend. Wordt echter gecontracteerd met een ander dan de eigenaar, dan kan slechts een retentierecht worden uitgeoefend voor vorderingen waarvoor de eigenaar toestemming heeft gegeven, meestal slechts voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Voor de overige vorderingen komt slechts een zekerheidsrecht tussen personen tot stand, zonder dat het effect heeft jegens de derde-eigenaar. De resultaten in dit proefschrift lopen hiermee parallel. Zoals eerder opgemerkt maakt de DCFR een onderscheid tussen het ontstaan van het zekerheidsrecht en de derdenwerking ervan. Het voorgaande heeft steeds betrekking op het ontstaan van het zekerheidsrecht. Nu behandel ik de derdenwerking. Het uitgangspunt is dat vanaf het moment dat de zekerheidshouder bezit (*possession*)

79. Art. IX. – 2:114 DCFR. IX. – 2:114: Right of retention of possession. ‘Where under a contract or rule of law a person is entitled as against the owner of an asset to retain possession of the asset as security for a right to performance, this right of retention of possession gives rise to a possessory security right.’

80. DCFR 2010, p. 5446 (art. IX. – 2:114 DCFR). Het retentierecht is een ander recht dan de *exceptio non adimpleti contractus* (enac). De enac is geen zekerheidsrecht. Art. III. – 3:401 DCFR: Right to withhold performance of reciprocal obligation.

81. DCFR 2010, p. 5447 (art. IX. – 2:114 DCFR).

heeft van de zaak of zakenrechtelijk waardepapier, derdenwerking mogelijk is.⁸² Het maakt daarbij niet uit of de zekerheidshouder de onmiddellijke macht of de middellijke macht over de zaak uitoefent.⁸³

Is eenmaal het zekerheidsrecht tot stand gekomen en heeft het derdenwerking, dan komt de laatste kwestie naar voren, namelijk de onderlinge rangorde tussen de verschillende zekerheidsrechten, de prioriteit.

De hoofdregel is dat oudere zekerheidsrechten voorgaan boven jongere zekerheidsrechten.⁸⁴ Deze rangorde kan worden doorbroken, indien een latere zekerheidshouder bij het ontstaan van het zekerheidsrecht te goeder trouw was of de oudere zekerheidsgerechtigde daartoe toestemming heeft gegeven.⁸⁵ In enkele situaties ontstaat een superprioriteit (*superpriority*). Het retentierecht gaat altijd boven een ander zekerheidsrecht (pandrecht).⁸⁶ Dat is in overeenstemming met het Nederlandse recht (3:292 BW). Naar mijn mening kan deze wijziging in de rangorde steeds worden teruggebracht op een toestemming van de oudere zekerheidshouder. Als ik het goed zie, wil de DCFR ook een jonger zekerheidsrecht op een *negotiable document of title*, zoals een cognossement, prioriteit geven boven oudere zekerheidsrechten.⁸⁷ De resultaten in dit proefschrift wijken hiervan niet ver af, omdat de cognossementhouder al snel een beroep kan doen op de goede-trouwbescherming uit artikel 3:238 lid 2 BW. De pandhouder op cognossement zal dan voorgaan boven een eerder pandrecht op de zaak.

Zoals inmiddels duidelijk is, loopt de regeling van de DCFR in vrijwel alle opzichten parallel met de in dit proefschrift bereikte resultaten. In mijn proefschrift heb ik de genoemde resultaten bereikt door de beginselen van contractsvrijheid, toestemming, publiciteit en prioriteit op zowel het pandrecht als het retentierecht toe te passen. Dit illustreert dat de genoemde beginselen ook bij de ontwikkeling van een Europees privaatrecht hun waarde blijven behouden.

8.3.3 Een uniform zekerheidsrecht in het handelsverkeer

In Europees verband is meermaals gepleit voor de ontwikkeling van een uniform Europees zekerheidsrecht.⁸⁸ Dit Europees zekerheidsrecht zou dan naast de bestaande zekerheidsrechten een rol kunnen vervullen. Meestal wordt daarbij geopteerd

82. Art. IX. – 3:102 DCFR. Daarnaast is registratie mogelijk. Art. IX. – 3:202 DCFR geeft een regeling voor de *document of title*, maar in lid 2 een bijzondere regeling dat de derdenwerking behouden blijft in het geval de zekerheidshouder tot tien dagen de macht over het cognossement verliest, bijvoorbeeld doordat het wordt overgegeven in *trust* aan de koper.

83. Art. IX. – 3:201 DCFR. DCFR 2010, p. 5479 (art. IX. – 3:102 DCFR).

84. Art. IX. – 4:101 DCFR. Dit is in lijn met de *nemo plus*-regel. DCFR 2010, p. 5549 (art. IX. – 4:101 DCFR).

85. Art. IX. – 4:101 lid 5 DCFR en art. IX. – 4:108 DCFR.

86. Art. IX. – 4:102 lid 3 DCFR.

87. Art. IX. – 4:102 lid 2 DCFR. Dit artikellid moet in combinatie gelezen worden met art. IX. – 3:202 DCFR, zie DCFR 2010, p. 5558 (art. IX. – 4:102 DCFR). Verdedigd zou kunnen worden dat de DCFR dit resultaat niet bedoelt, omdat de superprioriteit is bedoeld voor *security rights* in *financial assets* en een cognossement niet kan worden opgevat als een *financial asset*. Deze gedachtegang verklaart echter niet waarom de toelichting op de DCFR uitdrukkelijk verwijst naar art. IX. – 4:102 DCFR waar ook het cognossement is geregeld. Ze is dan in lijn met het resultaat uit die bepaling.

88. Voorstellen voor één uniform Europees zekerheidsrecht zijn gedaan door Vegter 1994. Snijders 2006b, p. 159. Drobnič 1999, p. 36. Kreuzer 1990, p. 637 e.v. Kreuzer 2008, p. 314-316. Veder 2010, p. 181 e.v.

voor een zekerheidsrecht waarbij de publiciteit ervan geschiedt door middel van registratie in een openbaar register.⁸⁹

Registratie lijkt meer geschikt voor het financieringsverkeer dan dat het geschikt is voor logistieke dienstverleners in het handelsverkeer. Het zou er al snel toe kunnen leiden dat logistieke dienstverleners te veel zekerheid kunnen verkrijgen, namelijk zonder dat zij de macht over de zaken uitoefenen. Ook voor het pandrecht van de bank op *cognossement* lijkt registratie geen meerwaarde te vervullen, banken zullen immers niet snel te kampen hebben met conflicterende zekerheidsrechten op dezelfde zaak. Een dringende noodzaak voor invoering van een registerpandrecht in het handelsverkeer zie ik daarom niet.

De ontwikkeling van een uniform zekerheidsrecht lijkt echter aantrekkelijk. Op dit moment is er geen verdrag dat een zekerheidsrecht regelt voor de logistieke dienstverlener.⁹⁰ Ook het meest recente verdrag voor het zeevervoer, de Rotterdam Rules, regelt niet het zekerheidsrecht. In de *travaux préparatoires* bij de Rotterdam Rules, een verdrag voor het zeevervoer uit 2008⁹¹, wordt aangedragen dat het te ingewikkeld is om een uniform retentierecht te formuleren.⁹² Dat betekent in de praktijk dat de logistieke dienstverlener moet terugvallen op nationaal recht. Toch lijkt de ontwikkeling van een uniform zekerheidsrecht in het handelsverkeer niet onmogelijk. Het past bij de gedachte die ik eerder heb geponeerd, namelijk dat het pand- en retentierecht naar elkaar aan het toegroeien zijn.⁹³

De gedachte van een uniform zekerheidsrecht in het handelsverkeer is eerder opgeworpen door Basedow.⁹⁴ Hij doet dit na een bespreking van het pand- en retentierecht en meent dat de verschillen die tussen de verschillende landen bestaan, overwonnen kunnen worden. Hij doet een voorstel voor een internationaal eenvoudiger zekerheidsrecht voor de vervoerder.

‘Es is nicht Zweck dieser Zeilen, ein detailliertes Modell für ein international vereinheitlichtes Sicherungsrecht des Beförderers vorzustellen; dazu bedarf es eines größeren Rahmens, der die Sachen-, Prozeß- und Konkursrechte einbezieht. Immerhin lassen sich doch Konturen erkennen: die betreffenden Rechte des Beförderers sichern konnexe Forderungen, sind im Prinzip an dem Besitz gebunden und auf Verwertung sowie bevorzugte Befriedigung in Zwangsvollstreckung und Konkurs gerichtet. Ökonomisch sinnvoll sind sie nur, wenn ihr Erwerb nicht von der Eigentumslage ab-

89. Veder 2010, p. 185-186. Een zekerheidsrecht dat publiek wordt door registratie is ook te vinden in het Unidroit Verdrag van Kaapstad, de DCFR, het nieuwe Franse zekerhedenrecht en de Uniform Commercial Code.

90. Hoofdstuk 2, § 2.2.1, § 2.3.1 en § 2.4.1.

91. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea – the ‘Rotterdam Rules’. Te raadplegen op uncitral.org. Het verdrag is tot stand gekomen in 2008.

92. Art. 49 Rotterdam Rules laat het retentierecht buiten de Rotterdam Rules. In de besprekingen bij dit artikel wordt opgemerkt: ‘it (...) was too complex and dealt with a subject matter too diverse to lend itself to uniform legislation, and should be left to applicable law’. 13th session, 3-14 May 2004, New York en document A/CN.9/552 – Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its thirteenth session, p. 37. Zie hoofdstuk 2.

93. Steun is te vinden in de rechtspraak. In HR 13 mei 1988, NJ 1989, 201 m.nt. WMK; S&S 1988, 101 (*Staat/Krimpa of Tobias*) wordt het retentierecht vergeleken met een beperkt recht. In de Franse jurisprudentie komt naar voren dat het retentierecht een zakelijk recht is. Cour de Cassation 24 septembre 2009, nr. 08-10152. Cour de Cassation 7 janvier 1992, nr. 90-14545.

94. Basedow 1987, p. 340-342.

hängt und nur voraussetzt, daß der Beförderer hinsichtlich der Versendungsbefugnis des Absenders gutgläubig war.⁹⁵

De door Basedow opgeworpen elementen zijn nog steeds relevant voor de ontwikkeling van een uniform zekerheidsrecht voor de logistieke dienstverlener en de bank. Uit dit proefschrift volgt dat een internationaal uniform zekerheidsrecht in ieder geval aan de volgende elementen moet kunnen voldoen.

In de eerste plaats moet het zekerheidsrecht ten opzichte van de schuldenaar kunnen worden uitgeoefend voor iedere vordering die de schuldenaar aan de schuldeiser verschuldigd is.

In de tweede plaats kan het zekerheidsrecht tegen een oudere gerechtigde op de zaak worden ingeroepen voor zover hij heeft ingestemd met het zekerheidsrecht. Dat komt overeen met de regeling van het retentierecht in artikel 3:291 lid 2 BW. In de derde plaats kan het zekerheidsrecht tegen een jongere gerechtigde op de zaak worden ingeroepen voor zover het zekerheidsrecht aan de jongere derde bekend kon zijn. Een zekerheidsrecht mag geacht worden publiek te zijn indien de zaak in de macht van de schuldeiser is gebracht. Dat komt overeen met het huidige pand- en retentierecht (3:236 BW; 3:290 BW). Onder de uitoefening van macht over een zaak, kan zowel onmiddellijke als middellijke macht worden verstaan.

In de vierde plaats dient een cognossement te worden behandeld als een roerende zaak. Het endossement bij orderpapieren dient slechts tot legitimatie en heeft geen goederenrechtelijke betekenis. De directe leer, zoals neergelegd in artikel 3:110 BW, geldt niet alleen voor roerende zaken en waardepapieren aan toonder, maar ook voor waardepapieren aan order. De pandhouder van het cognossement is tevens middellijk houder van de zaken die onder de vervoerder liggen.

In de vijfde plaats kan de prioriteitsregel worden gehandhaafd. Dat betekent dat een oudere gerechtigde voorgaat boven een jongere gerechtigde. Deze rangorde kan alleen worden doorbroken, indien de oudere gerechtigde toestaat dat de schuldeiser een prestatie aan de zaak verricht. In dat geval gaat de jongere gerechtigde voor boven de oudere gerechtigde. Naar huidig recht volgt dit uit artikel 3:292 BW. Na afgifte van een cognossement kan al snel worden aangenomen dat de oudere gerechtigde op de zaak toestemming heeft gegeven om de zaak te verhandelen door middel van het cognossement. Ook hier doorbreekt toestemming van de oudere gerechtigde de prioriteitsregel zodat een pandrecht op het cognossement voorgaat boven een ouder pandrecht op de zaak.

Uiteraard zal een toekomstige regeling van een uniform zekerheidsrecht aan meer eisen moeten voldoen dan alleen de genoemde. Het blijkt daarbij vruchtbaar te zijn om het pand- en retentierecht steeds op elkaar te betrekken. Wanneer deze convergerende lijnen worden doorgetrokken, wordt voorstelbaar hoe een dergelijk uniform zekerheidsrecht eruit zou kunnen zien. In dit boek is daarvoor een aantal bouwstenen aangereikt.

95. Basedow 1987, p. 340-341.

Samenvatting

Dit boek handelt over de betekenis van het pandrecht en retentierecht op een roerende zaak en op cognossement in het handelsverkeer.

Hoofdstuk 1 bevat een inleiding op de problemen die hierbij kunnen spelen en formuleert de rechtsvraag.

De economische werkelijkheid, het handelsverkeer, en de juridische zekerheidsrechten beïnvloeden elkaar over en weer. De analyse van de zekerheidsrechten is in dit boek beperkt tot een analyse van het pandrecht en het retentierecht. Het handelsverkeer wordt in dit boek nader beschreven met de trefwoorden 'vlot handelsverkeer' en 'complex handelsverkeer'. Met de term vlot handelsverkeer wordt bedoeld dat spoed een essentieel kenmerk is van het handelsverkeer. Goederen moeten zo snel mogelijk van de verkoper worden getransporteerd naar de koper. Het transport van de goederen moet daarom idealiter zo min mogelijk gehinderd worden. Het handelsverkeer is daarnaast complex, bij de uitvoering van het goederenvervoer zijn geregeld een scala aan logistieke dienstverleners en banken betrokken.

De genoemde kenmerken van het handelsverkeer beïnvloeden de totstandkoming, de uitoefening en de beëindiging van de zekerheidsrechten. Omgekeerd beïnvloeden de zekerheidsrechten ook het vlot handelsverkeer. De uitoefening van een zekerheidsrecht doet het handelsverkeer immers in beginsel stokken. Degene die het zekerheidsrecht uitoefent hoeft namelijk de goederen, de roerende zaak of het cognossement, niet af te geven aan de volgende schakel, totdat hij wordt betaald. In dit boek gaat de aandacht in het bijzonder uit naar het laatste aspect: de invloed die zekerheidsrechten uitoefenen op een vlot handelsverkeer. Bij de bespreking zal echter steeds blijken dat het omgekeerde ook geldt: het handelsverkeer oefent invloed uit op de totstandkoming, de uitoefening en het einde van het zekerheidsrecht. De centrale rechtsvraag in dit boek luidt daarom: wat is naar huidig recht de betekenis van de zekerheidsrechten in het handelsverkeer? En is de huidige invloed van de zekerheidsrechten bevredigend of dient zij op onderdelen te worden gewijzigd?

Onder zekerheidsrechten zal ik hierna verstaan het pandrecht, het wettelijke retentierecht en het contractuele retentierecht. Om de bovenstaande rechtsvraag te beantwoorden richt ik mij vooral op drie aspecten: het moment van ontstaan van het pandrecht of retentierecht, het moment waarop het pandrecht of retentierecht eindigt, en ten opzichte van wie en voor welke vorderingen het pandrecht of retentierecht kan worden ingeroepen.

Om de vraag te beantwoorden of de invloed van het pand- of retentierecht op het handelsverkeer gerechtvaardigd is, maak ik gebruik van enkele beginselen. In de eerste plaats wijs ik op de instemming en de hier nauw aan verbonden beginselen van partijautonomie en contractsvrijheid. Partijen zijn in beginsel vrij om de overeenkomst vorm te geven op de wijze die zij wensen. Een overeengekomen

pand- en retentierecht kan daarom in beginsel aan de wederpartij worden tegengeworpen, ook als dat het handelsverkeer hindert. In de tweede plaats speelt het publiciteitsbeginsel een prominente rol. Indien een derde weet of kan weten dat een logistieke dienstverlener of bank macht uitoefent over een zaak of cognossement, dan moet hij daarmee ook rekening houden met het bestaan van een zekerheidsrecht. Het zekerheidsrecht kan in dat geval aan hem worden tegengeworpen ook als dat het handelsverkeer hindert. Het vertrouwensbeginsel en het verkeersbelang kunnen toepassing van de genoemde beginselen door kruisen en ertoe leiden dat de derde wordt beschermd. In de volgende hoofdstukken werk ik dit nader uit in een analyse van het pandrecht en het retentierecht in het handelsverkeer.

Hoofdstuk 2 heeft betrekking op het wettelijke retentierecht en het contractuele retentierecht op roerende zaken tussen contractspartijen. Behandeld worden in het bijzonder het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW en de wettelijke retentierechten in boek 8 BW (art. 8:30 lid 2, 8:69 lid 2, 8:489 lid 2, 8:954 lid 2 en 8:1131 lid 2 BW). Voor zover het opschortingsrecht uit 6:52 BW voldoet aan de omschrijving van het retentierecht in artikel 3:290 BW zijn de bepalingen van afdeling 3.10.4 tevens van toepassing (6:57 BW). Het retentierecht is daarmee een species van het genus opschortingsrechten.

Het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW is een bevoegdheid die de schuldenaar van rechtswege toekomt. Het opschortingsrecht kan vervolgens aan de wederpartij worden tegengeworpen voor alle vorderingen die de opschortende partij op haar wederpartij heeft. Het gaat dan zowel om een vordering die betrekking heeft op de zaken die de opschortende partij op het ogenblik van opschorting onder zich heeft, als ook voor vorderingen die betrekking hebben op zaken die de opschortende partij in het verleden onder zich heeft gehad. Het handelsverkeer kan hiermee in aanzienlijke mate worden gehinderd, omdat de logistieke dienstverlener de zaak niet aan de wederpartij hoeft vrij te geven dan nadat hij zijn totale vordering ziet voldaan. Ik ga er echter vanuit dat een dergelijke inbreuk op het handelsverkeer in beginsel geoorloofd is. Partijen zijn immers vrij om hun rechtsverhouding vorm te geven op de wijze die zij wensen. In de praktijk blijkt dat alle logistieke dienstverleners een retentierecht bedingen voor huidige en oude vorderingen. Daarmee correspondeert dat ook de opschortingsbevoegdheid die de schuldeiser van rechtswege toekomt zich uitstrekt voor huidige en oude vorderingen.

Het retentierecht is een bevoegdheid die de schuldeiser in de bij de wet aangegeven gevallen toekomt. Een voor dit boek belangrijke vindplaats van retentierechten is Boek 8 BW. Het gaat hierbij in het bijzonder om het retentierecht van de vervoerder en de expediteur. De retentierechten in boek 8 BW zijn steeds beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op de zaak. Daarmee kennen ze een minder wijde strekking dan het algemene opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW. De regeling is opgenomen met het oog op bescherming van de ladingontvanger. De wetgever achtte het niet gerechtvaardigd dat de vervoerder een retentierecht aan de ladingontvanger kan tegenwerpen voor vorderingen die de vervoerder op de afzender heeft. Hiermee heeft de wetgever echter niet onderkend dat behoefte kan bestaan aan een retentierecht voor oude vorderingen voor de vervoerder jegens de afzender, of, voor de expediteur, jegens de opdrachtgever.

De regeling van het retentierecht in boek 8 BW is niet van dwingend recht. Partijen kunnen met een contractueel retentierecht overeenkomen, dat ook voor oude

vorderingen een retentierecht aan de schuldeiser toekomt. In de praktijk wordt dat algemeen gedaan. Een dergelijk contractueel retentierecht heeft echter minder voordelen voor de schuldeiser dan een wettelijk retentierecht. Zo is de voorrang (3:292 BW) en de derdenwerking (3:291 BW) voorbehouden aan het wettelijke retentierecht en komt niet toe aan de schuldeiser die zich beroept op een contractueel retentierecht. In dit hoofdstuk wordt daarom een andere oplossing gepropageerd. De expediteur en de vervoerder kunnen zich ook beroepen op de regeling van het opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW.

Hoofdstuk 3 gaat in op de voorwaarde dat de zaak zich in de macht van de schuldeiser moet bevinden, wil de uitoefening van een retentierecht of pandrecht mogelijk zijn. Daarbij wordt in het bijzonder de vraag behandeld wanneer er sprake is van middellijke macht over de zaak. Dit onderwerp is van belang omdat er in een complex handelsverkeer vaak sprake is van lange logistieke ketens. De vraag rijst dan of de voorgaande schakel met het overgeven van de zaak aan de volgende schakel de macht over de zaak heeft verloren. Is dat het geval dan is daarmee ook het retentierecht geëindigd. Heeft de vorige schakel de zaak echter nog in zijn (middellijke) macht dan kan hij nog steeds een retentierecht uitoefenen. Hetzelfde geldt voor het pandrecht.

In twee situaties, zo is betoogd, is er sprake van middellijke macht over de zaak. De eerste situatie is waarin de logistieke dienstverlener gebruikmaakt van een hulppersoon. Voorbeelden zijn de vervoerder die een stuwadoor inschakelt of de bewaarnemer die gebruikmaakt van een onderbewaarnemer. In die gevallen behoudt de vorige schakel, in het aangehaalde voorbeeld de vervoerder en de hoofdbewaarnemer, de macht over de zaak en kan hij een retentierecht uitoefenen. Daarnaast kan ook degene die de zaak in zijn onmiddellijke macht heeft, in het voorbeeld de stuwadoor en de onderbewaarnemer, een retentierecht uitoefenen. In de tweede situatie verschaft de middellijke houder van een zaak aan een derde de middellijke macht over een zaak. Een veelvoorkomende situatie treedt op na uitgave van een cognossement. Degene die eigenaar is van een cognossement is, in beginsel, tevens middellijk bezitter van de zaken. Hij kan dit cognossement verpanden of aan een derde op de juiste wijze overhandigen, die vervolgens op het cognossement een retentierecht kan uitoefenen. In deze gevallen heeft de pandhouder of de retentor op cognossement tevens de middellijke macht over de zaken en daarmee kan hij ook een pandrecht of retentierecht op de zaken uitoefenen. Ook hier kan naast de middellijke houder ook de onmiddellijke houder van de zaak, in dit geval een vervoerder, een retentierecht uitoefenen.

In alle andere gevallen gaat met het overhandigen van de zaak aan de volgende schakel ook de macht over de zaak verloren en verliest de vorige schakel daarmee de mogelijkheid om een zekerheidsrecht uit te oefenen. Een dergelijk resultaat lijkt soms contra-intuïtief. Vaak zal er tussen de twee schakels wel een contractuele band zijn, maar ontbreekt dus een goederenrechtelijke band. Een voorbeeld is de verzendexpediteur die de zaken overhandigt aan de vervoerder. In dat geval verliest de verzendexpediteur in beginsel de macht over de zaken, maar kan hij wel als afzender partij zijn bij de vervoerovereenkomst.

Het feit dat slechts in een beperkt aantal gevallen meerdere personen een zekerheidsrecht kunnen inroepen (naast de onmiddellijke houder, ook de middellijke houder), past goed in een vlot handelsverkeer. In gevallen dat meerdere personen

een zekerheidsrecht kunnen inroepen, namelijk naast de onmiddellijke houder ook de middellijke houder, ontstaan gestapelde zekerheidsrechten, meestal gestapelde retentierechten. Dit verschijnsel van gestapelde zekerheidsrechten moet zoveel mogelijk worden beperkt, omdat ze het handelsverkeer gemakkelijk kunnen hinderen. Een derde die de lading wil opeisen moet zich immers niet alleen een retentierecht van de onmiddellijke houder laten welgevalven, maar ook van de middellijke houder. In de bovengenoemde twee situaties is de stapeling van retentierechten echter gerechtvaardigd, omdat degene die de middellijke macht over de zaak verkrijgt steeds toestemming zal hebben van de vorige schakel om deze middellijke macht over de zaak uit te oefenen.

In *hoofdstuk 4* wordt ingegaan op de derdenwerking van het retentierecht. De algemene regeling van het retentierecht in afdeling 3.10.4 bevat een bepaling met betrekking tot de derdenwerking ervan (3:291 BW). Hierin is de derdenwerking van het retentierecht jegens een derde met een ouder (lid 2) en met een jonger recht (lid 1) geregeld. In boek 8 BW is voor de vervoerrechtelijke retentierechten een bijzondere regeling met betrekking tot de derdenwerking gegeven. In de leden 3 van de vervoerrechtelijke retentierechten is de derdenwerking van het retentierecht jegens een oudere derde opgenomen (bijv. art. 8:30 lid 3 BW). De derdenwerking van het vervoerrechtelijk retentierecht jegens een jongere derde is niet expliciet geregeld in boek 8 BW, maar moet worden ingelezen in de leden 2 van de vervoerrechtelijke retentierechten.

De derdenwerking van het retentierecht jegens een oudere derde is in de algemene regeling (3:291 lid 2 BW) en voor de vervoerrechtelijke retentierechten vrijwel identiek. De derdenwerking is beperkt tot vorderingen die betrekking hebben op de zaak en strekt zich niet uit tot oude vorderingen. Betoogd wordt dat de huidige regeling in beginsel billijk uitvalt. De derde heeft immers vrijwillig de zaak uit zijn (onmiddellijke) macht gegeven. De oudere derde heeft daarmee impliciet ingestemd met het feit dat derden een bepaalde prestatie ten aanzien van de zaak verrichten. Daarmee aanvaardt de oudere derde tevens impliciet de mogelijkheid dat aan hem een retentierecht kan worden tegengeworpen voor een vordering die het gevolg is van de verrichte prestatie aan de zaak.

In bijzondere omstandigheden kan het gerechtvaardigd zijn dat ook voor oude vorderingen een retentierecht aan de oudere derde wordt tegengeworpen. Dat is het geval wanneer de derde nauwer dan gewoonlijk is betrokken bij de uitvoering van de dienstverlening door de schuldeiser. In het boek worden onder meer als voorbeelden genoemd de lastgeving (7:420 en 7:421 BW) en het hebben van nauwe feitelijke contacten.

Voor het retentierecht jegens een jongere derde blijkt dat de algemene regeling in artikel 3:291 lid 1 BW afwijkt van de regeling bij de vervoerrechtelijke retentierechten. De algemene regeling staat toe dat de retentor een retentierecht tegenwerpt aan de jongere derde voor huidige en oude vorderingen. De ratio die de wetgever geeft, is dat de schuldeiser niet slechter mag worden van een overdracht door de wederpartij van de schuldeiser aan de (jongere) derde. Voor de vervoerrechtelijke retentierechten is echter slechts een retentierecht voor huidige vorderingen toegestaan. De ratio hierbij is dat de ladingontvanger niet geconfronteerd moet worden met vorderingen die de vervoerder op de afzender heeft.

In dit boek is gepoogd om in deze onderscheiden beweegredenen lijn te brengen. Betoogd wordt dat in het geval de wederpartij van de schuldeiser-retentor een eigenaar (of een koper onder eigendomsvoorbehoud) is en hij de zaak overdraagt aan een derde, de retentor steeds aan deze derde een retentierecht kan tegenwerpen voor oude vorderingen. De derde weet of kon in dat geval weten dat de vervreemder de zaken niet in zijn macht had. Hij moet daarom rekening houden met de situatie dat een derde een retentierecht op de zaak uitoefent. De schuldeiser kan daarom steeds een retentierecht uitoefenen voor alle vorderingen die hij op zijn wederpartij heeft.

Is de wederpartij van de retentor geen eigenaar, dan is de oplossing anders. Draagt de oudere derde-eigenaar in deze situatie de zaak over, dan kan de retentor slechts voor huidige vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan de jongere derde. De retentor kan immers slechts voor huidige vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan de oudere derde (3:291 lid 2 BW), zodat hij ook slechts voor huidige vorderingen een retentierecht moet kunnen tegenwerpen aan de jongere derde. Een voorbeeld van deze situatie is de bewaarnemer die heeft gecontracteerd met een expediteur. Indien in dat geval de opdrachtgever van de expediteur de zaak overdraagt aan een derde, dan kan de bewaarnemer slechts voor huidige vorderingen een retentierecht tegenwerpen aan deze derde.

Hetzelfde geldt voor de situatie dat een cognossement in omloop is. Bij de uitgifte van een cognossement staat het belang van een vlot handelsverkeer voorop. Daaruit vloeit voort dat de schuldeiser in beginsel alleen een retentierecht voor huidige vorderingen kan inroepen en niet voor oude vorderingen, tenzij het retentierecht voor oude vorderingen uit het cognossement blijkt. In het laatste geval is de derde immers bekend met het bestaan van het retentierecht.

Ten slotte wordt in dit hoofdstuk nog kort ingegaan op het recht om afgifte van zaken te weigeren. Dit is steeds opgenomen in lid 1 van de artikelen waarin ook het vervoerrechtelijke retentierecht is opgenomen (bijv. art. 8:30 lid 1 BW). Het recht om afgifte van zaken te weigeren is geen retentierecht. In de wet is niet opgenomen voor welke vorderingen het recht om afgifte van zaken te weigeren kan worden uitgeoefend. Betoogd wordt dat dit recht zich slechts uitstrekt voor vorderingen die betrekking hebben op de zaak.

Hoofdstuk 5 ziet op het pandrecht op roerende zaken. Logistieke dienstverleners bedingen in hun algemene voorwaarden steeds ook een pandrecht. De eis van beschikkingsbevoegdheid brengt echter met zich mee dat het pandrecht een minder grote rol in het handelsverkeer kan spelen dan het retentierecht. In beginsel is immers alleen de eigenaar van de zaak beschikkingsbevoegd. In dit hoofdstuk is betoogd, dat ook wanneer met een koper onder eigendomsvoorbehoud wordt gecontracteerd een pandrecht tot stand kan komen. Dit pandrecht heeft werking jegens een ieder, uitgezonderd de werkelijke eigenaar van de zaak. Een pandrecht komt, in beginsel, niet tot stand in gevallen dat een andere logistieke dienstverlener als pandgever optreedt.

Deze minder ruime mogelijkheden van het pandrecht zijn in overeenstemming met de eisen van een vlot handelsverkeer. Het pandrecht kan immers steeds worden uitgeoefend voor alle vorderingen die de schuldeiser op zijn wederpartij heeft en kan ook aan derden worden tegengeworpen. Slechts in gevallen waarin de eigenaar

instemt met het pandrecht lijkt het gerechtvaardigd dat een dergelijk pandrecht aan alle derden kan worden tegengeworpen.

Een uitzondering bepleit ik voor het geval er een cognossement in omloop is. In dat geval kan de uitoefening van een pandrecht op de zaak gemakkelijk in strijd komen met de belangen van de cognossementhouder. In deze gevallen verdient de cognossementhouder meer bescherming dan de logistieke dienstverlener met een pandrecht op de zaak. Als oplossing wordt betoogd dat de cognossementhouder mag vertrouwen op de inhoud van het cognossement en geen verdere onderzoekspllicht heeft. Slechts in het geval het pandrecht is opgenomen in het cognossement of de logistieke dienstverlener het bestaan van het pandrecht voor de overdracht van het cognossement aan de cognossementhouder meedeelt, moet de cognossementhouder zich een pandrecht op de zaak laten welgevalen. Een cognossementhouder kan daarmee eerder een beroep doen op de goede trouw (3:86 BW), dan bij een 'gewone' overdracht mogelijk is.

Hoofdstuk 6 heeft betrekking op het pandrecht op cognossement. Een pandrecht op cognossement wordt met name bedongen door een bank of expediteur. Met het pandrecht op cognossement verkrijgt de pandhouder een recht op uitlevering van de zaken (8:441 BW) en tevens een pandrecht op de zaken zelf (8:417 BW). De pandhouder op cognossement kan daarmee verhinderen dat een ander dan hijzelf de lading van de vervoerder onder zich krijgt. De vervoerder mag de lading namelijk alleen aan recht- en regelmatige houder afleveren en niet aan een derde. Daarmee kan de pandhouder op cognossement uiteraard het vlot handelsverkeer verstoren. Het gevolg kan bijvoorbeeld zijn dat de vervoerder de lading niet aflevert aan de koper van de zaken. Een pandrecht op cognossement is echter steeds gerechtvaardigd, omdat de eigenaar ermee heeft ingestemd dat het pandrecht op het cognossement tot stand komt. Daarmee aanvaardt de eigenaar ook de mogelijkheid dat het handelsverkeer verstoord kan worden.

In de praktijk leidt het pandrecht op een cognossement, in het bijzonder op een ordercognossement, soms tot problemen. Een pandrecht op orderpapier komt tot stand door het papier in de macht van de pandhouder te brengen en endossement (3:93 BW, 3:236 BW). Het is deze laatste eis waaraan in het handelsverkeer niet altijd voldaan wordt. Daarmee verkrijgt degene die het cognossement onder zich krijgt geen pandrecht op het cognossement. Een dergelijk resultaat lijkt ongewenst, omdat de eigenaar wel heeft ingestemd met de totstandkoming van het pandrecht. Betoogd wordt daarom de rol van het endossement terug te dringen. Het endossement moet, naar wenselijk recht, niet meer worden opgevat als een goederenrechtelijk vereiste voor de totstandkoming van het pandrecht, maar slechts als een legitimatievereiste ten opzichte van de vervoerder. De vervoerder mag afleveren aan degene die zich door middel van het cognossement als de regelmatige houder legitimeren kan. Kan de cognossementhouder zich niet door middel van het cognossement als regelmatig houder legitimeren dan moet de cognossementhouder op andere wijze bewijs aanleveren dat hij, ondanks het ontbreken van regelmatig houderschap, toch de rechtmatig houder is van het cognossement. Een expediteur of bank die een onjuist geëndosseerd cognossement onder zich krijgt kan daarom, naar gewenst recht, toch rechthebbende zijn op het cognossement.

In de praktijk is het verder de vraag of de directe leer uit artikel 3:110 BW zich ook uitstrekt tot orderpapieren. Deze problematiek speelt vooral voor de bank die uit-

voering geeft aan een documentair krediet. De bank bij een documentair krediet verkrijgt het cognossement in dat geval van de verkoper, terwijl de koper optreedt als pandgever. In de literatuur wordt meestal geleerd dat de doorleveringsleer moet worden toegepast op orderpapieren. In het geval van een documentair krediet is het dan de bank die de eigendom van het cognossement verkrijgt en moet doorleveren aan de koper. De bank zal het cognossement dus moeten endosseren aan de koper (3:93 BW) en vervolgens zal de koper het cognossement weer in pand moeten geven aan de bank (3:236 BW). Een dergelijke benadering is niet realistisch en sluit niet aan bij de praktijk. Betoogd wordt daarom dat wel degelijk de directe leer uit artikel 3:110 BW, toepassing vindt op ordercognossementen. In het geval de directe leer toepasselijk is, verkrijgt de koper op het moment dat de bank het cognossement onder zich krijgt, de eigendom en verkrijgt de bank een pandrecht op het cognossement. Opnieuw wordt duidelijk dat het goederenrechtelijke vereiste van endossement dit ideale resultaat lijkt te verhinderen.

Ten slotte zijn in dit hoofdstuk nog enkele bijzondere problemen behandeld, namelijk dat de lading wordt afgeleverd zonder presentatie van het cognossement. De vraag rijst in dat geval of de pandhouder op cognossement nog zijn pandrecht op het cognossement en de lading behoudt. Betoogd wordt dat zulks het geval is. Daarnaast kunnen ook meerdere cognossementemplaren in omloop zijn. In dat geval zijn alle rechtmatige houders van een cognossementemplaar gerechtigd om aflevering van de lading te vorderen (8:413 BW). Die persoon die het eerst een cognossementemplaar geleverd heeft gekregen van de gemeenschappelijke voorman (de persoon met alle cognossementemplaren), heeft echter het beste recht op de lading (8:460 BW).

Hoofdstuk 7 gaat, net als in het vorige hoofdstuk, ook in op het pandrecht op cognossement. De focus ligt hier echter bij de aflevering van de lading en de problemen die dit kan opleveren voor de bank met een pandrecht op het cognossement. De bank zal zijn cognossement onder zich willen houden tot op het moment dat de pandgever zijn schuld heeft voldaan. De vervoerder zal echter zo spoedig mogelijk willen afleveren en de koper zal eveneens zo spoedig mogelijk over de zaken willen beschikken. Het is deze belangentegenstelling die ik zoveel mogelijk probeer op te lossen.

Een eerste oplossing is de vestiging van een stil pandrecht op het cognossement (3:237 BW). Hiermee is het mogelijk om het cognossement aan de koper (tevens pandgever) te overhandigen zonder dat het pandrecht van de bank tenietgaat. Het probleem is echter dat artikel 3:237 BW niet het pandrecht op een recht aan order regelt. In dit hoofdstuk heb ik verdedigd dat het ontbreken van een regeling nog niet betekent dat een pandrecht op orderpapier onmogelijk is.

Een tweede oplossing is het inschakelen van een derde door de pandhouder op het cognossement. Deze derde kan dan de lading van de vervoerder in ontvangst nemen en gaat deze lading vervolgens houden voor de bank. Een voor de hand liggende derde is daarbij de ontvangstexpediteur van de koper. In dat geval verliest de bank zijn zekerheidsrecht niet, omdat de ontvangstexpediteur de ontvangen lading niet alleen gaat houden voor de koper, maar ook voor de bank. Omdat de bank op deze manier de zaken in zijn macht houdt, gaat zijn zekerheidsrecht niet teniet. Een andere mogelijkheid is dat de derde een subkoper is aan wie de koper-pandgever de zaken wil doorverkoppen. De bank kan daarbij met de subkoper overeenkomen

dat deze de lading voor de bank zal blijven houden tot op het moment dat hij de koopprijs heeft gestort op de rekening van de koper bij de bank. De bank kan daarmee steeds zekerheid behouden terwijl het handelsverkeer voortgang kan vinden. Op deze manier is het zekerheidsrecht zoveel mogelijk aangepast aan een vlot handelsverkeer.

In het slothoofdstuk, *hoofdstuk 8*, maak ik de balans op van het geheel en kom ik tot de conclusie dat het huidige recht voor een groot deel bevredigend uitvalt. Niettemin zijn op sommige punten verbeteringen mogelijk. In dit hoofdstuk doe ik verschillende voorstellen tot aanpassing van de huidige wettelijke regeling. Ik laat verder zien dat de verkregen onderzoeksresultaten nauw aansluiten bij de *Draft Common Frame of Reference*. Dit is een wetenschappelijk project waarin een eerste stap wordt gezet in de richting van een Europees privaatrecht. Uit het feit dat de onderzoeksresultaten nauw aansluiten bij deze regeling, maak ik op dat het uitgevoerde onderzoek ook voor de toekomst zijn belang zal behouden.

Summary

The topic of this book is the role of security rights in commerce, more specific: a pledge and a lien (or right of retention) on movable property and bills of lading. Usually, logistic service providers and banks stipulate a security right in their general conditions. Logistic service providers are, *inter alia*, physical distributors, freight forwarders, carriers, ship brokers, stevedores and custodians (also called depositaries).

Dutch service providers insist on a pledge and a lien in their general conditions. This lien is agreed upon by the contractual parties and therefore I call it a contractual lien. Service providers could also invoke a legal lien, i.e. a lien that arises by operation of law. Banks only stipulate a pledge in their general conditions and not a (contractual) lien. Of course, they could also rely on a legal lien.

As is set out in *chapter 1* in commerce goods should be transported as fast as possible to the buyer of these goods. Speed is an essential element of trade. But, in practice, there are many reasons why the transportation of goods comes to a standstill. One of the reasons is that a service provider or a bank invokes a lien or a pledge. In that case, he is allowed to retain the goods until the moment that he is paid for his services. Therefore, the central question is under which circumstances it is allowed to disrupt the speedily flow of the transportation of the goods by involving a security right on the goods or a bill of lading.

In *chapter 2* I answer this central question in regard of a lien on movable property. In particular the lien of the freight forwarder and the carrier is investigated. It is in these cases that it is important to make a distinction between particular liens and general liens. A particular lien is a right to retain goods until the charges incurred have been paid. A general lien entitles a person in possession to retain the debtor's goods until all his claims on this debtor are satisfied. As a result, a general lien also gives a right to retain goods for debts which have no relationship with the goods in possession. Because of the freedom of contract, I assume that such a general lien is not inconsistent with the will of the parties. Therefore contractual parties are allowed to stipulate a general lien in the general conditions. As a general lien is in general not inconsistent with the will of the parties, there is also no objection to a general legal lien, i.e. a legal lien in regard of all claims on the debtor. At this point we have to take into consideration the Dutch Civil Code (CC). In Dutch law there are some general sections on liens in book 3 of the Civil Code (s. 3:290-295 CC, right of retention) and in book 6 of the Civil Code (s. 6:52-57 CC, right to suspend performance). Logistic service providers (like physical distributors, ship brokers, stevedores and custodians) and banks can invoke this legal lien. In book 8 of the Civil Code on the law of carriage and means of transportation, there are several sections prescribing specific rules for the lien of the freight forwarder and the carrier (s. 8:30, 8:69, 8:489, 8:954, 8:1131 CC).

Section 6:52 CC makes it possible that a person suspends the performance of his obligation for all debts he has on his contractual party. The sections in book 8 of the Civil Code differ from this article in that they only allow a particular lien. The reason of this deviation is the protection of the consignee, i.e. the recipient of the lading. The legislator deemed it undesirable that a consignee faces a general lien of the carrier. For a general lien could be a lien for the claims the carriers has on the shipper and not on the consignee. The consignee should not take the burden for debts the carrier can recover from the shipper. But, in practice, this protection of the consignee is not fully reached with the particular legal lien, because carriers could also rely on a general contractual lien. Therefore, I propose that in this type of cases a general lien against a consignee is, in principle, unacceptable according to standards of reasonableness and fairness (s. 6:2 (2) and s. 6:248 (2) CC). However, the scope of the sections concerning the lien of the carrier and the freight forwarder is too far reaching, because it also restricts a lien between the carrier and the shipper or the freight forwarder and his principal. In this type of cases, the principle of freedom of contract points in the direction of a general lien. For those reasons, I suggest that the carrier and the freight forwarder have the possibility to invoke section 6:52 CC, giving a debtor a right to suspend performance for all debts.

Chapter 3 discusses the problem under which circumstances a creditor has possession of movable property. This aspect is crucial, because only when he has possession of the goods, he can invoke a lien (s. 3:290 CC) or a pledge (s. 3:236 CC). Possession can be direct or indirect (s. 3:108 Civil Code). Cases of direct possession are not that difficult in practice. It is mostly clear that, for example, a custodian or a carrier has the goods in his possession. Cases in which a creditor pretends indirect possession of the goods are more difficult. It should be said in advance that this question can be very important, because a creditor can also invoke a lien in cases of indirect possession of the goods.

In chapter 3 I concluded that there are two situations in which a creditor has indirect possession of the goods. In the first case a bailee makes use of the service of a subbailee (sub-bailment). The subbailee holds in these circumstances the goods for the head bailee. An example of this situation is the case in which a depositary brings in a sub-depositary. In that case, the sub-depositary has the direct possession of the goods and the depositary has the indirect possession of the goods. Both, the sub-depositary and the depositary, can therefore invoke a lien. This could be problematic for a third party, who has to deal with many liens before he can get possession of the goods. In order to solve this problem, I propose that this type of stapled liens should be limited to cases where a bailor, mostly the owner of the goods, gave permission to a bailee to make use of a sub-bailee.

The second case is of substitutional bailment. In that kind of cases a person with indirect possession of the goods gave another person indirect possession of the goods. The most common example is the holder of a bill of lading. The holder of a bill of lading has the indirect possession of the goods. When he gives this bill in pledge, the pledgee gets the indirect possession of the goods. Like in the first case, there is a possibility that many security rights are involved simultaneously. For example a lien of the carrier on the goods and a pledge of the bank on the bill of lading. This should be allowed only when the owner of the goods agrees with these

security rights. Is that the case, then it is also permitted for the holders of a security right to disrupt the transportation of the goods by retaining it.

Chapter 4 concerns the third party effects of a lien. A contractual lien has, in accordance to Dutch law, in principle no third party effects. A legal lien can be invoked against third persons regardless of the fact that they have acquired a right to the property after the claim of the creditor has arisen or the third person has a prior right (s. 3:291 CC). The specific liens in book 8 of the Civil Code has also effect against a third party with a prior or a latter right, although this for the latter is not clearly mentioned in these sections.

In section 3:291 CC the following framework is laid down. A lien against a third party with a prior right could only be invoked in cases where the debtor is empowered to enter into a contract with the creditor, or the creditor has no reason to doubt that the debtor had such power. In these cases the creditor can invoke a particular lien against the third party with a prior right. The liens of the freight forwarder of the carrier, as laid down in specific sections in book 8 of the Civil Code, have the same legal consequences.

In chapter 4, I propose that under specific circumstances a general lien against a third party with a prior right should be allowed. At first the cases in which section 7:421 Civil Code applies. In this section it is laid down that when a mandatory became bankrupt, the third party may exercise against the mandator the rights arising from the contract after written notice to the mandatory and the mandator, to the extent that the mandator is correspondingly obliged towards the mandatory at the time of the notice. It follows that also if the mandator is obliged for debts that have no relationship with the goods the third party has in possession, that for these cases the third party could exercise his rights against the mandator. Therefore, he should also be allowed to invoke a lien.

Other examples are cases in which the third party with a prior right is extensively involved in the performance of the service provider. For example, if the third party, an owner, gives an instruction to a stevedore in which way he should unload the goods from the ship and if he does so in regard of many transportations, than it should be possible that the stevedore can invoke a general lien against the third party with a prior right.

A legal lien has also effect against a third party with a newer right than the creditor has on the goods. From section 3:291 Civil Code, it follows that the creditor can invoke the same lien against a third party with a later right as he could do against a contractual party (s. 6:52 CC). Therefore, a general lien against a third party with a newer right is allowed. At this point, the lien of the carrier or the freight forwarder is restricted to a particular lien. In this chapter, I make a proposal how to harmonize sections 3:291 and 6:52 Civil Code. In cases where a service provider contracts with an owner, he can always invoke a pledge for all debts outstanding to the owner.

On the same footing, the service provider should have the possibility to invoke a general lien. In cases where a service provider contracts with a party who is not an owner of the goods, the service provider can, in principle, not rely on a pledge. In these cases, it should only be possible to invoke a particular lien. For example, when a freight forwarder contracts with a custodian or a carrier, the custodian or the carrier could only invoke a particular lien against a third party with a later right and not a general lien.

It follows from this chapter that in most cases only a particular lien is possible against a third party, with the exception of the situation the third party has consented with general lien. This is in accordance with the demands of an expedient transportation of the goods, because a third party can in most cases easily receive the goods from the creditor.

In *chapter 5*, I investigate the problem of a pledge on movable property. A pledge fulfills a less important role in trade, because for the realization of a pledge it is required that the service provider contracts with a person who has the right to dispose of the property (s. 3:98 jo. 3:84 CC), in principle, only the owner. In many cases, a service provider does not contract with the owner. For example, a stevedore contracts mostly with a carrier, and a custodian with a freight forwarder. At these cases no pledge exists. This is not undesirable, because a pledge can be invoked against the contractual party and third parties for all claims the pledgee has on the pledgor. Especially in cases where a pledge has effect against a third party, the third party can be confronted with a heavy burden. Therefore, in my opinion it is only desirable that a pledge has effect in cases in which a service provider contracts with an owner. In that case the service provider can also invoke his pledge against a buyer of the goods. The buyer can, however, recover his losses from the seller (s. 7:15 Civil Code, s. 12 (2) (a) Sale of Goods Act 1979).

A pledge on movable property should, in principle, also have no effect against a bill of lading holder. The reason is that a bill of lading is issued in cases where an expedient transportation of the goods plays a dominant role. A pledge should, therefore, not disrupt the flow of goods. So, I propose a bill of lading holder should be considered to be in good faith if he relies on the content of the bill of lading and a pledge is not laid down in the bill of lading. In my proposal the bill of lading holder is also in good faith if he has the conviction that the agreement between the owner of the goods, who sells or pledges the bill of lading, and the pledgor on the goods (the carrier) can come to an end in a normal way by payment of the freight by the owner. In this way the third party with a bill of lading gets the unencumbered property or pledge on the goods.

Chapter 6 deals with the topic of a pledge on a bill of lading, especially on order bills of lading. In practice, a pledge on a bill of lading is mostly stipulated by a freight forwarder of a bank. Under Dutch law, a pledge on a bill of lading has at least two legal consequences. Firstly, a pledge on a bill of lading counts as a pledge on the lading itself (s. 8:417 CC). Secondly, in cases in which the pledgee of the bill of lading is the lawful and regular holder of the bill, he has the right to demand delivery of the goods from the carrier (s. 8:441 CC).

The starting point is that a pledge on a bill of lading is allowed in cases where the creditor contracts with an owner. In practice, however, a pledge sometimes fails to get into effect. The reason is that for a pledge on a bill of lading to enter into effect an endorsement of the bill to the pledgee is also required (s. 3:93 and 3:236 CC). In practice, an endorsement is sometimes wrongly made. For example, the bill of lading is endorsed to a buyer instead of a bank. Because an endorsement is a requirement of property law, without a valid endorsement the pledge on an order bill of lading does not have effect. In these situations, the requirement of a valid endorsement could therefore prevent the will of the parties to have effect, in cases

the parties agree on a pledge but failed to make a valid endorsement. As a solution for this problem, I propose that an endorsement should not be seen as a requirement of property law, but only as a way to give evidence to the carrier that the holder of the bill is a lawful holder. Therefore, it should be possible that a freight forwarder of a bank gets a pledge on an order bill of lading unendorsed or wrongly endorsed, if there is an agreement between the parties about this pledge.

Another problem with a pledge on an order bill of lading that comes across is in case of a letter of credit. In these cases, the bank stipulates for a pledge on a bill of lading. She does so in an agreement with the buyer. However, it is the seller who presents and endorses the bill of lading to the bank (or the bank is named on the bill of lading as a consignee). Even though the bill is not endorsed to the buyer, the buyer becomes owner of the bill and the bank pledgee. The fact that nobody endorses the bill to the buyer does not stand in the way for the buyer to become owner of the bill and for the bank to become pledgee of the bill of lading. This could be explained by applying section 3:110 Civil Code to order bills of lading. It is further possible that the goods are delivered without presentation of the bill of lading. In the situation that a bank has also already the bill of lading in his possession, the bank does not lose his pledge at the time of delivery of the goods to someone else. Consequently, the bank can claim damages from the carrier for delivery to another person than the lawful and regular holder of the bill. The bank can also recover the goods from the person to who the goods are delivered.

It is also possible that the bank get the bill of lading in his possession after the moment the carrier has delivered the goods to another without presentation of the bill. In this chapter it is proposed that in such situations the bank can claim damages from the carrier within the applicable limitation period (one year after the moment on the bill of lading that the carrier delivers the goods). After the moment of delivery of the goods the bill of lading loses its function as a document of title. From that moment, it is no longer possible to pledge the goods by a pledge on the bill of lading. The owner of the goods, who has also possession of the bill of lading, preserves the possibility to pledge the goods itself.

Chapter 7 focuses on the role of a pledge on the bill of lading around the delivery of the lading. In these situations, the transportation of goods could easily come to a standstill. When the bank retains the bill in his possession, the carrier is not entitled to deliver the goods to the buyer. The carrier has, in that case, the right to put the goods in storage with a third person in a suitable storehouse or lighter, for the account and at the risk of the person entitled thereto (s. 8:490 CC). The problem with this solution is that the costs of storage can become very high in the case the bank refuses to hand over the bill to the buyer. In addition, the buyer cannot dispose of the goods.

In this chapter several solutions are proposed to solve this problem, so that the buyer can dispose of the goods while at the same time the bank does not lose his pledge. The pledge on a bill of lading and a speedily transportation of the goods are as much as possible harmonized.

It should be borne in mind that under Dutch law, it is not possible to give the bill of lading in trust to the buyer. In Dutch law there is an alternative: a pledge without possession of the bill of lading (s. 3:237 CC). Legal scholars are unanimous in their opinion that this section cannot be applied to order bills of lading. Contrary to this

opinion I suggest that nothing should hold us back to accept that a pledge without possession is also possible in regard of order bills of lading.

It is further possible that a bank hands over the bill of lading to a third party who holds the bill for the bank. In that case, the bank has indirect possession of the bill. The third party could, for example, be a freight forwarder. In that case, the freight forwarder holds the goods for the bank and the buyer together. The freight forwarder receives the bill of lading from the bank and presents it to the carrier and receives the goods. In this way, the bank holds a pledge on the goods without interfering in the speedily flow of the goods.

Another possibility is that the bank hands over the bill to a sub-buyer on the condition that he pays the purchase price on the bank account of the buyer at the bank. In that case, the bank receives his money and the transportation of the goods is not disrupted.

Chapter 8 is the concluding chapter. It becomes clear that under Dutch law fair solutions can be reached to the different problems in the exercise of security rights in trade. But it is not in all cases possible to simply refer to a statutory provision. All problems can be solved when some basic principles are consistent applied. There are two principles, I would refer to at this point. The first principle is the consent of a person in regard of the existence of a security right. In these cases, it is fair that a security right has effect and that it disrupts the smooth flow of the goods. The second principle is the element of publicity. In cases where a third party knows or should know that a security right exists, they should be subject to the enforcement of the security right. These two principles apply to the pledge and the lien. These principles can also function as cornerstones of an ideal uniform security right. In this last chapter, I make a rough outline of an ideal uniform security right.

Lijst van aangehaalde literatuur

Aarts 1986

C.C.J. Aarts, 'Nogmaals: Het retentierecht van de advocaat. Ofwel: 'Pour retenir il faut d'abord tenir'', *Advocatenblad* 1986-6, p. 133-137.

Aarts 1990

C.C.J. Aarts, *Het retentierecht* (diss. Nijmegen), 1990.

Ahrens 2003

Claus Ahrens, *Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte. Voraussetzungen – Rechtsfolgen – Verfahrensrechtliche Behandlung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003.

Aikens, Lord & Bools 2006

Richard Aikens, Richard Lord & Michael Bools, *Bills of Lading*, London: Informa 2006.

Akkermans 2008

Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Altmeyden 1993

Holger Altmeyden, 'Zur rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte', *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (157) 1993, p. 541-558.

Andresen 2004

B. Andresen, 'Das inkonnexe Pfandrecht im Transportrecht', *Transportrecht* 2004-3 Sonderbeilage, p. V-VII.

Asser 2-I/Van der Grinten 1990

W.C.L. van der Grinten, m.m.v. S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2-I Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De vertegenwoordiging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Asser 2-I/Kortmann 2004

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2-I Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser 3-I/Mijnssen 2006

F.H.J. Mijnssen, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3-I Vermogensrecht algemeen. Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser 3-III/Van Oven 1978

A. van Oven, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3-III Zakenrecht. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

Asser 3-VI/Van Mierlo/Van Velten 2010

A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3-VI Vermogensrecht algemeen. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser 6-I/Hartkamp/Sieburgh 2008

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-I Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser 6-III/Hartkamp/Sieburgh 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-III Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser 7-II/Japikse 2004

R.E. Japikse, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7-I Verkeersmiddelen en vervoer. Algemene bepalingen en rederij*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser 7-IV/Tjong Tjin Tai 2009

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7-IV Bijzondere overeenkomsten. Opdracht, incl. geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Scholten 1933

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel – Zakenrecht (7^e druk)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933.

Asser/Scholten 1945

P. Scholten, m.m.v. G.J. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel – Zakenrecht (8^e druk)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

Aubel 1972

C.P. Aubel, *En passant de tweede hand. Over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden*, Deventer: Kluwer 1972.

Bakels 1996

F.B. Bakels, 'Vloeiend verbintenissenrecht', *RM Themis* 1996-2, p. 42-56.

Bakels 2009

F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', *WPNR* 2009 (6796), p. 337-346; (6797), p. 359-369.

Bartels 1997

S.E. Bartels, 'Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid', in: B.W.M. Nieskens-Ispording, E.M. Hemmen & T.H.D. Struycken (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 79-103.

Bartels 2004

S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Boom 2004.

Basedow 1987

Jürgen Basedow, *Der Transportvertrag. Studien zur Privatrechtsangleichung auf regulierten Märkten*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1987.

Baughen 2009

Simon Baughen, 'Charterparty bills of lading – cargo interests' liabilities to the shipowner', in: D. Rhidian Thomas (ed.), *The evolving law and practice of voyage charterparties*, London: Informa 2009, p. 217-250.

Baur/Stürner 2009

Frits Baur, Jürgen F. Baur & Rolf Stürner, *Sachenrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2009.

Bayer 1995

Walter Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter. Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1995.

Beale, Bridge, Gullifer & Lomnicka 2007

Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer & Eva Lomnicka, *The law of personal property security*, Oxford: University Press 2007.

Beekhuis 1960-1961

J.H. Beekhuis, 'Jurisprudentie. Seneca/Forum Bank', *Ars Aequi* 1960-1961, p. 272-275.

Bell 1989

Andrew P. Bell, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, London/Edinburgh: Butterworths 1989.

Benjamin/Guest 2006

A.G. Guest (ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell 2006.

Berger 1998

Christian Berger, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1998.

Van Beukering-Rosmuller 1992

E.J.H. van Beukering-Rosmuller, *De expeditie-overeenkomst* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Biemans 2008

J.W.A. Biemands, 'Inning, betaling en afdracht bij stille cessie in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 435-470.

Bools 1997

Michael D. Bools, *The bill of lading. A document of title to goods. An Anglo-American comparison*, London/Hong Kong: LLP 1997.

Boon 1988

M.N. Boon, *Het documentaire accreditief. De rechtspositie van de opdrachtgever ingevolge de UCP. Een rechtspraak- en doctrinevergelijkende studie* (diss. Utrecht), 1988.

Boon 1997

M.N. Boon, *De internationale koop en het documentair accreditief ingevolge de UCP 1993*, Deventer: Kluwer 1997.

Boonk 1993

H. Boonk, *Zeevervoer onder cognossement*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Boonk 2003

H. Boonk, 'HR 29 november 2002 RvdW 2002, 197 (Ladoga 15); de grondslag van de rechtsverkrijging door de derde-cognossementhouder', *TVR* 2003-4, p. 132-138.

Boonk 2007a

H. Boonk, 'Cognossement en legitimatie', *TVR* 2007-4, p. 91-99.

Boonk 2007b

H. Boonk, 'Cognossement en cognossementhouder', *NTBR* 2007-9, p. 372-379.

Boukema 1966

C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop. In het bijzonder tussen artikel 1401 B.W. en andere wetsbepalingen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966.

Boukema 1992

C.A. Boukema, *Samenloop. Monografieën Nieuw BW A21*, Deventer: Kluwer 1992.

Bowstead & Reynolds 2006

F.M.B. Reynolds m.m.v. Michele Graziadei, *Bowstead and Reynolds on agency*, London: Sweet & Maxwell 2006.

Bowtle 2002

Graeme Bowtle, 'Liens on sub-freights. Re Brumark', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2002, p. 289-292.

Bracker 1999

Jacobus Bracker, 'Aktuelle Entwicklungen im Recht des internationalen Straßengütertransports', *Transportrecht* 1999-1, p. 7-16.

Brahn 1974

O.K. Brahn, 'De beschikkingsbevoegdheid van de houder van roerend goed', *WPNR* 1974 (5260), p. 267-270.

Brahn 1992

O.K. Brahn, *Levering, beschikkingsbevoegdheid. Monografieën Nieuw BW B6b*, Deventer: Kluwer 1992.

Bräuer 2006

Gregor Bräuer, 'Das Pfandrecht des Frachtführers in der Krise des Absenders – Erwerb einer insolvenzfesten Rechtsposition?', *Transportrecht* 2006-5, p. 197-202.

Breukers 1987

B.J. Breukers, 'Art. 1376 en de sinaasappels. HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35', *WPNR* 1987 (5851), p. 639-643; (5852), p. 659-661.

Bridge 2002

M.G. Bridge, *Personal property law*, Oxford: University Press 2002.

Bridge 2009

M.G. Bridge, *The sale of goods*, Oxford: University Press 2009.

Brox 2005

Hans Brox, *Handels- und Wertpapierrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2005.

De Bruijn 1930

A.R. de Bruijn, 'Eenige opmerkingen over retentierecht', *WPNR* 1930 (3153), p. 332-335.

Brüning-Wildhagen 2000

Ursel Brüning-Wildhagen, *Pfandrechte und Zurückbehaltungsrechte im Transportrecht. Ein Vergleich zwischen altem und neuem Recht* (diss. Hamburg), Hamburg: LIT 2000.

Brunner 1974

C.J.H. Brunner, 'De opdracht (Ontwerp boek 7, titel 7)', *WPNR* 1974 (5285), p. 783-791; (5286), p. 803-808.

Bugden & Lamont-Black 2010

Paul m. Bugden & Simone Lamont-Black, *Goods in transit and freight forwarding*, Sweet & Maxwell 2010.

Van Buggenhout & Cornelis 1978

Chr. van Buggenhout & L. Cornelis, 'Retentierecht, pand en faillissement', *Rechtskundig Weekblad* 1977-1978 nr. 22 (28 januari 1978), p. 1409-1426.

Cahen 1964

J.L.P. Cahen, *Het cognossement* (diss. Amsterdam UvA), Gouda Quint 1964.

Cahen 1965

J.L.P. Cahen, 'Kortsluiting in contractuele verhoudingen', *RM Themis* 1965, p. 473-507.

Cahen 1968

J.L.P. Cahen, 'De driehoeksverhouding tussen eigenaar, hypotheekhouder en retentor', *RM Themis* 1968, p. 130-144.

Cahen 1969-1970

J.L.P. Cahen, 'Retentierecht naar Nederlands recht. Preadvies van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland', *Jaarboek 1969-1970*. XII, Zwolle/Antwerpen: W.E.J. Tjeenk Willink/Uitgeverij de Sikkel 1969-1970, p. 132-143.

Cahen 2004

J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden. Monografieën Nieuw BW B57*, Deventer: Kluwer 2004.

Canaris 1988

Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht. Erster Teil*, Berlin: Walter de Gruyter 1988.

Cauffman 2005

Caroline Cauffman, 'Retentierecht. Tegenwerpelijkheid aan de verkoper, titularis van een eigendomsvoorbehoud', *NJW* 2005-114 (1 juni 2005), p. 686-689.

Carver/Colinvaux 1982

Raoul Colinvaux, *Carver's Carriage by sea. Volume 2* (British Shipping Laws), London: Steven & Sons 1982.

Carver/Treitel/Reynolds 2005

Guenter Treitel & F.M.B. Reynolds, *Carver on bills of lading* (British Shippings Laws), London: Sweet & Maxwell 2005.

Claringbould 1987

M.H. Claringbould, 'The right of the carrier by road to retain goods', in: Jan Theunis (ed.), *International Carriage of Goods by Road (CMR)*, London/New York/Hamburg/Hong Kong: Lloyd's of London Press 1987, p. 210-223.

Claringbould 1994

M.H. Claringbould, *Toelichting op de Algemene Vervoercondities 1983*, 's-Gravenhage: Stichting Vervoeradres 1994.

Claringbould 1996

M.H. Claringbould, *Het schip en zijn cognossementen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Claringbould 1997

M.H. Claringbould, 'Het cognossement', in: *Vervoersrecht in boek 8 BW. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 127-149.

Claringbould 1998

M.H. Claringbould, 'Het cognossement in het goederenrecht', in: *Van Beheering 'goederenrechtelijke beschouwingen'. Twaalf opstellen bij het zestiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdenvijftiende geboortedag van Hugo de Groot*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 11-29.

Claringbould 2010a

M.H. Claringbould, 'Retentierecht, pand, instructies en ook nog arbitrage', in: *Syllabus. De CMR-praktijk. Het tweejaarlijkse congres van sVa/Stichting Vervoeradres 2010. De syllabus is onder meer op te vragen via <http://shop.beurtvaartadres.nl/Products/StandaardCatalogus/MC13/SC30/Default.aspx>*

Claringbould 2010b

M.H. Claringbould, 'Het transportdocument en het 'right of control'', in: G.J. van der Ziel e.a., *Rotterdam Rules en Boek 8 BW. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 101-133.

Claringbould 2010c

M.H. Claringbould, 'Het retentierecht is weer hot!', *Weg en Wagen 2010* (januari), p. 3-5.

Clarke 1991

M.A. Clarke, *International Carriage of goods by road: CMR*, London: Sweet & Maxwell 1991.

Clarke & Yates 2008

Malcolm A. Clarke & David Yates, *Contracts of carriage by land and air*, London: Informa 2008.

Clerx 1983

Ed Clerx, 'Opschortingsrechten in het NBW', *Ars Aequi* (32) 1983-5, p. 425-433.

Cleveringa 1961

R.P. Cleveringa, *Zeerecht. Publiek- en privaatrecht 5*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961.

Coppens 1969-1970

Pierre Coppens, 'Retentierecht naar Belgisch recht. Preadvies van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland', *Jaarboek 1969-1970*, XII, Zwolle/Antwerpen: W.E.J. Tjeenk Willink/De Sikkel 1969-1970, p. 145-157.

Czerwenka 1997

Beate Czerwenka, 'Das neue Transportrecht nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts. Abweichungen gegenüber dem Kommissionsentwurf', *Transportrecht* 1997-10, p. 353-359.

Dahan & Simpson 2004

Frédérique Dahan & John Simpson, 'The European Bank for Reconstruction and Development's Secured Transactions Project: a model law and ten core principles for a modern secured transactions law in countries of Central and Eastern Europe (and elsewhere!)', in: Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: University Press 2004, p. 98-113.

Dalhuisen 2003

J.H. Dalhuisen, *Zekerheid in roerende zaken en rechten. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-84.

Davies 2004

Iwan Davies, 'The reform of English personal property security law: functionalism and Article 9 of the Uniform Commercial Code', *Legal Studies* 2004-3, p. 295-321,

DCFR 2010

Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Volume I-VI*, Oxford: University Press 2010.

Debattista 2008

Charles Debattista, *Bills of lading in export trade. Formerly The Sale of Goods Carried by Sea*, Haywards Heath: Tottel 2008.

Debattista 2009

Charles Debattista, 'Rights of the controlling party', in: Yvonne Baatz e.a., *The Rotterdam Rules: a practical annotation*, London: Informa 2009, p. 151-172.

Dehouck 2007

Christophe Dehouck, *Documentair krediet*, Brugge: Die Keure 2007.

Dekkers/Dirix 2005

René Dekkers, bewerkt door Eric Dirix, *Handboek burgerlijk recht. Deel II Zakenrecht – Zekerheden – Verjaring*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Van Delden & Bannier 1999

R. van Delden & F.A.W. Bannier, *Betalingsverkeer (documentair krediet/documenten) (Serie Bank- en Effectenrecht, nr. 7)*, Deventer: Kluwer 1999.

Delwaide 1988

L. Delwaide, 'De inpandgeving van de handelszaak en het scheepskrediet', in: J. Blockx e.a. (red.), *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen: Kluwer 1988, p. 175-214.

Demuth 2001

Klaus Demuth, 'Gesetzliche und vertragliche Pfand- und Zurückbehaltungsrechte des Spediteurs und des Frachtführers. Wirkung dieser Rechte in Deutschland', *European Transport Law* 2001, p. 751-759.

Diamond 2009

Anthony Diamond, 'The Rotterdam Rules', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2009-4, p. 445-536.

Didier 2004

Timo Didier, 'Unsicherheitseinrede und Pfandrecht zur Sicherung von Frachtforderungen', *NJW* 2004-12, p. 813-815.

Dirix 1996a

Eric Dirix, 'De tegenwerpelijkheid van het retentierecht', *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1996, p. 219-225 (noot onder Hof van Cassatie 16 juni 1995, T.B.H 1996, p. 215-219).

Dirix 1996b

E. Dirix, 'Nieuw recht in België omtrent de cessie en inpandgeving van schuldvorderingen en de bankhypotheek', *WPNR* 1996 (6228), p. 456-460.

Dirix 1997

E. Dirix, 'Eigendomsvoorbehoud', *Rechtskundig Weekblad* 1997-1998, nr. 15, p. 481-496.

Dirix & De Corte 2006

Eric Dirix & Roger de Corte, *Zekerheidsrechten. Beginselen van Belgisch Privaatrecht XII*, Kluwer: Mechelen 2006.

Dirix 2007

Eric Dirix, 'Functionele analyse van zekerheidsrechten', in: W. Pintens e.a. (red.), *Vigilantibus ius scriptum* (Feestbundel voor Hugo Vandenberghe), DieKeure 2007, p. 119-128.

Driessen 1973

A.E. Driessen, 'Overliggeld en overligtijd', in: *Scheepsraad. Een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8 Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder auspiciën van de Vereeniging "Handelsrecht" en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 133-140.

Drion 1942

J. Drion, 'Levering van roerend goed, dat zich in handen van een derde bevindt', *WPNR* 1942 (3771), p. 109-111; (3772), p. 117-119; (3773), p. 125-128; (3774), p. 134-137; (3775), p. 141-143.

Drion 1957

H. Drion, 'Dient de wet regelen te bevatten omtrent bedingen tot beperking of opheffing van aansprakelijkheid, en zo ja, welke?' (preadvies), *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1957, I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Drobnig 1977

Ulrich Drobnig, 'Report of the Secretary-General: study on security interests' (A/CN.9/131), *Uncitral Yearbook* 1977 (te raadplegen op unictral.org).

Drobnig 1999

Ulrich Drobnig, 'Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit? Vergleichender Generalbericht', in: Karl. F. Kreuzer (Hrsg.), *Mobiliarsicherheiten. Vielfalt oder Einheit?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, p. 9-41.

Dromgoole & Baatz 1998

Sarah Dromgoole & Yvonne Baatz, 'The bill of lading as a document of title', in: Norman Palmer & Ewan McKendrick (eds.), *Interests in goods*, London/Hong Kong: LLP 1998, p. 547-594.

Dumke 1970

Wolfgang Dumke, *Das Konnossement als Wertpapier* (diss. Hamburg), Hamburg 1970.

Eggens 1926

J. Eggens, 'Het jongste arrest van den H.R. in zake art. 2014', *NJB* 1926, p. 87-92.

Eggens 1934

J. Eggens, 'De retentor en art. 2014 B.W.', *WPNR* 1934 (3366), p. 278-280; (3367), p. 289-290; (3368), p. 301-303.

Elders 1985

J.L.M. Elders, 'Artikel 3.10.4A.5 Nieuw BW, een problematische bepaling', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985-1, p. 5-6.

Ellinger, Lomnicka & Hooley 2002

E.P. Ellinger, Eva Lomnicka & Richard Hooley, *Modern Banking Law*, Oxford: University Press 2002.

Ellinger 2003

E.P. Ellinger, 'Trust receipt financing', *Journal of International Banking Law and Regulation* 2003, p. 305-310.

Van Empel & Huizink 2002

G. van Empel & J.B. Huizink, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, Deventer: Kluwer 2002 (vijfde druk).

Van Empel & Huizink 2007

G. van Empel & J.B. Huizink, *Goederenvervoer over zee, binnenwater en over de weg*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Erp 2005

J.H.M. van Erp, 'Naar een ingrijpende herziening van het Franse goederenrecht vanuit een 'vision d'ensemble'?', *NTBR* 2005-8, p. 350-353.

Van Erp 2006

J.H.M. van Erp, 'Nieuw Frans zekerhedenrecht', *WPNR* 2006 (6674).

Faber 1997

N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 179-221.

Faber 2000

N.E.D. Faber, 'Beschikken in het heden met het oog op de toekomst', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid* (BW-krant jaarboek 16), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 173-184.

Faber 2007

N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus Amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 33-58.

Van der Feltz 1896

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling, Eerste Deel*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896. Herdrukt onder redactie van S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet, Serie Onderneming en Recht Deel 2-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Fentener Van Vlissingen 1891

Augustus Fentener Van Vlissingen, *Misbruik van Cognoscements-exemplaren* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: De Erven H. van Munster & Zoon 1891.

Fesevur 1984

J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Monografieën Nieuw BW B13), Kluwer: Deventer 1984.

Fesevur 1988

J.E. Fesevur, *Retentierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988.

Fesevur 1990

J.E. Fesevur, 'Fiduciaire eigendom, pandrecht en warrantage', *Advocatenblad* (70) 1990-20, p. 537-540.

Fesevur 1992a

J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Monografieën Nieuw BW B13), Deventer: Kluwer 1992.

Fesevur 1992b

J.E. Fesevur, 'Derdenwerking van retentierecht', *NTBR* 1992-5, p. 177-178.

Fesevur 2002

J.E. Fesevur, 'Derdenwerking van retentierecht bij een duurovereenkomst', *NTBR* 2002-8, p. 391-393.

Fesevur 2003

J.E. Fesevur, 'Retentie (goede trouw; opeisingsrecht). Noot bij HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 133 (Van der Wal/Duinstra; bewaarneming van gestolen boot', *NTBR* 2003-1, p. 55-59.

Fikentscher & Heinemann 2006

Wolfgang Fikentscher & Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin: De Gruyter 2006.

Flach 2001

R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten: aard en omvang van de op schepen rustende voorrechten* (diss. Groningen), 2001.

Ford 1999

Timothy G. Ford, 'Pledges and pawns', in: Lord Mackay of Clashfern (ed), *Halsbury's Laws of England* (4th edition reissue). Volume 36(1), London: Butterworths 1999, par. 101-140.

Foxton 2008

David Foxton, 'Indemnities in time charters', in: D. Rhidian Thomas, *Legal issues relating to time charterparties*, London: Informa 2008, p. 93-113.

Franken 1982

Eckard Franken, *Dingliche Sicherheiten und Dokumente des Kombinierten Transports* (diss. Köln), 1982.

Fremuth & Thume 2000

Fritz Fremuth & Karl-Heinz Thume, *Kommentar zum Transportrecht. §§ 407-475h HGB, CMR, WA und ADSp*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH 2000.

Fujita 2010

Tomotaka Fujita, 'Transport Documents and Electronic Transport Records', in: Alexander von Ziegler, Johan Schelin & Stefano Zunarelli, *The Rotterdam Rules 2008. Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 161-188.

Füller 2006

Jens Thomas Füller, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Gaskell, Asariotis & Baatz 2000

Nicholas Gaskell, Regina Asariotis & Yvonne Baatz, *Bills of lading: law and contracts*, London: LLP 2000.

Goldschmidt 1973

Levin Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts, Teil C Die Lehre von der Ware* (Band 2 Lieferung 1 in 2. Auflage (§§ 60-64); Band 1 Abteilung 2 in 1. Auflage (§§ 65-109). Neudruck der ausgabe Stuttgart 1868-1883) Aalen: Scientia Verlag 1973.

Goode 1988

Roy Goode, 'The Codification of Commercial Law', *Monash University Law Review* (14) 1988-September, p. 135-157.

Goode 1992

Roy Goode, 'The Codification of Commercial Law', in: Ross Cranston (ed.), *Commercial law*, Aldershot: Dartmouth, p. 537-559.

Goode 1998a

Roy Goode, 'The Protection of Interests in Movables in Transnational Commercial Law', *Uniform Law Review* 1998, p. 453-465.

Goode 1998b

Roy Goode, 'Security in Cross-Border Transactions', *Texas International Law Journal* 1998, p. 47-52

Goode 2004

Roy Goode, *Commercial Law*, London: Penguin 2004.

Goode/McKendrick 2010

Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, London: Penguin 2010.

Greebe 1944

A. Greebe, *Transportrecht. De algemeene vervoercondities en de verdere voorwaarden waarop het goederenvervoer langs den weg geschiedt*, 's-Gravenhage: Jongbloed 1944.

Gretton 1990

George L. Gretton, 'Pledge, bills of lading, trusts and property law'. *Juridical Review* 1990, p. 23-34.

Van der Grinten 1973

W.C.L. van der Grinten, 'Nationaal Grondbezit-Kamphuis', *Ars Aequi* 1973, p. 565-571.

Van der Grinten 1993

W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving* (Monografieën Nieuw BW B81), Deventer: Kluwer 1993.

Groefsema 1993

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Groothuis 1997

L.F. Groothuis, 'Het retentierecht van de expediteur', *TVR* 1997-2, p. 1-6.

GroßKomm HGB (Canaris) 2004

Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling & Peter Ulmer, *Handelsgesetzbuch. Großkommentar. Begründet von Hermann Staub*, Berlin: De Gruyter Recht 2004, § 363-365 HGB.

Gutteridge & Megrah/King 2001

Richard King, *Gutteridge & Megrah's Law of Bankers' Commercial Credits*, London: Europa Publications 2001.

Haak 1984

K.F. Haak, *De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge de CMR*, 's-Gravenhage: Stichting Vervoeradres 1984.

Haak 1992

K.F. Haak, *De expediteur: een grensgeval* (oratie EUR), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Haak 1997a

K.F. Haak, 'Van drie partijen en halve varkens', in: *Miscellanea. Jurisconsulto vero Dedicata* (J.M. van Dunné-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 103-114.

Haak 1997b

K.F. Haak, 'Het retentierecht in boek 8 BW', in: W.J.G. Oosterveen e.a., *Vervoersrecht in boek 8 BW* (Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht' en Nederlandse Vereniging voor zee- en vervoerrecht, W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 79-100.

Haak 1997c

K.F. Haak, 'Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht', in: K.F. Haak, D. Dokter & R. Zwitser (red.), *Recht in bedrijf*, Gouda Quint/Erasmus Universiteit Rotterdam. Sanders Instituut 1997, p. 107-120.

Haak & Zwitser 2003

K.F. Haak & R. Zwitser, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, Kluwer/Sanders Instituut 2003.

Haak 2003

K.F. Haak, 'Het privaatrechtelijk statuut van de logistieke dienstverlener in Nederland, i.h.b. het retentierecht en het pand', in: Eric van Hooydonk (ed.), *Expediteurs en scheepsagenten: het gewijzigde juridische landschap*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 369-400.

Haak 2006a

K.F. Haak, 'Uniform vervoerrecht: verwezenlijking en beperking', in: F. de Ly, K.F. Haak & W.H. van Boom (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom 2006, p. 183-202.

Haak 2006b

K.F. Haak, 'Is het wenselijk/noodzakelijk de CMR te herzien?', *NTHR* 2006-3, p. 69-81.

Haak 2009 (T&C BW)

K.F. Haak, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 6, 7 en 8*, Deventer: Kluwer 2009.

Haak & Zwitser 2010

K.F. Haak & R. Zwitser, *Van haven en handel. Hoofdzaken van het handelsverkeersrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

De Haan 1946

C.J. de Haan, *Eigendomsovergang van roerende zaken* (diss. Amsterdam UvA), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1946.

Haentjens 2008

M. Haentjens, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen. HR 22 februari 2008, C06/254HR (Meibergen/Bouma q.q. en ABN AMRO)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2008-6, p. 129-132.

Halsema 1992

Matthieu J.H. Halsema, 'Warrantage en eigendomsvoorbehoud onder het BW', *Ars Aequi* (41) 1992, p. 131-139.

Van Harinxma thoe Slooten 1990

L.R. van Harinxma thoe Slooten, 'Door 'warrantage' meer kredietmogelijkheden op handelsgoederen', *Nederlands Juristenblad* 1990-37, p. 1447-1451.

Van Hasselt 1993

Martin van Hasselt, 'Het retentierecht van de expediteur in Boek 8 BW', *Ars Aequi* (42) 1993-5, p. 379-387.

Hartkamp 1974

A.S. Hartkamp, 'Het begrip leveringstitel', *WPNR* 1974 (5267), p. 375-383, (5268), p. 393-399.

Hartkamp 2004

A.S. Hartkamp, 'De samengestelde overdrachtstitel en zijn manco's', *WPNR* 2004 (6596).

Helder 1999

N.J. Helder, 'De positie van de douane-expediteur en diens recht op zekerheid', *TVR* 1999-6, p. 145-156.

Helmle 1935

Bruno Helmle, *Das Pfandrecht des Spediteurs, Frachtführers und Lagerhalters* (diss. Heidelberg), Bottrop i.W.: Buch- und Kunstdruckerei Wilh. Postberg 1935.

Herber 1999

Rolf Herber, *Seehandelsrecht. Systematische Darstellung*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1999.

Heurterre 1983

P. Heurterre, 'Enkele beschouwingen over het retentierecht', in: *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen: Kluwer 1983, p. 159-172.

Heymann 1905

Ernst Heymann, 'Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (Konossement, Ladeschein, Lagerschein)', in: *Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum, III. Teil. Recht der Gegenwart*, Breslau: Verlag von M. & H. Marcus 1905, p. 133-241.

Heyning-Plate 1969

L.S.C. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1969.

Heyning-Plate 1970

L.S.C. Heyning-Plate, m.m.v. G. Suetens-Bourgeois, 'Enkele beschouwingen over het retentierecht naar Belgisch en Nederlands recht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1970-2, p. 183-203.

Heyning-Plate 1972

L.S.C. Heyning-Plate, 'Afdeling 3.10.4a Nieuw Burgerlijk Wetboek. Het retentierecht', *WPNR* 1972 (5167), p. 147-150.

Heyning-Plate 1973

L.S.C. Heyning-Plate, 'Retentierechten in het 8^e boek van het ontwerp B.W.', in: *Scheepsraad. Een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8 Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder auspiciën van de Vereniging "Handelsrecht" en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 152-164.

Hijma 2000

Jac Hijma, 'Derdenwerking exonerie stuwadoor. HR 21 januari 2000, RvdW 2000, 24 C (ODS/CPS)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2000-7, p. 72-74.

Hill 1972

D.J. Hill, *Freight forwarders*, London: Stevens & Sons 1972.

Hoeks 2009

M.A.I.H. Hoeks, *Multimodal Transport Law. The law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods* (diss. Rotterdam), 2009.

Hoetink 1982

H.R. Hoetink, 'Rechtsschijn en goede trouw', in: J.A. Ankum, H.J.N. Boskamp & J.L.P. Cahen, *H.R. Hoetink. Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982, p. 181-218.

Holtius 1834

A.C. Holtius, 'Over bezitverkrijging bij cognosement', *Bijdragen tot regtsgeleerdheid en wetgeving, verzameld en uitgegeven door mr. C.A. den Tex en mr. J. van Hall. Achtste Deel. Voor het jaar 1834*, Amsterdam: De Erven H. Gartman 1834, p. 181-252.

Houben 2007

I.S.J. Houben, 'Exclusiviteit', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 25-42.

Hudson 1998

Anthony Hudson, 'Sollicitor's liens', in: Norman Palmer & Ewan McKendrick (eds.), *Interests in goods*, London/Hong Kong: LLP 1998, p. 649-660.

Van Huizen 1999a

P.H.J.G. van Huizen, 'Het incasso (endossement) in het vervoer', *TVR* 1999-3, p. 71-77.

Van Huizen 1999b

Ph.J.G.H. van Huizen, 'De positie van de derde cognosementhouder binnen art. 17 EEX: rechtsopvolger?', in: *Liber Amicorum Hubert Libert*, Antwerpen: Maklu 1999, p. 507-517.

Huizink 1998

J.B. Huizink, 'De derde-cognosementhouder wordt geen partij', *TVR* 1998-1, p. 15-16.

Huyghe 2011

G. Huyghe, 'Retentierecht in het vervoer', *TVR* 2011-2, p. 65-69.

Jack 1993

Raymond Jack, *Documentary Credits. The law and practice of documentary credits including standby credits and demand guarantees*, London/Dublin/Edinburgh: Butterworths 1993.

Jacobi 1906

Ernst Jacobi, *Das Wertpapier als Legitimationsmittel*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München 1906.

Jansen 2001

C.J.H. Jansen, 'De positie van de eigendomsvoorbehoudkoper', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 285-293.

Jansen 2008

J.E. Jansen, 'Potharst/Serrée in het Romeinse recht. Enige opmerkingen over het overdragen van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2008, p. 75-91.

Jansen 2009

Ruud Jansen, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Intersentia: Antwerpen/Oxford 2009 (handelseditie proefschrift).

Jansen 2009-2010

Ruud Jansen, 'De verhouding tussen beschikkingsonbevoegdheid en het nemo plus beginsel', *Rechtskundig Weekblad* 2009-2010, nr. 11 (14 november 2009), p. 434-444.

Janssen 2007

J.F.M. Janssen, 'Wanneer is sprake van samenloop?', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-23.

Japikse 1980

R.E. Japikse, 'Aflevering onder Hague Rules-cognossement', in: *Recht door Zee* (Liber amicorum H. Schadee), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 111-124.

Japikse 1982

R.E. Japikse, *Het schip en zijn schuldenaren* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Japikse 1993

R.E. Japikse, 'Boekbeschuwing. Prof.mr. K.F. Haak, De expediteur: een grensgeval', *RM Themis* 1993-10, p. 541-545.

Japikse 2000

R.E. Japikse, 'Boekbeschuwing. Mr. G.J. van der Ziel, Het cognossement, naar een functionele benadering', *RM Themis* 2000-5, p. 193-195.

Kampschreur 1934

T. Kampschreur, 'Overgang van persoonlijke rechten bij rechtsopvolging onder bijzonderen titel', *Nederlands Juristenblad* 1934-41, p. 709-714.

Kieninger 2004a

Eva-Maria Kieninger, 'Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study', in: Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: University Press 2004, p. 6-37.

Kieninger 2004b

Eva-Maria Kieninger, 'Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation', in: Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: University Press 2004, p. 647-673.

Kirberger 1893

Gerard Kirberger, *Eenige vragen betreffende het endossement en de order-clausule* (diss. Utrecht), Utrecht: J. de Kruyff 1893.

Kist 1866

J.G. Kist, *Het handelspapier. Beginselen van wisselregt en van het regt omtrent acceptatien, assignatien, papier aan toonder en cognoscementen. Tweede stuk. Het cognoscement*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1866.

Knoop 1984

S.W. Knoop, 'Retentierecht van de advocaat. Ofwel: Hebben is hebben en krijgen is de ... eh kunst', *Advocatenblad* 1984-16, p. 392-395.

Koller 2007

Ingo Koller, *Transportrecht. Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, München: Verlag C.H. Beck 2007.

Koller 2009

Ingo Koller, 'Der Unterfrachtführer als Schuldner und Gläubiger', *Transportrecht* 2009-11/12, p. 451-461.

Koller 2010

Ingo Koller, *Transportrecht: Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, München: Beck 2010.

Koning 2007

I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal* (diss. Rotterdam), 2007.

Koopmann 1994

M.W.E. Koopmann, 'Cognossement en pandrecht. HR 26 november 1993, RvdW 1993, 237' (Bosman/Condorcamp), *Nieuwsbrief BW* 1994-3, p. 26-28.

Koot 2002

F.L. Koot, 'De legitimerende werking van het cognossement', *TVR* 2002-4, p. 122-132.

Kornet 2009

Nicole Kornet, 'The doctrine of privity, exemption clauses and third parties – a common law perspective', in: Ilse Samoy (red), *Derden in het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 129-162.

Korthals Altes & Wiarda 1980

A. Korthals Altes & J.J. Wiarda, *Vervoerrecht*, Deventer: Kluwer 1980.

Kortmann 1977

S.C.J.J. Kortmann, *'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1977.

Kortmann 1992

S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 199-211.

Kortmann 1993

S.C.J.J. Kortmann, 'Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Beginselen van vermogensrecht* (BW-krant jaarboek 1993), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 137-148.

Kreuzer 1990

Karl Kreuzer, 'Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrechts', in: *Conflicts et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonizations. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg: Éditions Universitaires 1990, p. 613-641.

Kreuzer 2008

Karl Kreuzer, 'Conflict-of-Laws Rules for Security Rights in Tangible Assets in the European Union', in: Horst Eidenmüller & Eva-Maria Kieninger (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe* (European Company and Financial Law Review Special Volume 2), Berlin: De Gruyter Recht 2008, p. 297-317.

Kruissen 2008

B.H.G. Kruissen, *Retentierechten in het vervoer. Gebruik van wettelijke en contractuele retentierechten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

Kruit 2008

J.A. Kruit, 'Nederlands formeel avarij-grosserecht; een bij de praktijk aansluitende regeling?', *NTHR* 2008-1, p. 1-8.

Van de Laarschot 1996

M.A. van de Laarschot, *De verschuldigdheid van vracht* (diss. Leiden), W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van de Laarschot 1997

M.A. van de Laarschot, 'Samenloopperikelen bij de voortijdige beëindiging van vervoersovereenkomsten', in: *Vervoersrecht in boek 8 BW. Preadvies van de vereniging 'handelsrecht' en Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

De Lacy 2010

John de Lacy (ed), *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, London/New York: Routledge Cavendish 2010.

Lamine 1981

Luc Lamine, *Het retentierecht en de exceptio non adimpleti contractus* (diss. Leuven), 1981.

Lamine 1993

L. Lamine, *Het retentierecht*, Deurne: Kluwer 1993.

Law Commission 1991

The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Rights of suit in respect of carriage of goods by sea* (Law Com. No. 196 / Schot. Law Com. No. 130), London: HMSO 19 March 1991.

Law Commission 2005

The Law Commission, *Company Security Interests* (Law Com No 296), 2005.

Van der Lelij 1993

A.J. van der Lelij, 'Levering door middel van een ceel', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen X* (1993), p. 94-118.

Van der Lelij 1996

A.J. van der Lelij, *Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier* (diss. Groningen), Kluwer 1996.

Van der Lelij 1997a

A.J. van der Lelij, 'Rechtspraak. De Heliopolis Star; recht- en regelmatig houderschap van cognossementen', *NTBR* 1997-7, p. 208-212.

Van der Lelij 1997b

A.J. van der Lelij, 'Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier', *Ars Aequi* (46) 1997-4, p. 246-250.

Liesecke 1964

Rudolf Liesecke, 'Die Auslieferung der Güter ohne Konnossement in der neueren internationalen Rechtsprechung', *Hansa* 1964, p. 1988-1990.

Loeff 1973

J.A.L.M. Loeff, 'Bijzonder zeerecht', *Nederlands Juristenblad* 1973-35, p. 1085-1112.

Loeff 1981

J.A.L.M. Loeff, *Vervoer ter zee. Deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Loewe 1975

R. Loewe, *Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)*, Geneva 1975, *Europees Vervoerrecht* 1976, p. 503-597; ook te raadplegen op www.unece.org (ECE/Trans/14).

Lombardini 1997

Carlo Lombardini, 'Switzerland: letters of credit – letters of indemnity', *Journal of International Banking Law* 1997, 12(1), N12-13.

Lorenzon 2009

Filippo Lorenzon, 'Transport Documents and Electronic Transport Records', in: Yvonne Baatz e.a., *The Rotterdam Rules: a practical annotation*, London: Informa 2009, p. 99-121.

Lowndes and RudolfCooke & Cornah 2008

J.H.S. Cooke & R.R. Cornah, *Lowndes and Rudolf. The Law of General Average and The York-Antwerp Rules*, London: Sweet & Maxwell 2008.

Mahmoud & Margetson 2004

A.A. Mahmoud & N.H. Margetson, 'Actieve legitimatie', in: M.L. Hendrikse & N.H. Margetson, *Capita zeerecht. Een praktische benadering van de overeenkomst van goederenvervoer over zee*, Deventer: Kluwer 2004, p. 145-211.

De May 1984

F.L. de May, 'Bills of Lading Problems in the Oil Trade: Documentary Credit Aspects', *Journal of Energy and Natural Resources Law* 1984, p. 197-205.

McBain 2005

Graham McBain, 'Time to abolish the common carrier', *Journal of Business Law* 2005, p. 545-596.

Ter Meer 1993

J.G. ter Meer, *Privaatrechtelijke aspecten van de sleep- en duwvaart* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Mesritz 1904

A. Mesritz, *De vrachtbrief* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: J.H. de Bussy 1904.

Meijer 1997

S.Y.Th. Meijer, 'Rechtspraak. Middellijke vertegenwoordiging, derdenwerking en retentierecht (Moksel/KVV)', *NTBR* 1997-4, p. 88-91.

Meijer 1999

S.Y.Th. Meijer, *Middellijke vertegenwoordiging* (diss. Amsterdam VU), Kluwer 1999.

Mezas 1985

B.M. Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Van Mierlo 1988

A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand*, Deventer: Kluwer 1988.

Van Mierlo 1994a

A.I.M. van Mierlo, 'Retentierecht advocaat op dossier failliete cliënt? HR 15 april 1994, RvdW 1994, 91C (Middendorf-Kouwenberg q.q.)', *Nieuwsbrief BW* 1994-5, p. 55-58.

Van Mierlo 1994b

A.I.M. van Mierlo, 'Retentierecht advocaat op dossier failliete cliënt?', *Advocatenblad* 1994, p. 470-473.

Mijnssen 1983

F.H.J. Mijnssen, 'De levering van een roerende zaak', *WPNR* 1983 (5654), p. 345-351.

Molenaar 1985

F. Molenaar, *Krediet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Molenaar 1991

F. Molenaar, *Pandrecht* (Monografieën Nieuw BW B12a), Deventer: Kluwer 1991.

Molenaar 1999

F. Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen* (Monografieën Nieuw BW B11), Deventer: Kluwer 1999.

Molengraaff 1928

W.L.P.A. Molengraaff, *Kort begrip van het Nieuwe Nederlandsche Zeerecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1928.

Montanaro 2010

Giovanna Montanaro, 'Das Konnossement, Sicherheit für die Bank im Rahmen eines Dokumenten-Akkreditivs? Am Beispiel des Retentionsrechtes und der Sicherungsübereignung nach Schweizer Recht', *Internationales Handelsrecht* 2010-4, p. 137-145; 2010-5, p. 181-193.

Mulder 2000

S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken waardepapieren en tussenpersonen*, Deventer: Kluwer 2000.

Muller 1997

C.C.J. Muller, 'Grenzen aan het pandrecht van de expediteur op grond van artikel 19 lid 2 Fenex-condities', *TVR* 1997-6, p. 13-23.

MünchKomm HGB (Hefermehl) 2001

Karsten Schmidt (ed.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 5. Viertes Buch. Handelsgeschäfte. Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343-372. Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*, München: Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen 2001, § 363-365 HGB.

MünchKomm BGB (Emmerich) 2007

Emmerich, in: *Münchener Kommentar zum BGB. Band 2*, 2007. 5. Auflage.

MünchKomm BGB (Krüger) 2007

Krüger, in: *Münchener Kommentar zum BGB. Band 2*, 2007. 5. Auflage, § 273 BGB.

MünchKomm BGB (Westermann) 2008

H. P. Westermann, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage 2008, § 449 BGB.

MünchKomm HGB (Bydlinski) 2009

Bydlinski, in: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage 2009, §§ 453-466 HGB.

MünchKomm HGB (Schmidt) 2009

C. Schmidt, in: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage 2009, §§ 440-443 HGB.

MünchKomm HGB (Welter) 2009

Welter, in: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage 2009, §§ 369-372 HGB.

Neleman 1992

P. Neleman, 'Stille levering', in: *Quod licet* (Kleijn-Bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 265-282.

Nieskens-Ispording 1999

B.W.M. Nieskens-Ispording, *Overdracht/Übertragung. Eigendomsverkrijging naar Nederlands en Duits recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980.

Noels 2003

Dirk Noels, 'Expeditours, pandrechten en voorrechten', in: Eric van Hooijdonk (ed.), *Expeditours en scheepsagenten: het gewijzigde juridische landschap*, Maklu: Antwerpen/Apel-doorn 2003, p. 225-245.

Oditah 1989

F. Oditah, 'The Juridical Nature of a Lien on sub-freights', *Lloyd's Maritime and commercial law quarterly* 1989, p. 191 e.v.

Oepen 2011

Klaus Oepen, 'Das Pfandrecht des Frachtführers in der Insolvenz des Absenders', *Transportrecht* 2011-3, p. 91-104.

Olawoyin 2003

Adewale A. Olawoyin, 'The bill of lading as security for credit advances: deconstructing a misapplication of common law principles in Nigeria', *Journal of International Banking Law and Regulation* (18) 2003-2, p. 61-68.

Van Ommeslaghe 1963

P. van Ommeslaghe, 'Observations sur les effets et l'étendue du droit de retention et de l' "exceptio non adimpleti contractus", spécialement en cas de faillite du débiteur', *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1963, p. 69-91.

Van Opstall 1963

S.N. van Opstall, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek. Afdeling 6.1.6.', *WPNR* 1963 (4754-4757), p. 61-67, 73-78, 85-89, 97-102.

Van Oven 1981

A. van Oven, m.m.v. M. van Bruining-Volmer, *Handelsrecht. Leerboek ten gebruike bij universitaire en daarmee overeenstemmende studie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Overeem 1987

R. Overeem, *Retentierecht in beweging. Een rechtsvergelijkende beschouwing betreffende recente ontwikkelingen van het retentierecht in Nederland, Frankrijk en West-Duitsland* (Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, nr. 42), Rotterdam: Erasmus Universiteit 1987.

Pabbruwe 1970

H.J. Pabbruwe, 'Documentair crediet en derden-beslag onder de bank', *WPNR* 1970 (5107), p. 547-552.

Paget/Hapgood 2007

Mark Hapgood (ed.), *Paget's Law of Banking*, London: LexisNexis Butterworths 2007.

Palmer 1988

N.E. Palmer, 'Quasi-bailment', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1988, p. 34-42.

Palmer & Mason 1997

Norman Palmer & Anthony Mason, 'Lien', in: Lord Hailsham of St. Marylebone (ed.), *Halsbury's Laws of England. Fourth Edition Reissue. Volume 28*, London: Butterworths 1997, p. 351-399.

Palmer & Hudson 1998

Norman Palmer & Anthony Hudson, 'Pledge', in: Norman Palmer & Ewan McKendrick (eds), *Interests in goods. Second edition*, London/Hong Kong 1998, p. 621-647.

Palmer & Hudson 2004

Norman Palmer & Anthony Hudson, 'Carriers', in: Lord Mackay of Clashfern (ed.), *Halsbury's Laws of England. Fourth Edition 2004 Reissue. Volume 5(1)*, London: Lexis Nexis UK 2004, p. 427-593.

Palmer 2009

N.E. Palmer, *Palmer on bailment. Third Edition*, London: Thomson Reuters 2009.

Pels Rijcken 1973

L.D. Pels Rijcken, 'Boekbespreking. L.S.C. Heijning-Plate, Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht', *RM Themis* 1973, p. 587-595.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Peter 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007.

PG Boek 3 BW

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 3 BW Invoering

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen. Invoering boeken 3, 5 en 6*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Boek 6 BW

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 7 BW

W.H. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7 Bijzondere overeenkomsten Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

PG Boek 8 BW

M.H. Claringbould, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 8 Verkeersmiddelen en vervoer*, Deventer: Kluwer 1992.

Phillips 1998

John Phillips, 'Equitable liens — a search for a unifying principle', in: Norman Palmer & Ewan McKendrick (eds), *Interests in goods*, London/Hong Kong: LLP 1998, p. 975-993.

Pikart 1963

Heinz Pikart, 'Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Zurückbehaltungsrecht', *Wertpapier-Mitteilungen* 1963, p. 654-660.

Pitlo 1949

A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1949.

Pitlo/Brahn 1987

O.K. Brahn, Pitlo. *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 2 Het zakenrecht met verwijzing naar het NBW*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, m.m.v. G.E. van Maanen & G.T. de Jong, *Goederenrecht. Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, deel 3*, Deventer: Kluwer 2006.

Polak 1865

A. Polak, *Historisch-juridisch onderzoek naar den aard van het cognoscement*, Amsterdam: Gebroeders Binger 1865.

Polak 1994

E.M. Polak, 'Retentierecht advocaat dossiers failliete cliënt?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 1994-4, p. 92.

Potjewijd 1998

G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Potjewijd 2002

G.H. Potjewijd, *Bekrachtiging en convalescentie. Over de toepassing van art. 3:58 BW bij beschikkingen over andermans goed*, Deventer: Kluwer 2002.

Proctor 1997

Carol Proctor, *The legal role of the bill of lading, sea waybill and multimodal transport document*, Pretoria: Interlegal 1997.

Prüssmann/Rabe 2000

Dieter Rabe, *Seehandelsrecht. Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (Beck'sche Kurz-Kommentare Band 9b. Begründet von Heinz Prüssmann), München: Verlag C.H. Beck 2000.

Rabe 1988

Dieter Rabe, 'Der Spediteur "as agents of the shipper"', *Transportrecht* 1988-2, p. 51-52.

Ramberg 1988

Jan Ramberg, 'The multimodal transport document', in: C.M. Schmitthoff & R.M. Goode (eds.), *International carriage of goods: some legal problems and possible solutions* (The International Commercial Law Series. Volume 1), Centre for Commercial Law Studies 1988, p. 1-18.

Ramberg 1993a

Jan Ramberg, 'Freedom of contract in maritime law', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1993, p. 178-191.

Ramberg 1993b

Jan Ramberg, 'Freedom of contract in maritime law', in: Alexander von Ziegler & Thomas Burckhardt (eds.), *Internationales Recht auf See und Binnengewässern. Festschrift für Walter Müller*, Zürich: Schulthess 1993, p. 171-185.

Rank-Berenschot 1990

E.B. Rank-Berenschot, 'Warrantage ter beveiliging van zekerheden', *Bedrijfsjuridische Berichten* 1990-15, p. 161-162.

Rank-Berenschot 1992

E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Rank-Berenschot 1997a

E.B. Rank-Berenschot, 'Substitutie na inning van een openbaar verpande vordering', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum & H.L.E. Verhagen (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 237-252.

Rank-Berenschot 1997b

E.B. Rank-Berenschot, *Verpanding van vorderingen* (NIBE-Bankjuridische reeks), Amsterdam: NIBE 1997.

Rank-Berenschot 2001

E.B. Rank-Berenschot, *Bezit* (Monografieën Nieuw BW B7), Deventer: Kluwer 2001.

Reehuis 1998

W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Monografieën Nieuw BW B6c), Deventer: Kluwer 1998.

Reehuis 2004

W.H.M. Reehuis, *Levering* (Monografieën Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004.

Reinicke 1989

M. Reinicke, 'Schützt § 366 Abs. I HGB den guten Glauben an die Vertretungsmacht?', *Archiv für die civilistische Praxis* 1989, p. 79-105.

Risch 2005

M. Risch, 'Die Begründung gesetzlicher Pfandrechte an Dritteigentum im Speditious- und Frachtrecht', *Transportrecht* 2005-3, p. 108-111.

Rodger 1971

Alan Rodger, 'Pledge of bills of lading in Scots law', *Juridical Review* (16) 1971, p. 193-213.

Rutgers 1998

G.R. Rutgers, *Bewaarneming* (Monografieën Nieuw BW B73), Deventer: Kluwer 1998.

Sabaroedin 1955

Tk. B. Sabaroedin, *Enige gangbare vervoers- en bevrachtingsbedingen* (diss. Leiden), Groningen/Djakarta: J.B. Wolters 1955.

Sachse 1969

Sven U. Sachse, *Die Entwicklung einiger gesetzlicher Pfandrechte des HGB im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für ihre Auslegung und Neufassung* (diss. Kiel), Kiel 1969.

Salomons 2005

A.F. Salomons, 'Dief wordt doorgaans wel bezitter', *WPNR* 2005 (6639).

Samoy 2005

Ilse Samoy, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

Sanders 1912

Heiman Sanders, *Het cognossement* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1912.

Schadee 1963

H. Schadee, *Het schip en zijn schulden* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

Van Schaick 2003

A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Monografieën Nieuw BW A14), Deventer: Kluwer 2003.

Van Schaick 2005

A.C. van Schaick, 'Privaatrecht Actueel. Dief wordt vaak geen eigenaar,' *WPNR* 2005 (6617), p. 289-290.

Schelhaas & Stolp 2009

M.N. Schelhaas & M.M. Stolp, 'Remedies bij wederzijdse niet-nakoming', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009-3, p. 57-64.

Scheltema/Wiarda 1969

F.G. Scheltema, bewerkt door J. Wiarda, *Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel III Wissel- en chèquerecht*, Groningen: Wolters Noordhoff NV 1969.

Scheltema/Meijer 1993

F.G. Scheltema, bewerkt door W.R. Meijer, eerder bewerkt door J. Wiarda, *Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel III (eerste gedeelte). Wissel- en chequerecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993.

Scheltema 2003

A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Kluwer 2003.

Van Schilfgaarde 1969

P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen. Opmerkingen over het partij-zijn bij een contract in vertegenwoordigingsverhoudingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1969.

Van Schilfgaarde 1978

P. van Schilfgaarde, 'Nieuwe Matex', *Ars Aequi* (27) 1978-8, p. 512-520.

Van Schilfgaarde 1979

P. van Schilfgaarde, 'Securicor bv', *Ars Aequi* (28) 1979-9, p. 556-561.

Van Schilfgaarde 1981

P. van Schilfgaarde, 'Boekbespreking. S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss. Nijmegen 1977', *RM Themis* 1981-3, p. 299-302.

Van Schilfgaarde 1991

P. van Schilfgaarde, 'De toekomst van de vertegenwoordiging', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 241-247.

Schmidt 1999

Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1999.

Schmidt 2010

Patrick Schmidt, 'Das Frachtführerpfandrecht in der Binnenschifffahrt', in: *Probleme des Binnenschifffahrtsrechts XII*, 2010, p. 21-44.

Schmidt 2011

Patrick Schmidt, 'Das Pfandrecht der §§ 441, 464 HGB im internationalen Kontext', *Transportrecht* 2011-2, p. 56-67.

Schmitthoff/Murray/Holloway/Timson-Hunt 2007

Carole Murray, David Holloway & Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, London: Sweet & Maxwell 2007.

Schnauder 1991

Franz Schnauder, 'Sachenrechtlichen und wertpapierrechtlichen Wirkungen der kaufmännischen Traditionspapiere', *Neue Juristische Wochenschrift* 1991-27, p. 1642-1649.

Schoordijk 1964

H.C.F. Schoordijk, *De toerekeningsmomenten van de middellijke vertegenwoordiging* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1964.

Schoordijk 1970

H.C.F. Schoordijk, 'Indirecte verrijking', *WPNR* 1970 (5093), p. 375-380; (5094), p. 387-393; (5095), p. 403-406.

Schoordijk 1973

H.C.F. Schoordijk, 'Herstel en verbetering van zaken in opdracht van een niet-eigenaar naar het gewijzigd ontwerp derde boek nieuw B.W. en naar huidig recht', *WPNR* 1973 (5211), p. 145-152, (5212), p. 157-161.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1985

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking. Voorrechten en Retentierecht, door mr. J.E. Fesevur', *WPNR* 1985 (5753), p. 617-618.

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.

Scrutton/Boyd 2008

Stewart C. Boyd (ed.), *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London: Sweet & Maxwell 2008.

Seck 2011

P.A.M. Seck, *Reisbevrachting en cognossemensvervoer. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de verhouding tussen de reisbevrachting en het cognossemensvervoer als gevolg van de uitgifte en de overdracht van een ordercognossement bij de uitvoering van een reisbevrachting* (diss. Rotterdam), 2011.

Selvig 1979

Erling Selvig, 'Through-Carriage and On-Carriage of Goods by Sea', *The American Journal of Comparative Law* (27) 1979, p. 369-389.

Sigman 2004

Harry C. Sigman, 'Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: a basis for comparison', in: Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: University Press 2004, p. 54-80.

Simler & Delebeque 2009

Philippe Simler & Philippe Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: Dalloz 2009.

Sjollema 1973

B.C.J. Sjollema, 'De moord op de reder', in: *Scheepsraad. Een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8 Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder auspiciën van de Vereniging "Handelsrecht" en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 54-61.

Smeele 2009

Frank G.M. Smeele, 'The bill of lading contracts under European national laws (civil law approaches to explaining the legal position of the consignee under bills of lading)', in: D. Rhidian Thomas (ed.), *The evolving law and practice of voyage charterparties*, London: Informa 2009, p. 251-280.

Snijders 1969

W. Snijders, 'De expediteur als tussenpersoon bij zeevervoer en de positie van de cognossementshouder', *RM Themis* 1969, p. 3-31.

Snijders 1973

W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het Nieuwe B.W.', in: *Speculum Langemeijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453-471.

Snijders 2002

W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht. Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen', in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge & N.E.D. Faber (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 27-58.

Snijders 2006a

H.J. Snijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NTBR* 2006-6, p. 223-228.

Snijders 2006b

H.J. Snijders, 'Acces to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables', in: Ulrich Drobnig, Henk J. Snijders & Erik-Jan Zippro, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, München: Sellier 2006, p. 153-164.

Snijders & Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Kluwer: Deventer 2007.

Spanjaart & Bulthuis 2004

M. Spanjaart & E.J.L. Bulthuis, 'Het hellend vlak tussen de objectieve maatstaf en het Haviltex criterium, of de uitleg van cognossementsbepalingen', *WPNR* 2004 (6579), p. 399-406.

Stein 1970

P.A. Stein, *Zekerheidsrechten. Zekerheidsoverdracht, pand en borgtocht*, Deventer: Kluwer 1970.

Stein 1992

H. Stein, 'Vorderingen als verhaalsobject', in: *Te PAS. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, Deventer/Zwolle: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 231-238.

Stein (Groene Serie Privaatrecht) 2009

P.A. Stein, *De Groene Serie Privaatrecht (GRS)*, [wetsartikel], [aantekening], [datum bewerking].

Steneker 2008

A. Steneker, 'Overdracht onder voorbehoud van pandrecht', *WPNR* 2008 (6766), p. 644-655.

Stengel 1975

Eberhard Stengel, *Die Traditionsfunktion des Orderkonnossements. Wechselwirkungen zwischen Sachenrecht und Wertpapierrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1975.

Stevens 2001

Frank Stevens, *Vervoer onder cognossement*, Larcier 2001.

Storme 2006

M.E. Storme, 'Actualia zakelijke zekerheden: retentierecht, rechtstreekse vordering', in: *CBR-jaarboek 2005-2006*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2006, p. 565-600.

Stranart 1989

A.M. Stranart, 'De zekerheden', in: Walter van Gerven, Herman Cousy & Jules Stuyck (red.), *Handels- en economisch recht. Beginselen van Belgisch Privaatrecht XIII*, Brussel: E. Story-Scientia 1989, p. 651-810.

Streefkerk 2006

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Monografieën BW B32b), Deventer: Kluwer 2006.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Struycken 2009

T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling*, Den Haag: SDU 2009, p. 115-186.

Suijling 1934

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht, 2e stuk – 1e gedeelte*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1934.

Tetley 1988

William Tetley, *Marine Cargo Claims (third edition)*, Montreal: Blais 1988.

Theunissen 1997

J.H.J. Theunissen, 'Lastgeving, vervoer en derdenwerking', in: *Vervoersrecht in boek 8 BW* (Preadvies van de Vereeniging 'handelsrecht' en Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Thiel 1903

J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema's boekhandel 1903.

Thors 1934

J. Thors, *Het recht van terughouding* (diss. Amsterdam UvA), 1934.

Tiberg 1998-1999

Hugo Tiberg, 'Legal qualities of transport documents', *Tulane maritime law journal* (23) 1998-1999, p. 1-44.

Tiedtke 1985

K. Tiedtke, *Gutgläubiger Erwerb im bürgerlichen Recht, im Handels- und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung*, Berlin/New York: Walter de Gruyter & Co 1985.

Tjittes 1992

R.P.J.L. Tjittes, 'Retentierecht op administratieve stukken', *Nieuwsbrief Nieuw BW* 1992-7/8, p. 90-91.

Tjittes 1995

R.P.J.L. Tjittes, 'Het retentierecht van de advocaat', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995-2, p. 26-31.

Todd 2007

Paul Todd, *Bills of lading and bankers' documentary credits*, London: Informa 2007.

Tromp 2001

J.W.M. Tromp, 'Retentierecht in faillissement: que si, que no?', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 391-403.

Tunn 1996

Jürgen Tunn, 'Rechtsstellung des Empfängers im Frachtrecht', *Transportrecht* 1996-11/12, p. 401-406.

Unctad 1990

United Nations Conference on Trade and Development, *Charter Parties. A comparative analysis*, 27 June 1990 (TD/B/C.4/ISL/55).

Vanheusden 2005

Koen Vanheusden, *Leveringsvoorwaarden in internationale overeenkomsten: van trade terms en incoterms*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2005.

Veder 2010

P.M. Veder, 'Europeanisering van zekerheid op roerende zaken – tussen zekerheid en bescheidenheid', in: *Europeanisering van vermogensrecht* (preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 141-197.

Veerbeek 2007

H.J.E. Veerbeek, 'Pandrechten rond zaken bij handelstransacties', *NTHR* 2007-2, p. 64-75.

Vegter 1994

J.B. Vegter, "'Clash of cultures" in de internationalisering van het recht. "Over de grenzen en mogelijkheden van een Europees zekerheidsrecht op roerende zaken en vorderingsrechten"', *WPNR* 1994 (6141), p. 443-446; (6142), p. 465-467.

In 't Velt-Meijer 1976

J.M.E. In 't Velt-Meijer, *Waardepapieren en hun juridische betekenis*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Verhagen & Rongen 2000

H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam* (Preadvisie Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000.

Verhoeve 1954

J. Verhoeve, *Het nieuwe Binnenvaartrecht (Wet van 24 juni 1939, Stbl. 201)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

Verstijlen 2003

F.M.J. Verstijlen, 'De beperkte waarde van het eigendomsvoorbehoud volgens HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (Hoogovens/Matex)', *NTBR* 2003-1, p. 13-19.

Verstijlen 2007

F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007 (6725), p. 824-829.

Vervoersrecht in boek 8 BW (verslag) 1998

Vervoersrecht in boek 8 BW. Verslag van de vergaderingen van de Vereniging 'Handelsrecht' van 19 september 1997, naar aanleiding van de preadviezen van W.J.G. Oosterveen, M.A. van de Laarschot, J.H.J. Teunissen, K.F. Haak, A. van Beelen, M.H. Claringbould, R.E. Japikse, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van den Vijver 2006

P. van den Vijver, 'Belgische rechtspraak', *TVR* 2006-6, p. 204-206.

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Boekbespreking. Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking. Bespreking van het gelijknamige proefschrift van C.E. du Perron', *WPNR* 2000 (6425), p. 859-863.

Vranken 2002

J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 2002 (6472), p. 39-47.

Vriesendorp 1985a

R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud. Een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 1985.

Vriesendorp 1985b

R.D. Vriesendorp, 'Voorbehoud van pandrecht of voorbehoud van eigendom?', *WPNR* 1985 (5749), p. 533-536.

Vriesendorp 1994

R.D. Vriesendorp, 'Bosman/Condorcamp', *Ars Aequi* 1994-4, p. 242-248.

Vriesendorp 1997

R.D. Vriesendorp, 'Vervangende zekerheid. Privaatrecht aktueel', *WPNR* 1997 (6294) p. 823-825.

Vriesendorp 2000

R.D. Vriesendorp, 'Hudsongracht', *Ars Aequi* (49) 2000-7/8, p. 549-555.

V. Waltstein & Holland 2007

Thor v. Waltstein & Hubert Holland, *Binnenschiffrechtsrecht. Kommentar*, Berlin: De Gruyter Recht 2007.

Wessels 2003

B. Wessels, 'De positie van de retentor in geval van faillissement', *NTBR* 2003-6, p. 297-301.

Wiarda 1937

Jan Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Wiarda 1951

J. Wiarda, 'Het arrest van 5 mei 1950, N.J. 1951, no. 1 inzake Damhof tegen den Staat der Nederlanden aangaande de artt. 639 en 2014 B.W. en eerherstel voor Diephuis en de negentiende eeuw', *WPNR* 1951 (4207), p. 401-407; (4208), p. 413-418; (4209), p. 425-430; (4210), p. 437-442; (4211), p. 449-455.

Wibier & Smid 2009

R.M. Wibier, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement – beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!', *WPNR* 2009 (6811), p. 724-731.

Van der Wiel 2001

H. van der Wiel, 'Pleidooi voor afschaffing van te sterk recht van executerende beslaglegger op lading', *TVR* 2001-1, p. 8-13.

Van der Wiel 2008

H. van der Wiel, *De verschuldigheid van vracht aan de failliete cognossemensvervoerder*, TVR 2008-5, p. 189-192.

Wilford, Coghlin & Kimball 2003

Michael Wilford, Terence Coghlin & John D. Kimball, *Time charters*, London/Hong Kong: LLP 2003.

Williams 2008

Richard W. Williams, 'The effectiveness of liens as a self-help remedy?', In: D. Rhidian Thomas (ed.), *Legal issues relating to time charterparties*, London: Informa 2008, p. 269-281.

Wilson 2010

John. F. Wilson, *Carriage of goods by sea*, Harlow: Pearson Longman 2010.

Wiseman 1984

R.M. Wiseman, 'Transaction Chains in North Sea Oil Cargoes', *Journal of Energy and Natural Resources Law* 1984, p. 134-145.

De Wit 1995

Ralph de Wit, *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*, LLP: London 1995.

Worthington 2000

Sarah Worthington, *Personal Property Law. Text, Cases and Materials*, Hart Publishing: Oxford 2000.

Zahn/Ehrlich/Haas 2010

Dietmar Ehrlich & Gregor Haas, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel*, Berlin: De Gruyter Recht 2010.

Van 't Zelfde 2003

R.C.A. van 't Zelfde, 'Het retentierecht van de zeevervoerder', TVR 2003-4, p. 123-129.

Van 't Zelfde 2004

R.C.A. van 't Zelfde, 'Het retentierecht van de zeevervoerder', in: M.L. Hendrikse & N.H. Margetson, *Capita zeerecht. Een praktische benadering van de overeenkomst van goederenvervoer over zee*, Deventer: Kluwer 2004, p. 273-286.

Van 't Zelfde 2009

R.C.A. van 't Zelfde, 'Jurisprudentie' (Almos/Warnas, inzake retentierecht tegen jongere derde), TVR 2009-3, p. 87-91.

Zevenbergen 1951

Chr. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandse Recht der Order- en Toonderpapieren*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951 (4^e druk).

Van der Ziel 1998a

G.J. van der Ziel, 'Verpanding cognossement' (Bosman/Condorcamp), in: K.F. Haak e.a. (red.), *Uitspraak & uitleg. Rechtspraak zee- en vervoerrecht*, Kluwer 1998, p. 106-114.

Van der Ziel 1998b

G.J. van der Ziel, 'Claimrecht onder cognossement' (Heliopolis Star), in: K.F. Haak e.a. (red.), *Uitspraak & uitleg. Rechtspraak zee- en vervoerrecht*, Kluwer 1998, p. 122-129.

Van der Ziel 1999

G.J. van der Ziel, *Het cognossement, naar een functionele benadering* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1999.

Van der Ziel 2001

G.J. Van der Ziel, 'De Eendracht, HR 22 september 2000. De praktische betekenis van dit arrest', *TVR* 2001-1, p. 13-17.

Van der Ziel 2003

G.J. van der Ziel, 'Het UNCITRAL/CMI Project 'Issues of Transport Law'. Naar een nieuw privaatrechtelijk vervoerverdrag?', in: Eric van Hooydonk (ed.), *Acotalia zee- en vervoerrecht. Antwerpse Zeerechtdagen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 89-159.

Van der Ziel 2008

G.J. van der Ziel, 'Delivery of the goods, rights of the controlling party and transfer of rights', *The Journal of International Maritime Law* 2008-6, p. 597-607.

Van der Ziel 2008-2009

G.J. van der Ziel, 'Chapter 10 of the Rotterdam Rules: Control of Goods in Transit', *Texas International Law Journal* (44) 2008-2009, p. 375-386.

Van der Ziel 2009

G.J. van der Ziel, 'Delivery of the goods, rights of the controlling party and transfer of rights', in: D. Rhidian Thomas (ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules*, Witney: Lawtext Publishing Limited 2009, p. 242-257.

Van der Ziel 2010a

G.J. van der Ziel, 'De Rotterdamse regels', in: G.J. van der Ziel e.a., *Rotterdam Rules en Boek 8 BW. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor zee- en vervoersrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1-22.

Van der Ziel 2010b

G.J. van der Ziel, 'Delivery of the Goods', in: Alexander von Ziegler, Johan Schelin & Stefano Zunarelli, *The Rotterdam Rules 2008. Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010, p. 189-218.

Zorab 1928

E.A. Zorab, 'De "lien" in het Engelsche recht', *WPNR* 1928 (3036-3042), p. 145-148, p. 170-172, p. 203-205, p. 232-234, p. 252-254, p. 269-270, p. 291-292.

Zunarelli & Alvisi 2010

Stefano Zunarelli & Chiara Alvisi, 'Rights of the Controlling Party', in: Alexander von Ziegler, Johan Schelin & Stefano Zunarelli, *The Rotterdam Rules 2008. Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 219-237.

Zwalve 1983

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen', *WPNR* 1983 (5674), p. 713-718.

Zwalve 1985

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen II', *WPNR* 1985 (5723), p. 3-5.

Zwalve 1994

W.J. Zwalve, 'De zaak North Western Bank v. Poynter. Enige opmerkingen bij art. 3:258, lid 1 BW', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht* (BW-krant jaarboek 1994), Anrhem: Gouda Quint 1994, p. 185-198.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwitser 1982

R. Zwitser, 'Doorwerking van contractuele bedingen in zakenrechtelijk perspectief', *WPNR* 1982 (5625), p. 613-619; (5626), p. 637-643; (5627), p. 652-658.

Zwitser 1984

R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen* (diss. Leiden), Leiden 1984.

Zwitser 1992

R. Zwitser, 'De verpersoonlijking van het zakenrecht', *Quod licet* (Kleijn-Bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 479-504.

Zwitser 1993

R. Zwitser, 'De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van zakelijke rechten', *WPNR* 1993 (6099), p. 524-530.

Zwitser 1997a

R. Zwitser, 'De contractuele 'overdracht' van vorderingen aan order en aan toonder', *RM Themis* 1997-10, p. 385-394.

Zwitser 1997b

R. Zwitser, 'De beschikkingsbevoegde houder als pandgever (art. 19 Fenex)', *TVR* 1997-5, p. 1-6.

Zwitser 1998

R. Zwitser, 'Bescherming van de stuwadoor door Himalaya-clausules', *NTBR* 1998, p. 53-59.

Zwitser 2000a

R. Zwitser, 'Toetreden tot de vervoersovereenkomst; het Contship America', *TVR* 2000-2, p. 33-44.

Zwitser 2000b

R. Zwitser, 'De Pioneer Container en derdenwerking in het vervoerrecht', *TVR* 2000-4, p. 81-90.

Zwitser 2000c

R. Zwitser, 'Waardepapieren naar burgerlijk recht en handelsrecht', *NTBR* 2000-4, p. 137-149.

Zwitser 2001

R. Zwitser, 'Het cognossement en de wil van partijen', *NTBR* 2001-10, p. 494-503.

Zwitser 2002

R. Zwitser, 'De cognossementhouder als derde uit derdenbeding', *TVR* 2002-5, p. 157-165.

Zwitser 2004

R. Zwitser, 'Derdenwerking ten nadele van de pandhouder van het cognossement', *TVR* 2004-10, p. 267-273.

Zwitser 2005

R. Zwitser, 'Pandrecht en orderpapier', *WPNR* 2005 (6611), p. 166-173; (6612), p. 189-195.

Zwitser 2006a

R. Zwitser, *Order- en toonderpapieren* (Monografieën BW A28), Deventer: Kluwer 2006.

Zwitser 2006b

R. Zwitser, 'De ontvangstexpediteur als Trusted Third Party bij het overhandigen van cognossementen', *TVR* 2006-6, p. 181-190.

Zwitser 2006c

R. Zwitser, 'Het endossementengat, een triomf voor het formalisme?', *WPNR* 2006 (6668), p. 411-422.

Zwitser 2007

R. Zwitser, 'Het cognossement als zekerheidsinstrument', *NTHR* 2007-2, p. 83-94.

Zwitser 2008a

R. Zwitser, 'Wie heeft recht op het cognossement en het mate's receipt?', *TVR* 2008-5, p. 165-175.

Zwitser 2008b

R. Zwitser, 'Vervanging van het cognossement door het mate's receipt', *TVR* 2008-6, p. 201-210.

Zwitser 2009a

R. Zwitser, 'De zaak Kirby en derdenwerking van contracten', *WPNR* 2009 (6784) en (6785).

Zwitser 2009b

R. Zwitser, 'Lossing- of afleveringsovereenkomsten; Brandt v. Liverpool', *TVR* 2009-5, p. 129-138.

Zwitser 2010

R. Zwitser, 'Spent bills: uitgewerkte cognossementen', *NTHR* 2010-4, p. 118-127.

Zwitser 2011

R. Zwitser, 'The Future Express, een greep uit het leven van een pandhouder', *TVR* 2011-2, p. 43-55.

Rechtspraakregister

Hoge Raad

- HR 3 maart 1905, *W.* 8191 (*Blaauboer/Berlips*).
- HR 26 juni 1914, *NJ* 1914, p. 1025-1028 (*Schaap/Nypels*).
- HR 8 februari 1918, *NJ* 1918, p. 336-338 (*Machinefabriek/Van der Velden*).
- HR 13 januari 1928, *NJ* 1928, p. 324-329 (*Bladergroen*).
- HR 19 januari 1928, *NJ* 1928, p. 481-484 (*Klaverwijden/De Roon*).
- HR 1 november 1929, *NJ* 1929, p. 1745-1750 m.nt. PS; *W.* 12059 m.nt. SB (*Proehl & Gutmann*).
- HR 16 maart 1933, *NJ* 1933, p. 791-793 m.nt. EMM; *W.* 12597 m.nt. R (*Dordtse Auto-garage*).
- HR 26 april 1934, *NJ* 1934, p. 1612-1616 m.nt. EMM (*kersen en aardbeien*).
- HR 3 oktober 1934, *NJ* 1934, p. 1562-1565.
- HR 27 februari 1936, *NJ* 1936, 351 m.nt. PS (*Montes Pietatis*).
- HR 8 maart 1946, *NJ* 1946, 186 (*Westland/Van der Plas*).
- HR 10 december 1948, *NJ* 1949, 122 m.nt. Ph.A.N.H. (*Marcel Petit*).
- HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (*Quint/Te Poel*).
- HR 6 januari 1961, *NJ* 1962, 19 m.nt. LEHR (*Seneca/Forum Bank*).
- HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 395 (*Van der Sijs q.q./Spijckerman*).
- HR 1 mei 1964, *NJ* 1965, 339 m.nt. JHB; *S&S* 1966, 49 (*Echo*).
- HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 m.nt. GJS (*Moffenkit*).
- HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 m.nt. HD (*Teixeira de Mattos*).
- HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 m.nt. GJS (*gegaste uien*).
- HR 16 januari 1970, *NJ* 1970, 201 m.nt. GJS (*Zeeland*).
- HR 12 juni 1970, *NJ* 1971, 203, m.nt. PhANH (*Philippens/OMSA*).
- HR 8 juni 1973, *NJ* 1974, 346 m.nt. WMK (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*).
- HR 31 mei 1974, *NJ* 1976, 309 m.nt. BW (*African Continental Bank/Dieleman*).
- HR 7 maart 1975, *NJ* 1976, 91, m.nt. WMK (*Van Gend & Loos*).
- HR 11 april 1975, *NJ* 1975, 345 (*Bottelbedrijf/Boelen*).
- HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450 m.nt. WMK (*Modehuis Nolly*).
- HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 m.nt. GJS (*Kribbebijter*).
- HR 10 februari 1978, *NJ* 1979, 338 m.nt. WMK (*Nieuwe Matex*).
- HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 693 m.nt. WHH (*Theunissen/Verstappen*).
- HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 m.nt. ARB / *S&S* 1979, 35 (*Securicor*).
- HR 27 april 1979, *NJ* 1981, 139 m.nt. WMK (*Gestolen Mercedes*).
- HR 29 juni 1979, *NJ* 1980, 133 m.nt. WMK (*Hoogovens/Matex*).
- HR 1 februari 1980, *NJ* 1981, 140 m.nt. WMK (*Gestolen Fiat I*).
- HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 241 m.nt. WMK (*Gestolen Fiat II*).
- HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 m.nt. G; *S&S* 1986, 120 (*Khaly Freezer of Deka-Hanno/Ci-tronas*).
- HR 18 september 1987, *NJ* 1988, 983 m.nt. WMK (*Berg/De Bary*).

- HR 13 mei 1988, NJ 1989, 201 m.nt. WMK; S&S 1988, 101 (*Staat/Krimpca of Tobias*).
- HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 m.nt. WMK (*Puinbreekinstallatie*).
- HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40 m.nt. J.L.P. Cahen; S&S 1989, 121 (*Vojvodina/ECT*).
- HR 23 juni 1989, S&S 1989, 120 (*Padus*).
- HR 15 februari 1991, NJ 1991, 628 m.nt. WMK (*Agema/WUH*).
- HR 8 november 1991, NJ 1993, 609 m.nt. JCS; S&S 1992, 37 (*Brouwersgracht*).
- HR 14 februari 1992, NJ 1993, 623 m.nt. WMK (*Love, love*).
- HR 26 november 1993, NJ 1995, 446 m.nt. WMK; S&S 1994, 25 (*Bosman/Condorcamp*).
- HR 15 april 1994, NJ 1995, 640 m.nt. WMK (*Middendorf/Kouwenberg*).
- HR 23 september 1994, NJ 1995, 26 (*Dinjens/Vissers Automaten*).
- HR 23 september 1994, NJ 1996, 461 m.nt. WMK (*Kas-Associatie/Drying*).
- HR 27 januari 1995, NJ 1997, 194 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1995, 40 (*Heliopolis Star*).
- HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (*Mulder/CLBN*).
- HR 23 maart 1995 NJ 1996, 317 m.nt. R.E. Japikse; S&S 1995, 74 (*Mars*).
- HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 m.nt. PvS (*Gesnoteg/Mees Pierson*).
- HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 m.nt. WMK (*Deen/Van der Drift*).
- HR 23 februari 1996, NJ 1997, 276 m.nt. ThMdB ; S&S 1996, 69 (*Athenian Olympics*).
- HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 m.nt. PvS (*Hendriks/Slot*).
- HR 28 juni 1996, NJ 1997, 494 m.nt. WMK; S&S 1996, 101 (*Moksel/KVV*).
- HR 29 november 1996, S&S 2000, 2 (*Ziegler/Spectra*).
- HR 24 januari 1997, NJ 1997, 231 (*Citco Bank/Da Costa Gomez*).
- HR 5 september 1997, NJ 1998, 63 m.nt. R.E. Japikse; S&S 1997, 121 (*Sriwijaya*).
- HR 5 december 1997, NJ 1998, 169 (*Kloth/Stripac*).
- HR 16 januari 1998, NJ 1999, 284 m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1998, 53 (*Enarxis*).
- HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 m.nt. WMK (*Winters/Kantoor van de Toekomst*).
- HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m.nt. WMK (*Potharst/Serrée*).
- HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. JBMV (*Jans/Fiat*).
- HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 m.nt. JBMV (*Mooijman/Netjes*).
- HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (*Van Gorp/Rabobank*).
- HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 m.nt. JBMV (*Meissner Von Hohenmeiss/Arenda*).
- HR 21 januari 2000, NJ 2000, 533 m.nt. K.F. Haak; S&S 2000, 73 (*Hudsongracht*).
- HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 m.nt. JMBV; S&S 2000, 72; JOR 2000, 117 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sungreen*).
- HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733 m.nt. WMK (*Derksen/Rabobank*).
- HR 22 september 2000, NJ 2001, 44 m.nt. K.F. Haak; S&S 2001, 37 (*Eendracht*).
- HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 m.nt. WMK (*Meijs/ Bank of Tokyo - Mitsubishi*).
- HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 (*Steins/Textile Company*).
- HR 19 april 2002, NJ 2002, 456 m.nt. MMM (*Zürich/Lebosch*).
- HR 8 maart 2002, NJ 2002, 199 (*Hendrikx/Peters*).
- HR 20 september 2002, NJ 2004, 171 m.nt. HJS; S&S 2003, 25 (*Van der Wal/Duinstra*).
- HR 8 november 2002, NJ 2002, 623 (*Sanders/Govers*).
- HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m.nt. JBMV (*Avo/Petri*).
- HR 29 november 2002, NJ 2003, 374 m.nt. KFH; S&S 2003, 62 (*Ladoga 15*).
- HR 4 april 2003, NJ 2003, 592 m.nt. K.F. Haak; S&S 2003, 122 (*Damco/Meister*).
- HR 17 oktober 2003, NJ 2004, 52; S&S 2005, 27 (*EWL/Fortis*).
- HR 5 december 2003, NJ 2004, 340 m.nt. WMK (*Rabobank/Fleuren*).
- HR 19 december 2003, S&S 2006, 61 (*Isla de la Plata*).

HR 5 maart 2004, NJ 2004, 548 m.nt. KFH; S&S 2004, 61; JOR 2004, 178 (VGC/GE SeaCo).
HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron (Alog/Vleesmeesters).
HR 9 februari 2007, S&S 2007, 49 (Action).
HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621 m.nt. K.F. Haak; S&S 2007, 95 (Fernhout/Essent of Zwartemeer).
HR 11 januari 2008, NJ 2009, 342 m.nt. Jac. Hijma (Hartendorp/Kooij).
HR 22 januari 2008, NJ 2008, 300 m.nt. P.A.M. Mevis.
HR 20 februari 2009, NJ 2009, 376 (Ontvanger/De Jong).

Hof

Hof 's-Gravenhage 18 juni 1906, *Magazijn van Handelsrecht XVIII* 1906, p. 202-208 (Warnitz/Uscherowitz).
Hof Amsterdam 24 januari 1923, NJ 1923, p. 1063-1064.
Hof Amsterdam 6 december 1927, NJ 1928, p. 1311-1312.
Hof Amsterdam 21 mei 1929, NJ 1929, p. 1173-1175 (Hollandsche Stoombootmaatschappij/Brill).
Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 1931, NJ 1931, p. 1445 (Van der Donck/Moenus).
Hof Amsterdam 10 maart 1955, S&S 1957, 83 (Texelstroom).
Hof Amsterdam 22 april 1959, S&S 1959, 58 (Salsaas).
Hof 's-Gravenhage 4 mei 1960, S&S 1961, 41 (Buccaneer).
Hof 's-Gravenhage 12 december 1963, NJ 1965, 283 (Mulder/Markx).
Hof 's-Hertogenbosch 4 november 1965, NJ 1967, 46 (Echo).
Hof 's-Gravenhage 2 mei 1975, S&S 1977, 12 (Provenierssingel).
Hof Amsterdam 24 juni 1977, S&S 1978, 43 (Hament/Starintex).
Hof Arnhem 3 mei 1978, NJ 1979, 422 (OTOS/Dorrestein).
Hof Amsterdam 25 april 1980, S&S 1981, 48 (Marathon).
Hof 's-Gravenhage 7 september 1983, S&S 1984, 28 (Penelope).
Hof 's-Gravenhage 29 mei 1986, S&S 1986, 136 (Condorcamp/Bosman).
Hof 's-Gravenhage 19 juni 1987 en Rb. Rotterdam 14 november 1986, NJ 1988, 653; S&S 1988, 131 (Algrado/Transovex).
Hof 's-Gravenhage 16 februari 1989, S&S 1990, 19 (Boekhout/Vaheco).
Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 1992, KG 1992, 312.
Hof Amsterdam 28 december 1995, NJ 1998, 450 (De Jong q.q./Stibbe).
Hof 's-Gravenhage 7 augustus 1996, S&S 1997, 8; NJ 1997, 678 (Soliman Reys).
Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 1998, NJ 1998, 789 (Cnossen en Jansen q.q./Bros).
Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, S&S 1999, 73 (Nedlloyd van Cloon).
Hof Amsterdam 18 februari 1999, S&S 1999, 67; KG 1999, 84 (De Wit/Commandeur).
Hof 's-Gravenhage 22 juni 1999, S&S 1999, 131 (Acorn/Loendersloot).
Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2001, S&S 2002, 77 (ALH/Van Seumeren).
Hof 's-Gravenhage 23 december 2003, S&S 2004, 41 (Action).
Hof Amsterdam 23 september 2004, S&S 2005, 8 (Altmühl).
Hof 's-Gravenhage 8 februari 2005 en Rb. Dordrecht 4 september 2003, S&S 2008, 14 (Asbisc/MAT).
Hof 's-Gravenhage 8 november 2005 en Rb. Rotterdam 21 januari 2004, S&S 2006, 53 (Maipo).
Hof Amsterdam 30 maart 2006, JOR 2006, 142.
Hof Amsterdam 27 april 2006, S&S 2009, 84 (Spliethoff/Italpaper).

Hof Amsterdam 15 mei 2008 en Rb. Amsterdam 25 januari 2006, S&S 2009, 39 (*Smyrna*).

Hof 's-Gravenhage 26 juni 2008, S&S 2008, 115 (*OPDR Lisboa*).

Hof 's-Gravenhage 27 januari 2009, S&S 2009, 60 (*Afovos of Schilinsky/Wirtz*).

Hof 's-Gravenhage 1 december 2009, S&S 2010, 62 (*Lehmann Timber*).

Rechtbank

Rb. Arnhem 17 maart 1927, NJ 1927, p. 1013-1014.

Rb. Maastricht 29 december 1932, NJ 1933, p. 1295-1296 (*Société/Meertens*).

Pres. Rb. Amsterdam 27 september 1937, NJ 1938, 308.

Ktg. Rotterdam 9 februari 1943, NJ 1943, 568 (*Algarve*).

Rb. Zwolle 14 november 1946, NJ 1947, 273 (*Wildervank/Bloem*).

Rb. Rotterdam 26 januari 1954, NJ 1954, 659 (*Boschfontein*).

Pres. Rb. Rotterdam 10 augustus 1957, S&S 1957, 86 (*De Sutter/Damco Scheepvaart*).

Rb. Groningen 14 februari 1958, S&S 1958, 58 (*Care Lines/Wolf en Wolf*).

Rb. Rotterdam 16 december 1958, S&S 1959, 39 (*Buccaneer*).

Ktg. Alphen aan den Rijn 13 juli 1971, PRG 1972, 722 m.nt. A.Th.E. Kastein (*Jansen/Piper*).

Rb. Breda 12 januari 1973, NJ 1974, 8.

Rb. Amsterdam 5 maart 1974, NJ 1974, 403.

Rb. Rotterdam 9 januari 1976, NJ 1977, 157 (*Brand/Bank of Apollo II*).

Pres. Rb. Alkmaar 20 april 1976, NJ 1977, 135; BR 1977, p. 540-543, m.nt. A.R. Bloembergen (*Witlou/Res*).

Rb. 's-Gravenhage 30 juni 1977, NJ 1977, 554.

Pres. Rb. Rotterdam 30 augustus 1979, S&S 1981, 69 (*Basrah*).

Pres. Rb. Rotterdam 4 december 1979, S&S 1980, 55 (*Archangelos G*).

Rb. Rotterdam 16 mei 1980, S&S 1980, 114 (*Ruys/ROS*).

Rb. Amsterdam 7 januari 1981, NJ 1981, 478 (*Edeltofting*).

Pres. Rb. Rotterdam 22 juli 1981, S&S 1982, 13 (*Penelope*).

Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1982, S&S 1982, 122 (*Camille B*).

Pres. Rb. Amsterdam 24 augustus 1982, S&S 1984, 102 (*Karl Leonhardt*).

Rb. Middelburg 29 september 1982, NJ 1983, 302; KG 1982, 175.

Rb. Zwolle 14 december 1982, NJ 1983, 303; KG 1983, 25.

Rb. Rotterdam 14 januari 1983, S&S 1983, 73 (*Antaios*).

Pres. Rb. Amsterdam 3 maart 1983, KG 1983, 109.

Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 november 1983, KG 1984, 40.

Pres. Rb. Rotterdam 14 februari 1984, S&S 1984, 75 (*El Obeid*).

Rb. Rotterdam 16 maart 1984, S&S 1984, 101 (*Neptune Garnet*).

Rb. Almelo 20 juni 1984, S&S 1985, 69 (*July Tex/Bolk*).

Rb. Rotterdam 28 september 1984, S&S 1985, 27 (*Pacific Violet*).

Rb. Middelburg 2 januari 1985, S&S 1985, 86 (*King Richard*).

Rb. Rotterdam 5 juli 1985, NJ 1987, 14 (*Eljuma*).

Rb. Leeuwarden 25 juli 1985, S&S 1986, 101 (*Boch/Wiersma*).

Pres. Rb. Leeuwarden 29 augustus 1985, S&S 1986, 137 (*Campina/Siegersma*).

Rb. Rotterdam 21 februari 1986, S&S 1986, 65 (*Staat/Krimpca*).

Pres. Rb. Utrecht 6 november 1986, S&S 1988, 86; KG 1987, 147 (*Hera/Centropa*).

Rb. Rotterdam 7 november 1986, S&S 1987, 79 (*Boekhout/Vaheco*).

- Rb. Rotterdam 14 november 1986 en Hof 's-Gravenhage 19 juni 1987, NJ 1988, 653; S&S 1988, 131 (*Algrado/Transovex*).
- Rb. Rotterdam 13 maart 1987, S&S 1987, 100 (*Wehr/SEL*).
- Rb. Rotterdam 15 mei 1987, S&S 1987, 128 (*Mitsubishi/Transbox*).
- Rb. Rotterdam 30 november 1989, S&S 1992, 3 (*Haniel/Hellas*).
- Rb. Rotterdam 9 november 1990, S&S 1991, 99 (*Suiker Unie/Mark Spirit Marine*).
- Pres. Rb. Zwolle 30 november 1990, S&S 1991, 78 (*Mentrex/Keijl*).
- Pres. Rb. Breda 11 april 1991, KG 1991, 176.
- Rb. Groningen 3 juli 1991, NJ 1992, 241; KG 1991, 322.
- Rb. Rotterdam 22 juli 1991, S&S 1992, 31 (*Iran Meezan*).
- Rb. Leeuwarden 19 december 1991, NJ 1992, 804 (*Brasseries/Schroor*).
- Rb. Rotterdam 7 mei 1993, S&S 1994, 42 (*Odin 1*).
- Rb. Haarlem 11 mei 1993 en 25 januari 1994, S&S 1996, 291 (*Nedlloyd Air Cargo/Singapore Airlines*).
- Pres. Rb. Rotterdam 17 juni 1993, KG 1993, 258.
- Pres. Rb. Leeuwarden 2 augustus 1993, S&S 1994, 77 (*Kodak/Hoekstra*).
- Rb. Rotterdam 3 september 1993, S&S 1996, 79 (*Wilant*).
- Rb. Rotterdam 25 maart 1994, S&S 1994, 97 (*Odin 2*).
- Rb. Rotterdam 23 september 1994 en 21 december 1995, S&S 1997, 1 (*Contship America*).
- Rb. Rotterdam 22 november 1994, NJ 1995, 641; KG 1994, 455 (*Bok/Nauta Dutilh*).
- Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1995, S&S 1997, 78 (*Cereol/Kamar*).
- Rb. Rotterdam 25 januari 1996, S&S 1997, 2 (*Eendracht*).
- Pres. Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, S&S 1998, 28 (*Hairsine/Slootmaker's*).
- Pres. Rb. Arnhem 31 december 1996, KG 1997, 51 (*Bemelmans q.q./Berends*).
- Rb. Rotterdam 23 januari 1997, S&S 1999, 21 (*Wiener/Intercontor*).
- Rb. Rotterdam 31 juli 1997, S&S 2000, 86 (*Santorini I*).
- Pres. Rb. Rotterdam 5 september 1997, S&S 1998, 2 (*Malta Cross/Amev*).
- Rb. Amsterdam 10 december 1997, NJ 1998, 487 (*ABN Amro/Koster*).
- Pres. Rb. Arnhem, 13 oktober 1998, KG 1998, 316.
- Rb. Breda 20 oktober 1998, S&S 1999, 97 (*Acorn/Loendersloot*).
- Pres. Rb. Rotterdam 12 en 26 november 1998, S&S 1999, 108 (*Lodi/Coreck*).
- Rb. Rotterdam 26 november 1998, S&S 1999, 118 (*Contship New Zealand*).
- Rb. Rotterdam 28 januari 1999, S&S 2000, 3 (*Spectra/Ziegler*).
- Rb. Utrecht 28 januari 1999, S&S 2000, 101 (*Ritmeester/Van Ginkel*).
- Rb. Rotterdam 18 november 1999, S&S 2000, 79 (*KPK/Van Uden*).
- Pres. Rb. Rotterdam 7 januari 2000, BIE 2000, 106; IER 2000, 33; S&S 2000, 53 (*Adidas/Hapag-Lloyd*).
- Pres. Rb. Rotterdam 15 juni 2000, KG 2000, 162; S&S 2000, 134 (*Cetecom/Maersk*).
- Pres. Rb. Rotterdam 15 november 2000, S&S 2002, 2 (*Marinus Green*).
- Rb. Rotterdam 30 november 2000, S&S 2002, 33 (*Bux/NPD*).
- Pres. Rb. Zwolle 31 januari 2001, S&S 2002, 8 (*Van der Spek/Grolleman*).
- Rb. Zwolle 15 maart 2001, S&S 2002, 61 (*Zuiderzee*).
- Pres. Rb. Rotterdam 19 april 2001, S&S 2003, 57 (*Corus/Dallessi*).
- Rb. Zwolle 27 juni 2001, KG 2001, 237 (*Apple Group/Eyck*).
- Rb. Rotterdam 17 januari 2002, S&S 2002, 135 (*Fladderak/Van der Vlist*).
- Vrz.rechter Rb. Amsterdam 12 februari 2002, S&S 2002, 88 (*Orces Design/ING Bank*).
- Rb. Amsterdam 10 april 2002, S&S 2003, 17 (*Project Europa*).

Rb. Amsterdam 2 april 2003, *JOR* 2003, 181 m.nt. N.S.G.J. Vermunt.
 Vrz. Rb. Rotterdam, 8 mei 2003, *S&S* 2003, 139 (*Morgan/DPS*).
 Vrz.rechter Rb Dordrecht 4 september 2003 en Hof 's-Gravenhage 8 februari 2005, *S&S* 2008, 14 (*Asbisc/MAT*).
 Rb. Rotterdam 21 januari 2004 en Hof 's-Gravenhage 8 november 2005, *S&S* 2006, 53 (*Maipo*).
 Rb. Rotterdam 29 september 2004, *S&S* 2005, 68 (*Conti Blue*).
 Ktr. Amersfoort 5 januari 2005, *PRG* 2005, 83 (*Jongerijs/Van Hoogevest*).
 Rb. Utrecht 17 mei 2005, *S&S* 2008, 96 (*B&B/Terberg*).
 Rb. Amsterdam 25 januari 2006 en Hof Amsterdam 15 mei 2008, *S&S* 2009, 39 (*Smyrna*).
 Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, *IER* 2006, 90 (*Adidas/China Shipping*).
 Rb. Zutphen 17 januari 2007, *S&S* 2008, 131 (*Cruise Travel/Nugteren*).
 Rb. Arnhem 22 augustus en 24 oktober 2007, *S&S* 2008, 59 (*Maersk/Hyka*).
 Rb. Rotterdam 10 juni 2008, *S&S* 2010, 123 (*Fortuna*).
 Rb. Dordrecht 27 november 2008, *S&S* 2010, 37 (*EWL Atlantic*).
 Rb. Amsterdam 4 februari 2009, *S&S* 2010, 4 (*Almos/Warnas of Robinson*).
 Rb. Dordrecht 5 maart 2009, *S&S* 2010, 115 (*Van Uden/Seats and Sofas*).
 Rb. Rotterdam 21 april 2009, *S&S* 2011, 39 (*Bornrif*).
 Rb. Rotterdam 27 augustus 2009, *LJN* BJ6251 (nr. 333760/KG ZA 09-667).
 Rb. Rotterdam 12 mei 2010, *S&S* 2011, 37 (*MSD/Safmarine*).
 Rb. Rotterdam 17 november 2010, *S&S* 2011, 53 (*Aan de Vecht/Adco*).
 Rb. Rotterdam 16 februari 2011, *LJN* BP7052 (*Jas Forwarding/Distribrands*).

Overige Nederlandse instanties

Bindend Advies 8 november 1959, *S&S* 1959, 11 (*Batavier I*).
 Arbitrale beslissing 14 april 1988, *S&S* 1990, 53 (*Ideomar/Gerald Metals*).
 Arbitrale Beslissing 11 december 1990, *S&S* 1991, 122 (*Isabel*).
 Arbitrale beslissing 15 oktober 1993, *S&S* 1994, 96 (*Datema/Pereira q.q.*).
 Arbitraal vonnis 12 september 2002, *S&S* 2003, 82.
 Arbitrale beslissing 4 maart 2009, *S&S* 2009, 86 (*Nostalgic*).

Engelse rechtspraak

Reeves v. Capper 26 November 1838, 132 English Reports 1057-1059; 5 Bing. (N.C.) 136.
Barber v Meyerstein (1866-67) LR 2 C.P. 38 (Court of Common Pleas).
Barber v Meyerstein (1866-67) L.R. 2 C.P. 661 (Ex Chamber).
Barber v Meyerstein (1869-1870) L.R. 4 H.L. 317 (HL).
Glyn Mills Currie & Co v East and West India Dock Co (1882) 7 App. Cas. 591 (HL).
Sanders v. Maclean (1882-83) LR 11 Q.B.D. 327 (CA).
Sewell v Burdick (1884-85) LR 10 App. Cas. 74 (HL).
Clink v. Radford & Co [1891] 1 Q.B. 625 (CA).
North Western Bank v. John Poynter [1895] A.C. 56 (HL).
The Hibernian [1907] P. 277.
Kishv. Taylor [1912] A.C. 604 (HL).
DublinCityDistillery v. Doherty [1914] A.C. 823 (HL).

- Guaranty Trust Company of New York v Hannay & Co.* [1918] 2 K.B. 623 (CA).
Re David Allester Ltd (1922) 11 Ll.L. Rep. 52 (ChD).
Brandt and Another v. Liverpool, Brazil and River Plate Steam Navigation Company, Limited [1924] 1 K.B. 575 (CA).
Equitable Trust Co of New York v Dawson Partners Ltd (1927) 27 Ll. L. Rep. 49 (HL).
Official Assignee of Madras v. Mercantile Bank of India [1935] A.C. 53 (PC).
Lloyd's Bank v Bank of America [1938] 2 K.B. 147 (CA).
T. D. Bailey, Son & Co. v. Ross T. Smyth & Co., Ltd.(1940) 67 Ll. L. Rep. 147 (QBD).
Societa Anonima Angelo Castelletti v. Transmaritime [1953] 2 Lloyd's Rep. 440 (QBD).
Kwei Tek Chao and Others v British Traders and Shippers Ltd [1954] 1 Lloyd's Rep. 16 (QBD).
Adler v. Dickson [1955] 1 QB 158.
Sze Hai Tong Bank v. Rambler Cycle [1959] A.C. 576; [1959] 2 Lloyd's Rep. 114 (PC).
Midland Bank v Eastcheap Dried Fruit Company [1962] 1 Lloyd's Rep. 359 (CA).
Tellrite, Ltd. v. London Confirmers, Ltd. [1962] 1 Lloyd's Rep. 236 (QBD).
Fidelitas v. V/O Exportchleb [1963] 2 Lloyd's Rep. 113 (CA).
Barclays Bank, Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise [1963] 1 Lloyd's Rep. 81 (QBD).
The Merak [1964] 2 Lloyd's Rep. 527 (CA).
Tappenden v Artus [1964] 2 QB 185 (CA).
Langley Beldon & Gaunt v Morley [1965] 1 Lloyd's Rep. 297.
Morris v Martin & Sons [1965] 2 Lloyd's Rep. 63 (CA).
Sale Continuation v. Austin Taylor [1967] 2 Lloyd's Rep. 403 (QBD).
Panchaud Freres SA v Etablissements General Grain Co [1970] 1 Lloyd's Rep. 53 (CA).
Overseas Transportation Co v Mineralimportexport (The Sinoe) [1971] 1 Lloyd's Rep. 514 (QBD).
The Annefield [1971] 1 Lloyd's Rep. 1 (CA).
Kum v. Wah Tat Bank [1971] 1 Lloyd's Rep. 439 (PC).
The Sinoe [1971] 1 Lloyd's Rep. 514 (CA).
The Agios Giorgis [1976] 2 Lloyd's Rep. 192 (QBD).
The Aegnoussiotis [1977] 1 Lloyd's Rep. 268 (QBD).
K Chellaram & Sons v Butlers Warehousing & Distribution [1977] 2 Lloyd's Rep. 192 (QBD).
Chellaram & Sons v. Butlers Warehousing & Distribution [1978] 2 Lloyd's Rep. 412 (CA).
The Nanfri [1979] 1 Lloyd's Rep. 201 (HL).
Intraco Ltd v Notis Shipping Corp of Liberia (The Bhoja Trader) [1981] 2 Lloyd's Rep. 256 (CA).
The Cebu [1983] 1 Lloyd's Rep. 302 (QBD).
Elder Dempster Lines v. Zaki Ishag (The "Lycaon") [1983] 2 Lloyd's Rep. 548 (QBD).
The Miramar [1983] 2 Lloyd's Rep. 319 (QBD).
The Miramar [1984] 2 Lloyd's Rep. 129 (HL).
The Sagona [1984] 1 Lloyd's Rep. 194 (QBD).
Castle Insurance v. Hong Kong Islands Shipping [1984] A.C. 226.
The Ugland Trailer [1985] 2 Lloyd's Rep. 372 (ChD).
The Aegis Britannic [1987] 1 Lloyd's Rep. 119 (CA).
The Annangel Glory [1988] 1 Lloyd's Rep. 45 (QBD).
Metaalhandel JA Magnus BV v. Ardfiels Transport Ltd [1988] 1 Lloyd's Rep. 197.
The Boral Gas [1988] 1 Lloyd's Rep. 342 (QBD).
The Attika Hope [1988] 1 Lloyd's Rep. 439 (QBD).
Enichem Anic S.P.A. and Others v. Ampelos Shipping Co. Ltd. (The "Delfini") [1990] 1 Lloyd's Rep. 252 (CA).

The Cebu (No. 2) [1990] 2 Lloyd's Rep. 316 (QBD).
The Future Express [1992] 2 Lloyd's Rep. 79 (QBD)
The Future Express [1993] 2 Lloyd's Rep. 542 (CA).
The Coral [1993] 1 Lloyd's Rep. 1 (CA).
The Pioneer Container [1994] 2 A.C. 324 (PC).
Glencore Grain Rotterdam BV v Lebanese Organisation for International Commerce [1997] C.L.C. 1274 (CA).
Aegean Sea Traders Corporation v. Repsol Petroleo S.A. and Another (The "Aegean Sea") [1998] 2 Lloyd's Rep. 39 (QBD).
Transcontainer Express Ltd. V. Custodian Security Ltd. [1998] 1 Lloyd's Law Reports (CA).
Lukoil-Kaliningradmorneft v Tata (No. 2) [1999] 1 Lloyd's Rep. 365 (QBD).
Lukoil-Kaliningradmorneft v. Tata and Global Marine Transportation [1999] 2 Lloyd's Rep. 129 (CA).
Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corporation (No. 3) [1999] 1 Lloyd's Rep. 747 (QBD).
Motis v Dampskibsselskabet AF 1912 [1999] 1 Lloyd's Rep. 837 (QBD).
Motis Exports v. Kampskibsselskabet 1912 [2000] 1 Lloyd's Rep. 211 (CA).
Borealis A.B. v. Stargas Ltd (The Berge Sisar) [2001] 1 Lloyd's Rep. 663; [2002] 2 A.C. 205 (HL).
Re Brumark Investments Ltd [2001] 2 A.C. 710 (PC).
East West Corporation v. DKBS 1912 [2002] 2 Lloyd's Rep. 182 (QBD).
East West Corporation v. DKBS 1912 [2003] 1 Lloyd's Rep. 239 (CA).
Jarl Trä AB and Others v. Convoys Ltd. [2003] 2 Lloyd's Rep. 459; [2003] 2 C.L.C. 1072 (QBD).
The Rafaela S [2003] 2 Lloyd's Rep. 113 (CA).
The Rafaela S [2005] 1 Lloyd's Rep. 347; [2005] 2 A.C. 423 (HL).
Trafigura Beheer BV v Mediterranean Shipping Co SA [2007] EWCA Civ 794 (CA).
T Comedy v. Easy Managed Transport [2007] 2 Lloyd's Rep. 397 (QBD).
Kamidian v Wareham Holt [2008] EWHC 1483 (Comm); 2008 WL 2596003 (QBD).
Samsun Logix v. Oceantrade [2008] 1 Lloyd's Rep. 450 (QBD).

Amerikaanse rechtspraak

Louisville & N. R. Co. v. Central Iron & Coal Co., 265 U.S. 59, 67, 44 S.Ct. 441, 68 L.Ed. 900 (1924).
Dare v. New York Central Railroad Company, June 6, 1927, 20 F.2d 379.
ArizonaFeeds v. Southern Pacific Transp. Co., 21 Ariz.App. 346, 353, 519 P.2d 199, 206 (1974).
States Marine v. Seattle-first National Bank, October 16, 1975, 524 F.2d 245.
A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil, March 30, 1990, 1990 WL 209637 (S.D.N.Y.)
A/S Dampskibsselskabet Torm v. Beaumont Oil, March 11, 1991, 927 F.2d 713.
KoreaExpress v. K.K.D. Imports, August 28, 2002, 2002 WL 31954077 (D.N.J.).
NorfolkSouthern Railway v. Kirby 543 U.S. 14, 125 S.Ct. 385 (2004).

Overige common law rechtspraak

Habib Bank v Bank of South Australia (1997) 70 SASR 14.
The Stone Gemini [1999] 2 Lloyd's Rep. 255.

Australian Tallow & Agri-Commodities Pty Ltd v Malaysia International Shipping Corporation [2001] NSWCA 16.

Carewins v. Bright Fortune Shipping, 12 May 2009, [2009] 3 HKLRD 409 (Court of Final Appeal Hong Kong),

Stapley v Towing Masters Pty Ltd (t/as) Dynamic Towing [2009] NSWCA 382.

Belgische rechtspraak

Hof van Cassatie 7 oktober 1976, R.W. 1976-77, p. 1832-1834; *Pasicrisie* 1997-I, p. 154-165 (*Teinturia*).

Rechtbank van Koophandel te Antwerpen 4 november 1986, R.W. 1986-1987, p. 1764-1766; E.T.L. 1987, p. 413-415.

Hof van Beroep te Antwerpen 4 januari 1994, R.W. 1993-1994, p. 1432-1433.

Hof van Cassatie 16 juni 1995, T.B.H. 1996, p. 215-225 m.nt. Eric Dirix; R.W. 1995-1996, nr. 9, 28 oktober 1995, p. 309-310.

Rechtbank van Koophandel te Antwerpen 16 januari 2001, E.T.L. 2001, p. 199-206.

Hof van Cassatie 21 maart 2003 en 12 februari 2004 m.nt. M.E. Storme, R.W. 2005-30, p. 1174-1182.

Hof van Beroep te Antwerpen 15 maart 2004, R.W. 2004-2005, p. 1354-1355; E.T.L. 2005, p. 368-373; *NjW* 2005-114, p. 703-705 (*Riga Natie/Jean d'Huart*).

Hof van Beroep te Brussel 13 januari 2005, *NjW* 2005-114, p. 705-706.

Hof van Cassatie 27 april 2006, R.W. 2007-2008, p. 1541-1547, m.nt. M.E. Storme (*Ar-celor Profil/Riga Natie*).

Hof van Beroep te Antwerpen 8 oktober 2007, E.T.L. 2008, p. 225-233.

Franse rechtspraak

Cour de Cassation 9 april 1894, *Dalloz* 1894, 1, 409-411 m.nt. A. Boistel.

Cour de Cassation, Civ. 1re, 22 mei 1962, *Dalloz* 1965, 58 m.nt. Rodière.

Cour de Cassation 3 oktober 1989, E.T.L. 1990, p. 296-300.

Cour de Cassation (Chambre civile 1) 7 januari 1992, nr. 90-14545.

Cour de Cassation 27 juni 2006, E.T.L. 2006, p. 818-822.

Cour de Cassation (Chambre civile 1) 24 september 2009, nr. 08-10152.

Duitse rechtspraak

RGZ 77, 201.

RGZ 113, 427.

RGZ 118, 250.

OLG 08.12.1927, RGZ 119, 215.

BGH 08.03.1955, BGHZ 17, 1.

BGH 22.02.1956, BGHZ 20, 88.

BGH 23.03.1956, BGHZ 20, 231.

BGH 24.06.1958, BGHZ 28, 16.

BGH 10.04.1961, BGHZ 35, 85.

BGH 05.02.1962, BGHZ 36, 329.

BGH 22.02.1967, BGHZ 47, 157.

BGH 27.10.1967, BGHZ 49, 160; *NjW* 1968, 591.

- BGH 26 januari 1973, BGHZ 60, 174.
BGH 17.03.1975, BGHZ 64, 122.
BGH 04.05.1977, BGHZ 68, 323.
BGH 24.10.1979, BGHZ 75, 221.
BGH 18.05.1983, BGHZ 87, 274.
BGH 11.04.1984, BGHZ 91, 73.
BGH 27.09.1984, BGHZ 92, 194.
BGH 01.07.1985, BGHZ 95, 149.
OLG Hamburg 11 september 1986, *Transportrecht* 1987-2, p. 69-76 (Dithmarschen).
BGH 25.02.1987, BGHZ 100, 95.
OLG Hamburg 9.10.1987, *Transportrecht* 1988-2, p. 69-72.
BGH 18.01.1990, BGHZ 110, 99.
BGH 03.07.1991, BGHZ 115, 99.
BGH 02.07.1992, BGHZ 119, 75.
OLG Hamm 26.11.1992, *Transportrecht* 1993-7/8, p. 310-313.
OLG Nürnberg 23.2.1994, *Transportrecht* 1994, p. 289-292 (Papua).
BGH 18.5.1995, *Transportrecht* 1995-10, p. 383-384.
BGH 21.03.1996, BGHZ 132, 218.
OLG München, 9.4.1997, *Transportrecht* 1997-10, p. 368-369.
BGH 18.04.2002, BGHZ 150, 326.
OLG Karlsruhe 20.2.2004, *Transportrecht* 2004-11/12, p. 467-468.
BGH 21.04.2005, *Transportrecht* 2005-7/8, p. 309-311.
OLG Köln 30.05.2008, *Transportrecht* 2009-1, p. 37-43.
BGH 10.6.2010, *Transportrecht* 2010-7/8, p. 303-308; E.T.L. 2010-5, p. 547-561.

Zwitserse rechtspraak

- BGE 113 III, 26.
BGE 122 III 73 (*The Future Express*).

Register op aangehaalde regelgeving

Nederlandse wetgeving

Algemene Douanewet (3 april 2008)

1:12 / 2.2.2.2

Auteurswet

28 / 3.2.1

Benelux Verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE)

2.22 / 3.2.1

Burgerlijk Wetboek

Boek 3 BW

3:2 / 3.2.1

3:7 / 7.2.1

3:13 / 3.3.3

3:60 / 4.2.1.1

3:66 / 4.2.1.1

3:69 / 3.5.2 / 6.4.4.2

3:81 / 7.2.3

3:82 / 7.2.3

3:84 / 1.3.2 / 2.4.9 / 3.5.4 / 3.7.3.2 / 5.2.1 / 6.2.1 / 6.2.3.1 / 6.3.1 / 6.4.1 / 6.4.3 / 8.2.5.3

3:86 / 3.2.1 / 3.3.2 / 3.6.3 / 4.2.1.1 / 4.2.1.2 / 4.2.3.2 / 5.2.4 / 5.3.2.4 / 6.2.3.2 / 6.3.2

/ 6.4.2.1 / 6.5.2 / 6.6.1 / 7.2.3 / 8.2.5.3

3:87 / 4.2.2

3:90 / 3.7.3.2 / 5.3.2.4 / 6.2.4 / 6.3.2 / 6.4.2.1 / 7.2.3 / 8.2.2.4

3:91 / 5.2.2.1

3:92 / 5.2.2.1

3:93 / 1.4.2 / 3.7.3.2 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.3.2 / 6.2.4 / 6.3.1 / 6.4.2.1 / 7.2.3 / 8.2.2.4

/ 8.2.5.2

3:94 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.3.1

3:95 / 6.3.1 / 6.5.3.1

3:98 / 1.3.2 / 2.4.9 / 3.5.4 / 5.2.1 / 6.2.1 / 6.2.3.1 / 6.3.1 / 6.4.1 / 8.2.5.3

3:107 / 3.1 / 5.3.2.4 / 6.3.2

3:108 / 3.3.1 / 6.3.1

3:109 / 5.3.2.4 / 6.3.2 / 6.5.3.1

3:110 / 4.2.3.2 / 5.2.3.2 / 6.4.1 / 6.4.2.1 / 6.4.2.2 / 6.4.2.3 / 6.7 / 8.2.2.4 / 8.3.3

3:111 / 3.7.3.1

3:114 / 6.3.1

3:115 / 3.4.2 / 3.6.1 / 3.7.3.3 / 3.8 / 4.3.2 / 5.3.2.4 / 6.3.1 / 6.3.3 / 6.5.3.1 / 8.2.2.4

3:117 / 3.3.1
3:119 / 5.3.2.4 / 6.3.2 / 6.5.3.1
3:120 / 2.1 / 2.2.2.1 / 2.2.5 / 3.3.1 / 4.2.4.2 / 5.2.1
3:121 / 3.3.1
3:124 / 2.1 / 2.2.2.1 / 2.2.5 / 3.3.1 / 4.2.4.2 / 5.2.1
3:125 / 3.3.2
3:227 / 1.2 / 3.2.1 / 3.2.3
3:228 / 3.2.1
3:229 / 7.2.1
3:230 / 2.2.2.3
3:231 / 1.5.1 / 2.2.2.2
3:235 / 7.2.1
3:236 / 1.3.2 / 1.4.2 / 3.2.1 / 3.3.3 / 4.4.3 / 5.2.1 / 6.1 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.2.3 / 6.2.4
/ 6.5.3.1 / 6.7 / 7.2.3 / 7.3.1 / 8.2.2.1 / 8.2.2.4 / 8.2.5.2 / 8.3.3
3:237 / 1.4.2 / 3.2.1 / 3.2.2 / 3.6.3 / 4.4.3 / 5.2.1 / 6.5.3.1 / 7.2.3 / 7.3.5.2 / 7.3.5.3 / 7.4
3:238 / 1.5.2 / 3.2.1 / 3.6.3 / 3.7.1 / 4.2.1.2 / 4.2.3.2 / 4.4.3 / 5.2.1 / 5.2.2.1 / 5.2.3.1
/ 5.3.2.4 / 5.3.4 / 6.2.3.2 / 7.2.3 / 8.2.4.2 / 8.2.5.2 / 8.2.5.3 / 8.3.2
3:239 / 7.2.3
3:243 / 4.2.2
3:245 / 3.3.3 / 6.5.2
3:246 / 6.2.1 / 7.2.1 / 7.2.3
3:248 / 1.1 / 3.7.2.3 / 7.2.1
3:250 / 7.2.1
3:251 / 7.2.1
3:253 / 7.2.1
3:255 / 7.2.1
3:258 / 1.2 / 1.3.2 / 1.4.2 / 1.5.3 / 3.3.2 / 3.3.3 / 6.5.2 / 7.1 / 7.2.2 / 7.2.3 / 8.2.2.1
3:278 / 1.1 / 2.4.7 / 8.2.4.1
3:279 / 2.4.7
3:284 / 4.2.1.1
3:290 / 1.1 / 1.3.1 / 1.4.1 / 2.1 / 2.2.1 / 2.2.2.1 / 2.2.2.2 / 2.2.3 / 2.2.6 / 2.3.2.2 / 2.3.3
/ 2.4.4.3 / 2.4.5.1 / 2.4.5.2 / 2.4.6.1 / 2.4.7 / 3.2.1 / 3.3.1 / 3.4.1 / 3.5.3 / 3.7.1 / 3.8
/ 4.2.4.4 / 8.2.2.1 / 8.3.3
3:291 / 1.2 / 1.3.1 / 1.5.2 / 2.1 / 2.2.2.2 / 2.3.2.2 / 2.3.6 / 2.4.3.1 / 2.4.4.2 / 2.4.5.1
/ 2.4.5.3 / 3.2.1 / 3.3.1 / 3.5.2 / 3.5.3 / 3.7.3.2 / 4.1 / 4.2.1.1 / 4.2.1.2 / 4.2.2 / 4.2.3.1
/ 4.2.3.2 / 4.2.3.3 / 4.2.3.4 / 4.2.4.1 / 4.2.4.2 / 4.2.4.3 / 4.2.4.4 / 4.2.4.6 / 4.2.5.1 / 4.2.5.2
/ 4.2.5.3 / 4.2.6 / 4.3.1.1 / 4.3.1.2 / 4.3.2 / 4.3.3.1 / 4.3.3.2 / 4.3.3.3 / 4.3.5.1 / 4.3.5.2
/ 4.3.6 / 4.5 / 5.2.2.1 / 5.2.2.2 / 5.2.3.1 / 5.2.3.2 / 5.3.3 / 5.3.4 / 5.4 / 8.2.3.1 / 8.2.3.2
/ 8.2.4.2 / 8.2.5.2 / 8.2.5.3 / 8.3.3
3:292 / 1.1 / 1.2 / 1.3.1 / 2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.6 / 2.4.5.2 / 2.4.7 / 2.4.10 / 3.5.3 / 3.5.4 / 3.6.3
/ 5.3.4 / 7.3.1 / 8.2.4.1 / 8.2.4.2 / 8.2.5.2 / 8.3.2 / 8.3.3
3:293 / 4.2.1.1
3:294 / 1.2 / 1.3.1 / 1.5.3 / 3.3.1 / 3.3.2 / 3.5.2 / 8.2.2.1
3:295 / 1.3.1 / 2.2.1 / 2.2.2.1 / 3.3.2
3:299 / 7.2.3
3:300 / 6.2.3.2
3:301 / 6.2.3.2

Boek 5 BW

5:2 / 4.4.1

Boek 6 BW

6:2 / 1.5.2 / 2.2.2.3 / 4.2.6 / 8.2.5.3

6:27 / 4.2.1.1

6:37 / 4.4.1

6:38 / 2.2.2.2 / 2.3.2.3 / 4.3.1.1

6:39 / 2.2.2.2

6:40 / 2.2.2.2

6:49 / 7.2.3

6:52 / 1.3.1 / 1.5.3 / 2.1 / 2.2.1 / 2.2.2.1 / 2.2.2.2 / 2.2.2.3 / 2.2.2.4 / 2.2.3 / 2.2.5 / 2.2.6 / 2.3.2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.2.3 / 2.3.3 / 2.3.6 / 2.4.3.1 / 2.4.3.2 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.5.1 / 2.4.5.2 / 2.4.6.1 / 2.4.7 / 2.4.10 / 2.5 / 3.2.4 / 3.5.3 / 4.2.1.1 / 4.2.4.3 / 4.3.1.1 / 4.3.3.1 / 5.3.2.2 / 8.2.3.1 / 8.2.4.2 / 8.2.5.2 / 8.2.5.3

6:53 / 4.2.1.1 / 4.3.1.1

6:54 / 2.2.2.4

6:55 / 2.2.2.4 / 2.3.2.3

6:57 / 1.3.1 / 2.2.1 / 2.2.2.1 / 2.2.6 / 4.2.1.1

6:59 / 2.2.2.4

6:64 / 4.2.1.1

6:66 / 4.2.1.1

6:76 / 3.4.2 / 3.4.3 / 3.5.2 / 3.8

6:80 / 2.2.2.2 / 2.2.2.4 / 4.2.4.3

6:140 / 7.2.3

6:145 / 4.2.4.3

6:162 / 3.3.2

6:171 / 3.4.3

6:212 / 7.3.5.2

6:228 / 4.2.1.2

6:232 / 4.2.4.5

6:233 / 4.2.4.5

6:234 / 4.2.4.5

6:248 / 1.5.2 / 2.1 / 2.2.2.3 / 3.3.3 / 4.2.4.6 / 4.2.6 / 5.2.3.2 / 5.3.2.4 / 8.2.2.3 / 8.2.3.1 / 8.2.5.3

6:253 / 2.4.6.1 / 3.7.2.1 / 3.7.3.2 / 6.2.1 / 7.3.2

6:254 / 1.3.1 / 2.4.6.1

6:256 / 6.2.1

6:262 / 2.2.2.1 / 2.2.2.4 / 3.2.4

6:263 / 2.2.2.2 / 2.2.2.4

6:264 / 2.2.2.1 / 2.2.2.4

6:265 / 6.4.4.3

6:269 / 4.3.2

6:271 / 6.4.4.2 / 6.4.4.3

Boek 7 BW

7:9 / 1.1

7:15 / 4.3.3.1 / 4.3.5.2 / 5.3.3 / 8.2.3.2 / 8.2.3.3

7:17 / 6.4.4.3
7:23 / 6.4.4.2
7:26 / 1.1
7:39 / 5.2.1
7:42 / 5.2.1
7:53 / 5.2.3.2
7:400 / 4.2.4.3
7:420 / 4.2.4.3 / 4.2.4.4 / 4.5
7:421 / 4.2.4.3 / 4.2.4.4 / 4.5 / 8.2.5.2
7:422 / 1.4.2 / 6.4.2.2 / 6.7
7:424 / 4.2.4.3
7:600 / 2.2.1 / 3.3.1 / 3.4.3
7:603 / 3.5.2
7:605 / 3.6.1
7:607 / 1.1 / 3.7.3.2 / 6.1 / 6.3.1 / 6.5.3.1
7:608 / 4.2.4.2
7A:1576l / 5.2.2.2

Boek 8 BW

8:20 / 2.4.4.1
8:21 / 3.3.1 / 3.5.1
8:29 / 2.3.2.3 / 2.4.4.1 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4
8:30 / 1.1 / 1.2 / 1.3.1 / 2.1 / 2.2.2.2 / 2.2.3 / 2.3.3 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.2
/ 2.4.4.4 / 2.4.5.1 / 2.4.5.2 / 2.4.6.1 / 2.4.7 / 2.4.10 / 2.5 / 4.1 / 4.2.1.2 / 4.2.4.4 / 4.2.6
/ 4.3.1.2 / 4.3.2 / 4.3.3.1 / 4.3.3.2 / 4.4.1 / 4.4.2 / 4.5 / 5.1 / 5.3.2.2 / 8.2.3.1 / 8.2.5.3
8:44 / 1.4.1 / 6.1
8:48 / 2.4.6.1 / 5.3.2.2
8:49 / 6.2.1 / 6.3.1
8:50 / 1.1 / 3.7.3.2 / 6.1 / 6.3.1 / 6.5.3.1
8:51 / 1.1 / 6.1
8:60 / 2.3.1 / 2.3.2.1 / 3.7.3.2 / 3.8 / 4.2.4.3
8:61 / 2.3.2.1 / 2.3.2.4
8:63 / 4.2.4.3
8:69 / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.2.2.2 / 2.3.1 / 2.3.2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.2.3 / 2.3.2.4 / 2.3.3 / 2.3.6
/ 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.7 / 2.5 / 3.2.3 / 4.1 / 4.2.1.2 / 4.2.3.4 / 4.2.4.4 / 4.3.1.2 / 4.3.3.2
/ 4.4.1 / 5.1 / 5.3.2.2 / 8.2.3.1
8:210a / 2.4.7
8:222 / 2.4.7 / 3.6.4
8:227 / 3.6.4
8:228 / 3.6.4
8:392 / 2.4.4.1
8:393 / 2.4.4.1
8:399 / 1.4.1 / 3.2.4 / 6.1
8:410 / 2.4.5.4
8:412 / 6.4.2.1
8:413 / 6.6.1 / 6.6.2 / 6.7
8:414 / 5.3.2.2 / 5.3.2.4 / 5.3.5 / 6.3.3
8:415 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 4.2.4.5 / 5.3.2.4

8:416 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.2.3 / 6.3.1 / 6.3.2
8:417 / 1.1 / 1.4.1 / 3.7.3.2 / 3.7.3.3 / 5.3.2.3 / 5.3.2.4 / 5.3.4 / 5.3.5 / 6.1 / 6.3.1 / 6.3.2
/ 6.3.3 / 6.5.1 / 6.5.2 / 6.5.3.1 / 6.5.3.2 / 6.6.1 / 6.7 / 7.1 / 7.2.3 / 7.3.1 / 8.2.4.2 / 8.2.5.1
8:441 / 1.1 / 1.3.1 / 1.4.1 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 3.7.2.1 / 3.7.2.3 / 3.7.3.2 / 4.4.3 / 5.3.2.4
/ 6.1 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.3.2 / 6.5.1 / 6.5.2 / 6.5.3.2 / 6.6.1 / 6.7 / 7.1 / 7.2.1 / 7.2.3 / 7.3.1
/ 7.3.2 / 7.3.5.1 / 7.4
8:460 / 6.6.1
8:481 / 6.5.3.2 / 7.1 / 7.3.5.1
8:482 / 3.7.3.2 / 6.1
8:484 / 2.3.2.3 / 2.4.4.1 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.6.2
8:488 / 2.4.7 / 2.4.8
8:489 / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.3.2.3 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3
/ 2.4.4.4 / 2.4.5.1 / 2.4.5.3 / 2.4.6.2 / 2.4.7 / 2.4.10 / 2.5 / 3.5.1 / 3.6.2 / 3.6.4 / 4.1
/ 4.2.1.2 / 4.3.1.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1 / 4.4.2 / 4.4.3 / 5.1 / 7.3.5.2 / 8.2.3.1 / 8.2.5.3
8:490 / 1.3.1 / 3.5.1 / 3.6.4 / 4.4.3 / 6.5.1 / 6.6.1 / 7.1
8:491 / 4.4.3
8:551 / 2.4.4.1
8:571 / 1.2 / 1.3.1 / 2.1 / 2.4.3.1 / 4.1
8:610 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1
8:820a / 2.4.7
8:832 / 2.4.7 / 3.6.4
8:908 / 2.4.4.1
8:909 / 2.4.4.1
8:915 / 3.7.1
8:916 / 1.4.1 / 6.1
8:922 / 2.4.6.1
8:923 / 6.2.1 / 6.3.1
8:924 / 1.1 / 3.7.3.2 / 6.1 / 6.3.1
8:939 / 2.4.6.1
8:940 / 1.1 / 6.1
8:947 / 2.3.2.3 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4
8:951 / 2.4.7
8:953 / 2.3.2.4
8:954 / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.2 / 2.4.4.4 / 2.4.5.1 / 2.4.7 / 4.1
/ 4.2.1.2 / 4.3.1.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1 / 5.1 / 8.2.3.1
8:955 / 1.3.1 / 3.5.1
8:992 / 2.4.5.1
8:1119 / 3.7.1
8:1122 / 2.4.6.1
8:1123 / 2.4.6.1
8:1128 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4
8:1130 / 2.3.2.4
8:1131 / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.2.4 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 2.4.3.2 / 2.4.3.3 / 2.4.4.2
/ 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.5.4 / 2.4.7 / 3.2.3 / 3.3.1 / 4.1 / 4.2.1.2 / 4.3.1.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1
/ 5.1 / 5.3.1 / 5.3.3 / 8.2.3.1
8:1132 / 1.3.1 / 3.5.1
8:1194 / 2.4.1
8:1196 / 1.3.1 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 4.1

8:1197 / 1.3.1 / 3.5.1
8:1373 / 4.4.1
8:1374 / 4.4.1
8:1378 / 1.3.1 / 4.4.1
8:1379 / 1.3.1
8:1712 / 6.5.3.2

Faillissementswet

23 / 1.4.2 / 3.7.1 / 3.7.3.2 / 5.2.2.2 / 6.4.2.2
35 / 5.2.2.2
37 / 6.4.2.2
57 / 1.1 / 5.2.2.2 / 6.4.2.2 / 7.2.3
60 / 1.1 / 1.2 / 1.3.1 / 2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.6 / 2.4.5.2 / 2.4.7 / 2.4.10 / 3.7.3.2

Rechtsvordering (Rv)

156 / 3.6.3 / 7.2.3
430 / 4.4.1
475 / 4.4.1
477 / 4.4.1
638 / 2.4.4.3
704 / 4.4.1
718 / 4.4.1
730 / 4.4.1

Burgerlijk Wetboek (oud)

667 / 6.3.1
668 / 6.2.3.3
1196 / 5.3.2.2
1198 / 3.5.4 / 7.2.2 / 7.3.1
1374 / 2.2.2.3
1376 / 4.2.3.3
1757 / 4.2.1.1
1766 / 4.2.1.1
1849 / 2.2.1
2014 / 4.2.3.2

Wetboek van Koophandel (oud)

86 / 2.3.1
318h / 2.4.7 / 3.6.4
491 / 2.4.4.1 / 2.4.4.3 / 3.6.4
493 / 2.4.3.1 / 2.4.4.3 / 2.4.6.2 / 2.4.7 / 3.6.4
500 / 3.6.4
501 / 2.4.4.1
507 / 6.6.1
508 / 6.2.1
511 / 2.4.4.1 / 2.4.6.2
517 / 6.6.1
517a / 6.3.1 / 6.3.2

517v / 3.5.1 / 3.6.2

684 / 3.2.3

766 / 3.6.4

831 / 2.4.4.3 / 3.6.4

833 / 2.4.3.1 / 2.4.7 / 3.6.4

837 / 3.6.4

846 / 2.4.6.2

851 / 6.3.1

Wet Overeenkomst Wegvervoer (oud)

53 / 2.4.3.1

Benelux studiecommissie voor eenmaking van het recht

Voorontwerp betreffende de opschortingsrechten (1974) / 2.2.1

Algemene voorwaarden Nederland

Algemene Bankvoorwaarden (2009) / 6.4.2.2

24 / 1.4.1 / 6.1

Algemene betalingsvoorwaarden (Transport en Logistiek Nederland 2002) / 2.2.1

2 / 2.2.3

Algemene Nederlandse Cargadoorsvoorwaarden (2009) / 2.2.1

4.7 / 2.2.3

Algemene Opslagvoorwaarden (Stichting Vervoeradres 2002) / 2.2.1

10 / 2.2.3

Algemene Vervoercondities (AVC 1983) / 1.3.1 / 2.4.5.1

22 / 2.3.2.4

Algemene Vervoercondities (AVC 2002) / 1.3.1 / 2.4.6.1 / 3.2.1 / 8.2.5.2

17 / 2.3.2.4

23 / 2.2.3 / 2.4.5.2 / 2.4.6.1 / 3.3.1

Algemene Voorwaarden van de Vereniging van Rotterdamse Terminal Operators (VRTO 2009)

/ 2.2.1

2.3 / 1.3.2 / 3.5.2 / 4.2.4.5

3.9 / 2.2.3

Nederlandse Opslagvoorwaarden (Fenex 1995) / 2.2.1

28 / 1.3.2 / 2.2.3 / 5.2.3.2

Nederlandse Expeditievoorwaarden (Fenex 2004)

1 / 3.5.2 / 4.2.2

19 / 1.3.1 / 2.3.1 / 2.3.3 / 4.2.4.4 / 5.1 / 6.1 / 6.2.2.2 / 7.3.1

Physical Distribution Voorwaarden (Physical Distribution Group/Transport en Logistiek Nederland 2000) / 2.2.1

*Physical Distribution Voorwaarden (Stichting Vervoeradres 2003) / 2.2.1
9 / 2.2.3*

*Rotterdamse Stuwadoorscondities (1976) / 2.2.1
3.8 / 2.2.3 / 5.2.3.1
4 / 4.2.2*

*Voorwaarden Massagoed – Stuwadoors Amsterdam (2006) / 2.2.1
3 / 5.2.3.2*

Algemene Voorwaarden Stukgoed – Stuwadoors Amsterdam (2007) / 2.2.1

*Voorwaarden voor logistieke activiteiten (Fenex 1995) / 2.2.1 / 2.2.3
13 / 2.2.3 / 5.2.3.2*

Engelse wetgeving

*Bills of Lading Act 1855
Algemeen / 6.3.2 / 6.5.4
1 / 6.5.4*

*Factors Act 1889
Algemeen / 5.2.2.1
2 / 7.2.3
3 / 6.3.3*

*Insolvency Act 1986
248 / 2.3.6*

*Sale of Goods Act 1979
12 / 4.3.3.1 / 4.3.5.2 / 5.3.3
29 / 6.3.1 / 6.3.3
41 / 2.2.4*

*Carriage of Goods by Sea Act 1992
Algemeen / 6.2.3.3 / 6.3.2 / 6.5.4
2 / 6.5.4
3 / 7.3.5.1
5 / 6.2.3.3*

Algemene voorwaarden Engeland

*British International Trade Association (BIFA) Standard Trading Conditions (2005A Edition)
/ 2.3.4 / 4.2.5.1*

RHA Conditions of Carriage

14 / 2.4.2.1 / 4.2.5.1

RHA Conditions of Storage (1998) / 2.4.2.1

Conditions of the United Kingdom Warehousing Association (UKWA) / 4.2.5.1

Duitse wetgeving

AGBGB

9 / 5.2.4

Binnenschiffahrtsgesetz

26 / 2.4.9

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

138 / 5.2.4

185 / 2.4.9 / 5.2.4

273 / 2.1 / 2.2.2.3 / 2.2.5 / 2.4.5.2 / 2.4.9 / 4.2.5.3 / 6.4.3

274 / 2.2.5

320 / 2.2.2.4 / 2.2.5

398 / 6.2.1 / 6.2.3.3 / 6.3.1 / 6.3.3

433 / 4.3.3.1 / 5.3.3

435 / 4.3.3.1 / 5.3.3

449 / 5.2.2.1 / 5.2.4

675 / 6.4.1

868 / 6.2.2.3

870 / 6.3.3

931 / 6.3.1 / 6.3.3

932 / 5.2.4

935 / 5.2.4

936 / 6.3.3

1000 / 2.2.5 / 4.2.5.3

1204 / 2.2.5 / 2.4.9 / 5.2.4 / 5.3.5

1205 / 5.2.1 / 5.2.4 / 6.3.3

1207 / 5.2.4

1253 / 7.2.2

1259 / 5.2.4

1292 / 6.3.3

1293 / 6.3.3 / 7.2.1

1294 / 7.2.1

1295 / 7.2.1

1296 / 2.2.5

Handelsgesetzbuch

363 / 5.3.5 / 6.3.3 / 6.6.2

364 / 5.3.5 / 6.2.3.3 / 6.3.3

366 / 2.2.5 / 2.3.5 / 2.4.9

368 / 2.2.5
369 / 2.2.2.3 / 2.2.5 / 2.3.2.2 / 2.3.5 / 2.4.5.2 / 2.4.9 / 3.2.3 / 3.7.3.2 / 4.2.5.3 / 4.3.5.1
/ 5.3.5 / 6.4.3
371 / 2.2.5
372 / 3.7.3.2 / 4.3.5.1
397 / 3.5.3
407 / 2.4.9
420 / 2.2.2.4 / 2.4.4.3 / 2.4.9
421 / 2.4.6.1
441 / 1.5.2 / 2.2.5 / 2.3.5 / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.5.1 / 2.4.5.2 / 2.4.5.3 / 2.4.9 / 3.2.3
/ 3.5.1 / 3.5.3 / 3.6.4 / 4.2.5.3 / 5.3.5 / 6.3.3
442 / 3.6.2
443 / 3.5.3
448 / 5.3.5 / 6.3.1 / 6.3.3
453 / 2.3.1 / 2.3.5
454 / 2.3.1
455 / 2.3.5
464 / 2.2.5 / 2.3.2.2 / 2.3.5 / 2.4.9 / 3.2.3 / 3.5.3 / 4.2.5.3
466 / 2.3.5
475b / 2.2.5 / 2.4.9 / 3.2.3 / 3.5.3 / 4.2.5.3
475g / 6.3.1
606 / 6.5.4
614 / 2.4.4.3 / 2.4.9
615 / 2.4.9
623 / 2.2.5 / 2.4.5.4 / 2.4.9 / 3.5.3 / 3.6.4
627 / 2.4.9
648 / 6.6.2
649 / 6.6.2
650 / 5.3.5 / 6.3.1 / 6.3.3
651 / 6.6.2
652 / 6.6.2
653 / 6.5.2
656 / 6.3.3
674 / 2.2.5
726 / 2.2.5
751 / 1.2 / 2.2.5
755 / 2.2.5

Transportrechtsreformgesetz (1998) / 1.5.2 / 2.3.5 / 2.4.9 / 3.6.4

Algemene voorwaarden Duitsland

Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp 2003) / 2.3.5 / 5.2.4
2 / 2.3.5
20 / 2.3.5

Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs- und Logistikunternehmer (VGBL 2003)
36 / 2.3.5

AGB-Banken

14 / 6.4.3

Belgische wetgeving

Burgerlijk Wetboek

1690 / 6.2.3.3

2071 / 5.2.1

2076 / 5.2.1

2082 / 7.2.2

Binnenbevrachtingswet (wet van 5 mei 1936 op de binnenbevrachting)

60 / 3.6.4

Hypotheekwet (16 december 1851)

20 / 3.6.4

Wet houdende invoering van het warrantstelsel (Warrantwet, 18 november 1862) / 7.3.1

Zewet (Wet houdende Boek II van het Wetboek van Koophandel)

124 / 3.6.4

125 / 3.6.4

126 / 3.6.4

Algemene voorwaarden België

Algemene Belgische Expeditievoorwaarden (2005)

34 / 5.2.3.2

Overige wetgeving

Code de Commerce (Frankrijk)

L. 521-1 / 7.3.1

Code Civil (Frankrijk)

2338 / 8.3.1

Uniform Commercial Code (Amerika) / 8.3.1 / 8.3.2 / 8.3.3

9 / 8.3.1

Internationale regelingen

Convention relative à l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure (Overeenkomst inzake de inschrijving van binnenschepen, Genève 1965) / 2.4.7

Protocol No. 1 / 2.4.7

Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; Weens Koopverdrag)

30 / 1.1

41 / 4.3.3.1 / 5.3.3
53 / 1.1

CMI Uniform Rules for Sea Waybills
6 / 3.7.2.2

Draft Common Frame of Reference (DCFR 2010)

II. - 1:102 / 1.5.2
III. - 3:401 / 8.3.2
IX. - 1:102 / 8.3.2
IX. - 2:101 / 8.3.2
IX. - 2:103 / 8.3.2
IX. - 2:105 / 8.3.2
IX. - 2:108 / 8.3.2
IX. - 2:109 / 8.3.2
IX. - 2:111 / 8.3.2
IX. - 2:114 / 1.5.2 / 8.3.2
IX. - 3:102 / 8.3.2
IX. - 3:201 / 8.3.2
IX. - 3:202 / 8.3.2
IX. - 4:101 / 8.3.2
IX. - 4:102 / 8.3.2
IX. - 4:108 / 8.3.2

*Draft Convention on contract of agency for forwarding agents relating to international carriage of goods (Unidroit 1966) / 2.3.1 / 2.4.1 / 2.4.2.3 / 2.5
9 / 2.4.2.3 / 3.5.1*

EBRD Model Law on Secured Transactions (2004) / 1.5.2 / 8.3.1

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947) / 8.1

Hague Rules / 2.4.1 / 3.7.2.3

Hamburg Rules / 2.4.1 / 3.7.2.3

Visby Rules / 2.4.1 / 3.7.2.3

*Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg van 19 mei 1956 (CMR 1956) / 2.4.1 / 3.7.2.2 / 3.7.2.3 / 3.7.3.1
1 / 2.4.2.1
4 / 2.4.2.1
6 / 2.4.2.1
12 / 3.7.1 / 3.7.2.2
13 / 2.4.1 / 2.4.2.1 / 3.7.2.2
41 / 2.4.2.1*

Verdrag van Boedapest inzake de overeenkomst voor het vervoer van goederen over de binnenwateren van 22 juni 2001 (CMNI 2001) / 2.4.1 / 3.7.1 / 3.7.2.2 / 3.7.2.3 / 3.7.3.1

6 / 2.4.1

10 / 2.4.1

14 / 3.7.2.2

15 / 3.7.2.2

ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 500) / 6.4.4.2

ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600, 1 juli 2007)

4 / 6.4.1

5 / 7.1

7 / 6.4.2.3

14 / 6.4.4.1 / 6.4.4.2

20 / 6.6.1

Convention on International Interests in Mobile Equipment (Unidroit verdrag van Kaapstad betreffend internationale zekerheden op mobiel materieel, Capetown 2001) / 8.3.1

Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Rome 2004)

1.2 / 1.5.2

United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods (Geneva 1980) / 2.4.2.3

United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade (Vienna 1991) / 2.2.1 / 2.5

10 / 2.2.1

United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (Rotterdam Rules 2008) / 2.4.1 / 2.4.4.4 / 3.7.1 / 3.7.3.1 / 8.3.3

1 / 3.7.2.3

27 / 2.4.2.2

35 / 3.7.1

42 / 2.4.1 / 2.4.2.2

47 / 6.5.3.2

49 / 2.4.1 / 2.4.2.2 / 8.3.3

50 / 3.7.2.3

51 / 3.7.2.3

56 / 3.7.2.3

58 / 7.3.3

62 / 6.5.3.2

York-Antwerp Rules / 2.4.3.3

Overige regelingen

Fiata Model Rules for freight forwarding services / 2.3.1

1.1 / 2.3.1

2.1 / 2.3.1

15 / 2.3.1 / 2.3.4

New York Produce Exchange Form (NYPE, Bimco 1993)

23 / 2.4.4.3 / 2.4.6.2 / 3.2.2

South African Association of Freight Forwarders (SAAFF, Zuid-Afrika) / 4.2.4.4 / 4.2.4.5

United Nations (UNCTAD) Minimum Standards for Shipping Agents / 2.2.1

Trefwoordenregister

Anvullende werking (van de redelijkheid en billijkheid) / 2.1
Abandonnement / 6.4.4.2
Aflader / 2.4.9 / 6.2.3.3
Afstand (van recht) / 1.2 / 1.3.1 / 1.3.2 / 1.5.3 / 2.2.3 / 2.2.4 / 2.2.6 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 3.3.2 / 3.3.3 / 3.5.4 / 4.3.3.2 / 6.4.4.2
Afzender / 1.3.1 / 1.4.1 / 1.4.2 / 2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.2.4 / 2.4.1 / 2.4.2.2 / 2.4.3.1 / 2.4.3.2 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.5.1 / 2.4.5.2 / 2.4.5.3 / 2.4.5.4 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 2.4.9 / 2.4.10 / 2.5 / 3.2.1 / 3.2.4 / 3.3.1 / 3.5.1 / 3.6.1 / 3.7.1 / 3.7.2.1 / 3.7.2.2 / 3.7.3.3 / 4.2.1.2 / 4.2.3.2 / 4.2.4.6 / 4.3.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1 / 4.4.2 / 4.4.3 / 5.1 / 5.3.3 / 6.1 / 6.2.1 / 6.2.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.2.3 / 6.2.3.2 / 6.4.2.1 / 6.5.1 / 6.6.1 / 7.3.3 / 7.3.5.1 / 7.3.5.2 / 8.2.2.2 / 8.2.3.1 / 8.2.5.2
Attornment / 3.4.2 / 3.4.3 / 3.7.1 / 6.3.1 / 6.3.3 / 6.5.4
Avarij-grosse / 1.5.1 / 2.2.2.2 / 2.3.2.3 / 2.4.2.2 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1 / 2.4.4.3 / 2.4.6.1 / 2.4.7 / 2.4.9 / 2.4.10 / 2.5 / 8.2.5.3
Bailment / 3.4.1 / 3.4.2 / 3.4.3 / 3.6.1 / 3.6.2 / 3.7.1 / 3.7.3.1 / 4.2.4.2 / 4.2.5.1 / 6.2.3.2
Bankgarantie / 6.4.4.2
Beperkende werking (van de redelijkheid en billijkheid) / 2.2.2.3 / 2.4.6.1 / 3.3.3 / 4.2.4.6 / 4.2.6 / 5.2.3.2 / 5.3.3 / 8.2.2.3 / 8.2.3.1 / 8.2.3.2 / 8.2.5.2 / 8.2.5.3
Beschikkingsrecht / 3.7.1 / 3.7.2.2 / 3.7.2.3 / 3.7.3.1 / 3.7.3.3
Bevrachting / 2.4.4.1 / 2.4.4.3 / 2.4.6.1 / 3.2.2 / 3.6.4 / 6.5.1 / 7.3.3
Bewaarneming / 1.1 / 1.2 / 2.2.2.2 / 2.2.2.3 / 2.4.5.1 / 3.3.1 / 3.4.2 / 3.4.3 / 3.5.3 / 3.7.1 / 3.7.3.1 / 4.2.2 / 4.2.3.2 / 4.2.4.2 / 4.2.4.3 / 5.2.3.2 / 6.3.1 / 8.2.2.1
Binnenvaarder / 2.4.3.3 / 2.4.4.2 / 2.4.5.1 / 2.4.5.3 / 2.4.7 / 5.3.3
Binnenvaart / 1.1 / 1.3.1 / 1.4.1 / 2.1 / 2.3.2.3 / 2.3.2.4 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.5.1 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 2.4.7 / 2.4.8 / 2.4.9 / 3.5.1 / 3.6.4 / 3.7.1 / 3.7.2.3 / 4.1 / 4.2.1.2 / 4.3.1.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1 / 5.1 / 5.3.3 / 6.1 / 6.2.1 / 6.3.1 / 8.2.3.1
Cargadoor / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.2.1 / 2.2.3 / 2.2.4 / 2.4.7 / 2.5 / 3.5.1 / 4.1 / 8.2.5.3
Cash against documents / 1.1 / 6.4.2.1 / 6.5.1 / 7.1
Ceel / 1.1 / 3.7.3.2 / 4.3.2 / 4.3.3.1 / 4.3.3.2 / 5.3.2.4 / 6.1 / 6.2.1 / 6.3.1 / 6.3.3 / 6.5.3.1 / 7.2.1 / 7.3.3 / 8.3.2
Cesser clause / 2.4.3.1 / 2.4.4.2 / 2.4.6.2 / 2.4.9
Cessie / 2.4.6.1 / 3.7.3.2 / 4.2.4.3 / 4.3.3.2 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.2.3 / 6.2.3.2 / 6.2.3.3 / 6.2.4 / 6.3.1 / 6.3.3 / 6.4.2.1 / 7.1
Charterparty / 2.4.3.1 / 2.4.4.1 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 3.2.2 / 3.2.4
Cognossement aan order / 5.2.1 / 6.2.1 / 6.2.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.2.3 / 6.2.3.1 / 6.2.3.2 / 6.2.3.3 / 6.2.4 / 6.3.1 / 6.4.2.1 / 5.2.2.1 / 6.1 / 6.2.1 / 6.2.2.3 / 6.2.3.1 / 6.2.3.3 / 6.3.3 / 6.4.1 / 6.7 / 7.2.3 / 7.3.1 / 7.4 / 8.2.2.3 / 8.2.2.4
Cognossement aan toonder / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.3.1
Cognossement op naam / 3.7.2.3 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.3.1
Common carrier / 2.4.8

Complex handelsverkeer / 1.2
 Concurrentie van cognossementemplaren / 6.6.1 / 6.7
 Confirmerende bank / 1.4.2 / 3.7.1 / 6.2.3.2 / 6.4.1 / 6.4.2.3 / 6.4.3 / 6.7
 Confirming bank / 1.4.2 / 3.7.1 / 6.2.3.2 / 6.4.1 / 6.4.2.3 / 6.4.3 / 6.4.4.2
 Constitutum possessorium / 4.3.2 / 6.3.1 / 6.5.3.1
 Debitum cum re iunctum / 1.2 / 1.3.1 / 1.5.2 / 2.1 / 2.2.2.2 / 2.2.2.3 / 2.4.4.2 / 3.1
 / 4.2.1.1 / 4.2.3.1 / 4.2.3.2 / 4.2.3.4 / 4.2.4.1 / 4.2.4.2 / 4.2.5.2 / 4.2.6 / 4.3.2 / 4.3.3.3
 / 4.3.5.1 / 4.5 / 5.1 / 5.2.3.1
 Delivery order / 2.4.5.4 / 3.2.3 / 3.7.1 / 3.7.3.2 / 4.3.3.2 / 6.1 / 6.3.1 / 6.3.3
 Derdenbeding / 1.3.1 / 2.4.4.2 / 2.4.6.1 / 3.7.2.1 / 3.7.3.2 / 4.2.4.2 / 4.2.4.6 / 4.3.4
 / 6.2.1 / 6.2.2.3 / 6.2.3.2 / 6.2.4 / 6.6.1 / 7.3.2 / 8.2.2.4
 Directe leer / 5.2.3.2 / 6.4.1 / 6.4.2.1 / 6.4.2.2 / 6.4.2.3 / 6.7 / 8.2.2.4 / 8.3.3
 Document of title / 3.7.2.3 / 3.7.3.3 / 6.3.3 / 6.5.4 / 8.3.2
 Documentair incasso / 1.1 / 3.7.3.1 / 6.1 / 7.1 / 7.2.3 / 7.3.1
 Documentair krediet / 1.1 / 1.4.1 / 1.4.2 / 1.5.3 / 3.7.1 / 3.7.2.2 / 3.7.3.2 / 6.1 / 6.2.3.2
 / 6.2.3.3 / 6.2.4 / 6.4.1 / 6.4.2.1 / 6.4.2.2 / 6.4.2.3 / 6.4.4.1 / 6.4.4.3 / 6.5.4 / 6.6.1 / 6.7
 / 7.1 / 7.2.1 / 7.2.3 / 7.3.3 / 8.2.2.1
 Doen vervoeren / 2.3.2.1 / 2.3.3 / 2.3.6 / 2.5 / 3.7.3.2 / 3.8
 Doorleveringsleer / 5.2.3.2 / 6.4.2.1
 Doorvervoer / 3.5.1 / 3.6.2 / 4.2.4.7 / 8.2.2.3
 Douane-expediteur / 2.2.2.2 / 2.3.1 / 6.1
 Draft common frame of reference / 1.5.2 / 1.5.3 / 8.1 / 8.3.1 / 8.3.2
 Endossement in blanco / 1.4.2 / 6.2.3.1 / 6.2.3.2 / 6.2.4 / 6.4.2.1 / 7.2.3
 Erga omnes / 1.2 / 5.1 / 5.3.1
 Exceptio non adimpleti contractus / 2.2.2.1 / 2.2.5 / 3.2.4 / 8.3.2
 Expeditieovereenkomst / 1.3.1 / 2.3.2.1 / 2.3.2.2 / 2.3.5 / 3.8 / 5.3.2.4
 Expeditie in enge zin / 2.3.2.1 / 2.3.2.2
 Expeditie in ruime zin / 2.3.1 / 2.3.2.1 / 2.3.2.3 / 2.3.3 / 2.3.5
 Expediteur in enge zin / 2.3.2.2 / 2.3.2.3 / 2.4.7 / 2.5 / 4.2.4.3
 Expediteur in ruime zin / 2.3.2.2 / 2.4.7 / 2.5
 Foutvracht / 2.4.2.2 / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.6.2 / 2.4.8 / 3.2.4 / 4.2.4.2
 Freight prepaid / 2.4.1 / 2.4.2.2 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.6.2 / 2.4.8 / 3.2.4 / 4.4.2
 Fysieke distributeur / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.2.1 / 2.2.3 / 2.2.4 / 2.4.7 / 2.5 / 4.1 / 4.2.4.3
 Himalaya / 4.2.4.6
 Hoofdverbintenis / 3.3.3 / 5.2.1 / 6.4.2.2
 Hulpverlener / 1.2 / 2.1 / 2.4.3.1
 Hulpverlening / 1.2 / 1.3.1 / 2.2.2.3 / 2.4.3.1 / 2.4.4.1 / 2.4.7 / 2.4.8 / 2.4.9 / 2.4.10
 / 4.1
 Indemnity / 3.2 / 6.4.4.1 / 6.5 / 6.5.3.1 / 6.5.3.2 / 6.5.4 / 7.3.3
 Issuing bank / 1.4.2 / 1.5.3 / 3.7.1 / 6.2.3.2 / 6.4.1 / 6.4.2.3 / 6.4.3 / 6.4.4.2
 Juridische connexiteit / 1.2 / 2.1
 Koper onder eigendomsvoorbehoud / 1.3.2 / 4.1 / 4.3.1.1 / 4.3.2 / 5.1 / 5.2.2.1 / 5.2.2.2
 / 5.2.3.2 / 5.2.4 / 5.3.1 / 5.3.2.4 / 5.3.3 / 5.4 / 8.2.3.2 / 8.2.3.3
 Kosten onderweg / 2.4.4.1 / 2.4.8 / 2.4.9
 Lastgeving / 1.1 / 1.2 / 1.4.2 / 3.4.2 / 4.2.4.2 / 4.2.4.3 / 4.2.4.4 / 4.2.4.5 / 4.2.4.7 / 4.2.6
 / 4.3.4 / 4.5 / 6.1 / 6.2.1 / 6.3.3 / 6.4.1 / 6.4.2.1 / 6.4.2.2 / 6.4.2.3 / 6.4.4.2 / 6.4.4.3 / 6.7
 / 7.2.1
 Legitimatiepapier / 5.3.2.4 / 6.3.2 / 6.3.3 / 8.2.4.1

Lien / 1.1 / 1.2 / 1.3.1 / 2.1 / 2.2.2.4 / 2.2.3 / 2.2.4 / 2.3.1 / 2.3.4 / 2.3.6 / 2.4.2.1 / 2.4.3.1 / 2.4.4.1 / 2.4.4.3 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 2.4.8 / 2.4.9 / 3.2.2 / 3.2.3 / 3.2.4 / 3.7.3.2 / 4.2.5.1 / 4.3.2 / 4.3.5.2 / 6.2.3.3 / 6.4.3 / 6.4.4.3 / 6.5.4 / 7.3.3

Luchtvervoer / 1.3.1 / 2.1 / 2.4.1 / 2.4.7 / 4.4.1

Materiële connexiteit / 1.2 / 2.1

Mate's receipt / 3.2.3 / 3.2.4

Middellijk houderschap / 1.3.1 / 1.4.2 / 1.5.3 / 3.1 / 3.3.1 / 3.4 / 3.6.1 / 3.7.1 / 3.7.3.1 / 3.8 / 7.1 / 7.3.1 / 7.3.3

Middellijke macht / 1.3.1 / 1.3.2 / 1.5.3 / 3.1 / 3.4.2 / 3.4.3 / 3.5.1 / 3.5.2 / 3.5.4 / 3.6.1 / 3.6.2 / 3.7.1 / 3.7.2.3 / 3.7.3.3 / 3.8 / 4.3.2 / 6.3.1 / 6.3.2 / 7.1 / 7.3.4 / 8.2.2.1 / 8.2.2.2 / 8.2.5.2 / 8.3.2 / 8.3.3

Multimodaal vervoer / 2.3.1 / 2.4.2.3 / 2.4.4.1 / 3.5.1 / 3.6.2 / 6.1 / 8.2.2.3

Nemo plus / 1.5.2 / 4.3.3.2 / 5.2.2.2 / 8.3.2

Nevenverbintenis / 3.3.3 / 5.2.1 / 6.4.2.2

Nodisp / 3.7.2.2

Nvocc / 4.3.3.2

Ondervervoer / 3.4.3 / 3.5.1 / 3.6.2 / 3.8 / 4.2.2 / 4.2.3.4 / 8.2.2.2

Onderzoeksplicht / 4.2.2 / 5.3.2.4 / 6.5.3.1

Onmiddellijk houderschap / 3.4.1 / 3.8.1

Onmiddellijke macht / 3.3.1 / 3.3.3 / 3.4.2 / 3.8 / 4.3.2 / 6.3.1 / 6.3.2 / 6.3.3 / 8.2.2.1 / 8.2.2.2 / 8.3.2

Ontvangstexpediteur / 1.4.2 / 2.4.6.2 / 2.4.9 / 3.7.1 / 3.7.3.1 / 3.7.3.2 / 3.8 / 4.1 / 4.2.4.3 / 4.4.3 / 5.2.2.1 / 5.3.2.2 / 6.1 / 6.2.3.1 / 6.3.2 / 6.5.1 / 7.1 / 7.3.1 / 7.3.2 / 7.4 / 8.2.2.1 / 8.2.2.2

Openende bank / 1.4.2 / 3.7.1 / 6.2.3.2 / 6.4.1 / 6.4.2.3 / 6.4.3 / 6.7 / 7.2.3

Opvolgend vervoer / 2.4.4.1 / 3.5.1 / 3.6.2 / 4.2.4.7

Overliggeld / 2.4.2.2 / 2.4.4.1 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 2.4.7 / 2.4.9 / 4.2.4.2 / 7.3.5.3

Parallellisme / 6.3.2 / 6.5.3.2

Pfandrecht / 1.1 / 2.2.5 / 2.3.2.2 / 2.3.5 / 2.4.9 / 3.5.3 / 3.6.2 / 3.6.4 / 5.2.4

Pledge / 1.3.1 / 2.2.4 / 3.7.2.3 / 5.2.4 / 6.2.3.3 / 6.3.3 / 6.4.2.3 / 6.4.3 / 6.4.4.2 / 6.5.4 / 7.3.3

Prioriteit / 1.5.2 / 3.5.3 / 4.3.3.2 / 4.3.5.2 / 4.4.3 / 5.3.4 / 6.6.2 / 7.3.1 / 8.2.4.1 / 8.2.4.2 / 8.2.5.2 / 8.3.1 / 8.3.2

Publiciteit / 1.5.2 / 5.3.2.4 / 6.3.2 / 6.3.3 / 6.4.2.1 / 8.2.1 / 8.2.3.2 / 8.2.5.1 / 8.3.1 / 8.3.2

Reclamerecht / 3.6.4 / 4.3.2

Recht om afgifte van zaken te weigeren / 2.4.3.1 / 4.1 / 4.3.1.2 / 4.4.1 / 4.4.2 / 4.4.3 / 4.5

Rechtmatig houder / 6.2.1 / 6.2.2.3 / 6.2.3.1 / 6.2.3.2 / 6.2.4 / 7.2.3

Rechtsbron / 2.2.1 / 2.3.1 / 2.4.1

Regelmatig houder / 3.7.3.1 / 3.7.3.2 / 6.1 / 6.2.1 / 6.2.2.2 / 6.2.2.3 / 6.2.3.1 / 6.2.3.2 / 6.3.2 / 6.5.2 / 6.7 / 7.2.1 / 7.2.3 / 7.3.2 / 7.3.5.1

Reisbevrachter / 2.4.6.1 / 3.2.2

Reisbevrachting / 2.4.4.1

Reisvervrachter / 3.2.2

Reisvracht / 2.4.4.1

Remboursbedrag / 2.3.2.4 / 2.3.3 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1 / 2.4.6.1 / 3.2.1

Right of control / 3.7.1 / 3.7.2.3 / 3.7.3.1 / 3.7.3.3

Right of retention / 2.2.1 / 2.4.2.2 / 2.4.2.3 / 3.5.1 / 8.3.2

Samenhangende vordering / 2.4.9 / 3.7.3.2 / 4.3.3.2 / 4.3.6
Ship's bag / 6.6.1
Spent bill of lading / 6.5.4
Spoorvervoer / 1.3.1 / 2.1 / 2.4.1 / 7.3.3
Stapelvervoer / 2.4.7
Stilliggen / 2.4.4.1 / 2.4.8
Stuwadoor / 1.1 / 1.2 / 1.3.1 / 1.3.2 / 2.1 / 2.2.1 / 2.2.2.3 / 2.2.3 / 2.2.4 / 2.4.7 / 2.5
/ 3.5.1 / 3.8 / 4.1 / 4.2.2 / 4.2.4.3 / 4.2.4.6 / 4.2.5.1 / 4.3.3.1 / 5.1 / 5.2.3.1 / 5.2.3.2
/ 8.2.5.3
Sub-freight / 2.4.4.3 / 2.4.6.2 / 3.2.2 / 3.2.4
Sub-hire / 2.4.4.3 / 2.4.6.2 / 3.2.2
Tijdbevrachter / 2.4.4.4 / 3.2.2 / 4.4.2
Tijdbevrachting / 2.4.6.1 / 3.2.2 / 6.5.1
Tijdvervrachter / 3.2.2
Tijdvracht / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.4.4 / 2.4.6.1 / 4.4.2
Toekomstige vordering / 1.5.1 / 2.2.5 / 2.3.2.3 / 2.3.3 / 2.4.4.3
Toondercognossement / 3.7.2.3
Traditio longa manu / 3.4.2 / 3.4.3 / 3.7.1 / 3.7.3.3 / 3.8 / 4.3.2 / 4.3.3.2 / 5.3.2.4 / 6.3.1
/ 6.3.3 / 6.4.2.1 / 6.5.3.1 / 8.2.2.4
Trust / 6.4.4.3 / 7.2.2 / 7.2.3 / 7.3.1 / 8.3.2
Verhuizer / 1.3.1 / 2.4.1 / 2.4.3.1 / 3.5.1 / 4.1
Verkeersbelang / 1.5.2 / 4.2.4.1 / 4.3.3.1 / 4.3.6 / 4.5 / 5.2.2.1 / 5.3.2.4 / 5.3.3 / 5.3.4
/ 5.4 / 6.1 / 8.2.1 / 8.2.3.3
Verlengd retentierecht / 2.4.5.2 / 4.1 / 4.2.3.1 / 4.2.3.4 / 4.2.4 / 4.2.4.4 / 4.2.4.6 / 4.2.5.1
/ 4.2.5.2 / 4.2.6 / 4.3.4
Verzendexpediteur / 1.4.2 / 3.7.1 / 3.7.3.2 / 3.7.3.3 / 3.8 / 5.3.3 / 6.1 / 6.2.2.3 / 6.5.1
/ 8.2.2.2 / 8.2.2.4
Vlot handelsverkeer / 1.2 / 1.3.1 / 1.5.1 / 1.5.2 / 1.5.3 / 2.1 / 2.4.4.1 / 3.1 / 3.6.2 / 3.7.3.2
/ 3.8 / 4.1 / 4.2.3.1 / 4.2.4.1 / 4.3.3.1 / 4.3.3.3 / 4.5 / 5.1 / 5.2.3.1 / 5.2.3.2 / 5.3.2.4 / 5.4
/ 6.1 / 6.2.2.3 / 6.2.4 / 6.5.1 / 7.1 / 7.4 / 8.1 / 8.2.1 / 8.2.2.2 / 8.2.2.3 / 8.2.3.2 / 8.2.3.3
/ 8.2.5.1 / 8.2.5.2
Volgbriefje / 3.2.3
Voorrecht / 1.1 / 1.5.1 / 2.2.2.2 / 2.4.5.1 / 2.4.7 / 3.6.4 / 3.7.3.2 / 4.2.4.4 / 4.3.1.1
Vrachtbrief / 2.4.2.1 / 2.4.4.1 / 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.6.1 / 3.2.3 / 3.6.1 / 3.7.1
/ 3.7.2.1 / 3.7.2.2 / 3.7.2.3 / 3.7.3.1 / 3.7.3.3 / 3.8 / 4.3.5.1 / 4.4.1 / 5.3.3
Wegvervoer / 1.1 / 1.3.1 / 2.1 / 2.3.2.4 / 2.4.1 / 2.4.2.1 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.2
/ 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.6.1 / 2.4.7 / 2.4.8 / 3.2.1 / 3.2.3 / 3.5.1 / 3.7.1 / 4.1 / 4.2.1.2
/ 4.3.1.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1 / 5.1 / 5.2.2.1 / 5.3.3 / 8.2.3.1
Zakenrechtelijk waardepapier / 1.4.1 / 3.7.2.2 / 3.7.3.2 / 3.7.3.3 / 4.3.3.2 / 4.3.5.1
/ 5.3.1 / 5.3.3 / 8.3.2
Zeevervoer / 1.1 / 1.3.1 / 1.4.1 / 2.1 / 2.3.2.3 / 2.4.1 / 2.4.2.2 / 2.4.3.1 / 2.4.3.3 / 2.4.4.1
/ 2.4.4.2 / 2.4.4.3 / 2.4.4.4 / 2.4.5.1 / 2.4.5.2 / 2.4.6.1 / 2.4.6.2 / 2.4.7 / 2.4.8 / 2.4.9
/ 2.4.10 / 2.5 / 3.5.1 / 3.6.4 / 3.7.3.2 / 4.1 / 4.2.1.2 / 4.2.5.2 / 4.3.1.2 / 4.3.3.1 / 4.4.1
/ 5.1 / 5.2.3.1 / 5.3.3 / 6.1 / 6.2.1 / 6.3.1 / 7.3.5.2 / 8.2.3.1 / 8.2.3.2 / 8.3.3

Curriculum vitae

Huibert Logmans werd geboren op 27 juli 1982 te Dirksland. In 2000 heeft hij het vwo-diploma behaald aan de Christelijke Scholengemeenschap Prins Maurits te Middelharnis. Daarna heeft hij tot 2006 de studie Nederlands recht gevolgd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. In 2001 en 2002 volgde hij enkele filosofievakken aan dezelfde universiteit. In 2005 en 2006 was hij als student-assistent verbonden aan de sectie Privaatrecht. Vanaf eind 2006 was hij als promovendus werkzaam aan de Erasmus Universiteit Rotterdam bij de sectie Handels- en Ondernemingsrecht.

