

---

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL 1 DECEMBER 2010**


---

**VERVOER**

**Vervoer goederen over de weg – Internationaal vervoer – CMR-Verdrag – Vorderingsrecht van afzender – Diefstal palet – Bewijs van opzet – Onbeperkte aansprakelijkheid – Verhaal onder de CMR-polis (neen) ofwel de polis ‘Burgerlijke aansprakelijkheid uitbating’ (ja) – Verdedigingskosten**

*De opdrachtgever, vermeld als afzender op de CMR-vrachtbrief, van een vervoer in België van paletten met fotomateriaal beschikt over het vereiste procesrechtelijk belang om een vordering tot aansprakelijkheid in te stellen.*

*Het vorderingsrecht ten gronde van de afzender blijft bestaan ook al heeft hij het beschikkingsrecht over de goederen, afgeleverd aan de geadresseerde, verloren.*

*De beperking van aansprakelijkheid, voorzien in artikel 23, 3 van het CMR-Verdrag, hetzij 8,33 STR per ontbrekende kilogram, is niet van toepassing in geval van opzet of van schuld welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet wordt gelijkgesteld.*

*Dit bewijs wordt geleverd als blijkt dat de palet door de chauffeur van de vrachtwagen van de onderaannemer van de contractuele vervoerder ontvreemd werd ofwel door de medeplichtigheid van een aangestelde van deze laatste die over de sleutels van het magazijn beschikte, waarin de paletten werden gelost in afwachting van hun verder vervoer, terwijl op het ogenblik der feiten het alarmsysteem niet in werking was gesteld.*

*Deze werknemer heeft gehandeld in de ‘uitoefening van zijn werkzaamheden’ zelfs indien zijn handeling onrechtstreeks verband heeft met de uitoefening van zijn werkzaamheden.*

*De CMR-polis dekt in casu het schadegeval overkomen in het magazijn van de vervoerder niet doch wel de polis BA-uitbating houdende een uitbreiding voor de schade aan goederen toevertrouwd voor opslag wanneer de schade zich voordoet t.g.v. een behandeling die niet gedekt is door een transportpolis.*

*Is nietig bij toepassing van artikel 8 van de wet van 25 juni 1992 het beding dat er uitsluiting van dekking is i.g.v. niet-naleving van veiligheidsvereisten, van de wetten of regels, eigen aan de verzekerde activiteiten, wanneer deze zo ernstig zijn dat de schade ten gevolge van die overtreding volgens iedere normale vertrouwde persoon haast onvermijdelijk was.*

*De verzekeraar is krachtens artikel 79, § 1 van de wet van 25 juni 1992 verplicht om de leiding van het geding te nemen binnen de grenzen van de dekking en dient dus de kosten van verdediging van de verzekerde terug te betalen als hij ten onrechte zijn dekking heeft geweigerd.*

**TRANSPORT**

**Transport par route – Transport international – Convention CMR – Droit d’action de l’expéditeur – Vol d’une palette – Preuve du dol – Responsabilité illimitée – Recours sur pied de la police CMR (non) ou de la police ‘Responsabilité civile exploitations’ (oui) – Frais de défense**

*Le donneur d’ordre, repris comme expéditeur sur la lettre de voiture CMR, pour un transport en Belgique de palettes contenant du matériel photographique, est titulaire de l’intérêt processuel requis pour tenter une action en responsabilité.*

*Le droit d’action au fond de l’expéditeur subsiste même s’il a perdu son droit de disposition sur la marchandise par leur remise au destinataire.*

*La limitation de responsabilité prévue à l’article 23, 3 de la CMR, à savoir 8,33 DTS par kilogramme manquant, n’est pas applicable en cas de dol ou d’une faute qui, d’après la loi du tribunal saisi, y est équivalente.*

*La preuve d’un dol est rapportée lorsqu’il est établi que la palette a soit été dérobée par le chauffeur du camion du sous-traitant du transporteur contractuel soit grâce à la complicité d’un préposé de ce dernier qui disposait des clés du magasin, dans lequel les marchandises ont été déchargées en attente de réacheminement, et dont le système d’alarme n’était pas branché le jour des faits.*

*Ce travailleur a agi dans ‘l’exercice de ses fonctions’ même si son acte n’a qu’un rapport indirect avec l’exercice de ses activités.*

*La police CMR ne couvre pas en l’espèce ce sinistre survenu dans le magasin du transporteur mais bien la police responsabilité civile-exploitation qui comporte une extension de la garantie aux biens confiés pour entreposage lorsque le dommage se produit à la suite d’un fait qui n’est pas couvert par la police transport.*

*Est nulle par application de l’article 8 de la loi du 25 juin 1992 la clause d’exclusion de la garantie en cas d’inobservation des exigences en matière de sécurité, des lois et règlements, spécifiques aux activités de l’assuré, lorsque ces manquements sont d’une gravité telle que pour toute personne le dommage doit nécessairement en résulter.*

*L’assureur est tenu en vertu de l’article 79, § 1<sup>er</sup> de la loi du 25 juin 1992 de prendre fait et cause pour l’assuré dans les limites de la couverture. Il doit donc supporter les frais de défense exposés par son assuré lorsqu’à tort il a refusé sa garantie.*

*NV Trabelint / NV Pentax Europe en NV Allianz Belgium*  
*Zet.: I. Diercxsens (voorzitter), J. Blomme en B. Veeckmans (raadsheren)*  
*Pl.: Mrs. J. Libouton en S. D'Hoine, Vanhamel loco M. Valvekens*

(...)

## Beoordeling

### 1. De hoofdvordering

#### 1.1. De ontvankelijkheid

Trabelint houdt voor dat Pentax Europe die haar opdrachtgever is, niet vorderingsgerechtigd is omdat zij het beschikkingsrecht over de goederen niet meer had nu dit beschikkingsrecht overeenkomstig de artikelen 12 en 13 van het CMR-Verdrag werd overgedragen aan de bestemming Photohall.

Pentax Europe gaf aan Trabelint opdracht om het vervoer te verzekeren van vier paletten fotomateriaal van Zaventem naar Brussel. Dit vervoer was gedekt door de CMR-vrachtbrief nr. 52725531 d.d. 16 augustus 2004.

Uit voormelde vrachtbrief blijkt dat Pentax Europe, opdrachtgever van het vervoer, als afzender vermeld staat op de CMR-vrachtbrief en deze heeft ondertekend en bijgevolg partij is aan het vervoercontract waarvan niet betwist wordt dat het onderworpen is aan de bepalingen van het CMR-Verdrag.

De afzender put zijn vorderingsrecht uit het CMR-Verdrag zelf en dit recht vormt het belang dat nodig is overeenkomstig artikel 17 Ger.W.

Pentax Europe beschikt aldus over het vereiste procesrechtelijk belang om haar vordering, gesteund op dit betwiste vorderingsrecht, voor de rechter in te stellen. De vraag of Pentax Europe daadwerkelijk en terecht dit vorderingsrecht kan uitoefenen moet worden beantwoord door de beoordeling van de materieelrechtelijke verhouding tussen de partijen en raakt derhalve de grond van de betwisting.

De vordering van Pentax Europe is ontvankelijk.

#### 1.2. Ten gronde

1.1. Trabelint houdt voor dat Pentax Europe niet meer vorderingsgerechtigd is omdat zij het beschikkingsrecht over de goederen niet meer heeft en deze overgedragen heeft aan de bestemming.

Als partij bij de vervoerovereenkomst die beweert schade te hebben geleden ten gevolge van het verlies van goederen waarvoor de vervoerder of een persoon voor wie laatstgenoemde instaat, aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 17 van het CMR-Verdrag heeft de afzender een vorderingsrecht tegen de vervoerder.

De afzender behoudt zijn vorderingsrecht ook nadat de goederen zijn afgeleverd aan de geadresseerde. Hij dient hiertoe

niet het bestaan van schade in het eigen vermogen te bewijzen, behoudens ingeval de vervoerder door zowel de afzender als de geadresseerde wordt aangesproken (Cass. 29 september 2006, C.04.0203.N, [www.cass.be](http://www.cass.be)), wat te dezen niet het geval is.

De artikelen 12 en 13 van het CMR-Verdrag regelen het beschikkingsrecht over de goederen doch dit begrip moet worden onderscheiden van het vorderingsrecht dat de afzender behoudt, ook al heeft hij het beschikkingsrecht over de goederen verloren.

Trabelint stelt tevens dat zelfs indien Pentax Europe oorspronkelijk vorderingsgerechtigd was, zij haar rechten heeft overgedragen aan haar verzekeraar die haar schadeloos heeft gesteld.

Zij verwijst naar een brief d.d. 2 november 2004 van de heer Wilhelm Fr. Schütt die volgens haar averijcommissaris is, en die optreedt namens de ladingverzekeraars. In deze brief wordt gesteld dat de schade geleden door Pentax Europe 'verrekend werd onder een verzekeringspolis' en wordt de betaling van de factuurwaarde van de verloren goederen gevraagd.

Dezelfde vordering wordt gesteld door de raadsman van Pentax Europe in een brief d.d. 16 maart 2005 waarin deze raadsman stelt dat hij geraadpleegd is door de ladingbelanghebbenden en de ladingverzekeraars.

Uit geen enkel stuk gevoegd aan deze brieven noch uit enig ander stuk blijkt dat de ladingverzekeraars overgegaan zijn tot vergoeding van de schade geleden door Pentax Europe.

Ten slotte verwijst Trabelint naar de dagvaarding d.d. 1 april 2005, betekend op verzoek van Pentax Europe maar tevens op verzoek van de verzekeraars, de vennootschap naar Brits recht Mitsui Sumitomo Insurance Co (Europe) Ltd. en de vennootschap naar Duits recht Mitsui Sumitomo Insurance Co (Europe) Ltd. Niederlassung für Deutschland. In deze dagvaarding wordt gesteld dat "verzoeksters *sub 3*, als verzekeraars, in de rechten van hun verzekerde zijn gesubrogeerd ten belope van hun betaling".

Trabelint heeft in conclusie voor de eerste rechter betwist dat de verzekeraars een belang hadden in de zin van artikel 17 Ger.W. omdat zij geen bewijs leverden van hun betaling aan de verzekerde en evenmin een bewijs van subrogatie voorlegden.

De eerste rechter heeft het verweer van Trabelint gevolgd en heeft geoordeeld dat de verzekeraars niet aantonen dat zij enig belang kunnen laten gelden en dat zij geen subrogatoire kwijting voorleggen. Vermits zij niet verduidelikten in welke hoedanigheid en met welk belang zij inzake opdraden, werd hun vordering onontvankelijk verklaard.

In hoger beroep hebben de verzekeraars die bij conclusie neergelegd op 23 september 2008, voor zoveel als nodig principaal hoger beroep hebben aangetekend tegen het bestreden vonnis, geen bewijs van enige betaling of van enige subrogatie voorgelegd.

Hieruit volgt dat er geen bewijs voorligt dat Pentax Europe haar vorderingsrecht aan haar verzekeraars, de vennootschap naar Brits recht Mitsui Sumitomo Insurance Co (Europe) Ltd. en de vennootschap naar Duits recht Mitsui Sumitomo Insurance Co (Europe) Ltd. Niederlassung für Deutschland, heeft overgedragen met het gevolg dat haar vordering om die reden ongegrond zou zijn.

De bewering van Trabelint dat Pentax Europe door een andere verzekeraar werd schadeloosgesteld, wordt door geen enkel element van het dossier aannemelijk gemaakt, laat staan bewezen.

Uit het voorgaande volgt dat het beroep van de verzekeraars, de vennootschap naar Brits recht Mitsui Sumitomo Insurance Co (Europe) Ltd., de vennootschap naar Duits recht Mitsui Sumitomo Insurance Co (Europe) Ltd. Niederlassung für Deutschland, gesteld bij conclusie d.d. 23 september 2008 ontvankelijk doch ongegrond is.

1.2. Overeenkomstig artikel 17 van het CMR-Verdrag is de vervoerder aansprakelijk voor geheel of gedeeltelijk verlies en voor de beschadigingen aan de goederen welke ontstaan zijn tussen het ogenblik van de inontvangstneming van de goederen en het ogenblik van de aflevering.

Krachtens artikel 3 van het CMR-Verdrag is de vervoerder, als ware het voor zijn eigen daden en nalatigheden, aansprakelijk voor de daden van zijn ondergeschikten en van degenen van wie hij zich voor de uitvoering van het vervoer bedient heeft wanneer deze ondergeschikten of deze personen handelen in de uitoefening van hun werkzaamheden.

Hieruit volgt dat de contractuele vervoerder Trabelint, ook al is hij niet rechtstreeks betrokken bij de verdwijning van de goederen, aansprakelijk is voor de daden van degenen van wie hij zich voor de uitvoering van het vervoer bedient.

Trabelint betwist in conclusie niet (p. 4, punt 2 van haar syntheseconclusie neergelegd op 3 juni 2009) dat haar ondervervoerder de litigieuze palet in ontvangst heeft genomen en deze niet heeft afgeleverd aan de bestemming. Bijgevolg is Trabelint als contractuele vervoerder principieel aansprakelijk voor het verlies van de goederen op grond van artikel 17 CMR-Verdrag.

Trabelint betwist haar aansprakelijkheid niet maar beroept zich op de beperking van aansprakelijkheid op grond van artikel 23 van het CMR-Verdrag en stelt dat zij slechts kan worden gehouden tot een bedrag van 8,33 STR per ontbrekende kilo, nl.  $306 \text{ kg} \times 8,33 \text{ STR} = 2.548,98 \text{ STR}$  om te rekenen in euro aan de koers van de dag van de uitspraak van huidig arrest.

Artikel 23, 3 van het CMR-Verdrag bepaalt dat wanneer een schadevergoeding voor geheel of gedeeltelijk verlies van de goederen verschuldigd is, deze niet meer kan bedragen dan 8,33 rekeneenheden voor elk ontbrekende kilogram brutogewicht.

Pentax Europe roept artikel 29 van het CMR-Verdrag in dat bepaalt dat de vervoerder niet het recht heeft om zich te beroepen op de bepalingen van dit hoofdstuk (dit is hoofdstuk IV van het verdrag), die zijn aansprakelijkheid uitsluiten of beperken of die de bewijslast omkeren, indien de schade voortspruit uit zijn opzet of uit schuld zijnerzijds, welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet gelijkgesteld wordt.

Artikel 29, 2 van het CMR-Verdrag bepaalt dat de regel dat de vervoerder niet het recht heeft om zich te beroepen op de bepalingen van dit hoofdstuk, die zijn aansprakelijkheid uitsluiten of beperken of die de bewijslast omkeren, ook geldt bij opzet of schuld van de ondergeschikten van de vervoerder of van alle personen van wie hij zich voor de uitvoering van het vervoer bedient, wanneer deze handelen in de uitoefening van hun werkzaamheden.

Hieruit volgt dat in geval van opzet of fout die met opzet wordt gelijkgesteld de beperking van aansprakelijkheid, zoals bepaald in artikel 23, 3 van het CMR-Verdrag niet geldt ten gunste van de vervoerder die dan gehouden is tot vergoeding van de werkelijke waarde van de goederen.

Pentax Europe stelt dat uit de overgelegde stukken, waaronder het zonder gevolg gerangschikt strafdossier, voldoende blijkt dat de palet door de chauffeur van de vrachtwagen die aangestelde was van de onderaannemer van Trabelint, de vennootschap Warfin, ontvreemd werd.

Ten onrechte beweert Trabelint dat er absoluut geen zekerheid bestaat van de feitelijke afhaling van de litigieuze palet bij Pentax Europe terwijl zij in conclusie niet betwist dat de litigieuze palet door haar ondervoerder in ontvangst werd genomen, wat overigens wordt bevestigd door de CMR-vrachtbrief waaruit blijkt dat de chauffeur van Trabelint op 16 augustus 2004 vier paletten in ontvangst heeft genomen. In werkelijkheid heeft de chauffeur van Trabelint tien paletten in ontvangst genomen waarvan zes bestemd voor Photohall in Nederland en vier voor Photohall in Brussel.

Op 17 augustus 2004 werd bij het laden van de vrachtwagens bij Trabelint om de paletten te vervoeren naar de bestemming, vastgesteld dat één van de vier paletten ontbrak. Uit de CMR-vrachtbrief met nr. 52725531 van 16-17 augustus 2004 blijkt dat bijgevolg slechts drie paletten aan de bestemming Photohall in Brussel werden geleverd.

Uit het strafdossier blijkt dat de chauffeur F. en niet de magazijnier van Trabelint de vrachtwagen met de paletten op 16 augustus 2004 heeft gelost in het magazijn van Trabelint en dat 's anderendaags bij het laden van de paletten in de vrachtwagen voor het verder vervoer naar Photohall in Brus-

sel de chauffeur F. de magazijnier verwittigd heeft dat er een palet ontbrak (zie verklaring magazijnier O. aan de verbalisanten d.d. 22 november 2004).

De magazijnier O. verklaarde tevens dat hij de paletten op het ogenblik van het afladen niet heeft geteld maar dat hij achteraf gezien heeft dat er 10 paletten waren en dat F. toen nog aanwezig was in het magazijn.

Pentax Europe stelt dat de diefstal gepleegd werd door de chauffeur aangesteld door de (onderaannemer van) Trabelint. Om dit te bewijzen verwijst zij naar de aangifte van ongeval die de verzekeringsmakelaar V. aan de NV AGF heeft laten geworden. Volgens deze aangifte zou de chauffeur zelf aangeboden hebben om de lading van de vrachtwagen te lossen, wat hij ook gedaan heeft en dat hij dan aan de magazijnier is gaan vragen om de documenten te ondertekenen. De chauffeur lost echter een palet niet. De magazijnier ondertekent de documenten zonder het aantal geloste paletten te controleren. Een andere werknemer van Trabelint heeft echter gezien dat er één palet achterbleef op de vrachtwagen voordat de chauffeur zelf de oplegger afsloot, maar deze werknemer gaat ervan uit dat dit 'ok' is. Na ontvangst van de ingebrekestelling van Pentax doet deze werknemer zijn verhaal aan de zaakvoerder van Trabelint.

De inhoud van de aangifte van ongeval aan de verzekeraar van Trabelint wordt door geen enkel element van het strafdossier ondersteund.

De verklaring van magazijnier O. is hiermee tegenstrijdig vermits hij aan de verbalisanten verklaarde dat hij gezien heeft dat er 10 paletten in het magazijn aanwezig waren. De werknemer die gezien zou hebben dat er een palet achterbleef in de vrachtwagen van F. is nooit gehoord geweest door de politie en zijn identiteit werd niet bekend gemaakt.

Het komt weinig aannemelijk voor dat de palet verdwenen is omwille van een verkeerde dispatching of/een verkeerde levering aan een derde, ook al werd geen spoor van inbraak vastgesteld omdat uit de verklaring van magazijnier D. aan de verbalisanten d.d. 19 november 2004 blijkt dat na de vaststelling dat een palet ontbrak, er op 17 augustus 2004 telefonisch contact is geweest met de chauffeur die de levering van de zes paletten in Nederland moest uitvoeren, aan wie gevraagd werd na te gaan of hij geen palet teveel had geladen waarop hij negatief antwoordde. Indien er een mogelijkheid had bestaan dat de ontbrekende palet aan een andere derde verkeerdelijk had kunnen geleverd worden, had de verantwoordelijke van Trabelint dit zeker ook gecontroleerd.

Bovendien verklaarde de heer V.D.V., verantwoordelijke van Trabelint aan de verbalisanten dat hij een telefonisch contact heeft gehad met een manspersoon die zich aankondigde als 'B.' en die op de hoogte was van de diefstal van een palet met digitale foto's en die beweerde dat hij wist wie de diefstal had gepleegd, hoe en waar de feiten waren gebeurd en voor deze inlichtingen een financiële vergoeding vroeg.

De verbalisanten leiden uit deze verklaring af dat er een rechtstreekse binding moet bestaan tussen 'B.', de heler en/of de dader van de diefstal en de omgeving van Trabelint.

Hieruit volgt dat er voldoende vermoedens zijn dat de liti-gieuze palet ontvreemd werd. Er bestaan evenwel onvoldoende vermoedens om met zekerheid te stellen dat deze diefstal gepleegd werd door de chauffeur F.

Zijn verklaring, de analyse van de inkomende en uitgaande gesprekken van zijn GSM en de plaats van de pylonen die werden gebruikt voor het voeren van de communicaties en ten slotte de huiszoeking die in zijn woonplaats werd uitgevoerd, hebben onvoldoende gegevens opgeleverd om met zekerheid te besluiten dat hij de dader of mededader is van deze diefstal, hoewel dit niet kan worden uitgesloten.

Tijdens het strafonderzoek is gebleken dat verschillende werknemers van Trabelint over een sleutel van het magazijn beschikken en dat het alarmsysteem op het ogenblik van de feiten niet in werking was gesteld.

Uit dit alles volgt dat het niet uitgesloten is dat een werknemer van Trabelint de palet heeft ontvreemd.

De hypothese aangehaald door Trabelint dat een familielid van een aangestelde de sleutel zou hebben gebruikt of laten kopiëren wat dan geen diefstal of medeplichtigheid aan diefstal van een aangestelde met zich zou meebrengen komt weinig aannemelijk voor gelet op de inhoud van het telefoongesprek tussen de verantwoordelijke van Trabelint en de manspersoon 'B.' die op de hoogte was van bepaalde details over de diefstal die een familielid van een aangestelde niet zou geweten hebben, minstens niet zonder de medeplichtigheid van een aangestelde van Trabelint.

Volgens artikel 29, 2 van het CMR-Verdrag kan de vervoerder zich niet beroepen op de bepalingen die zijn aansprakelijkheid beperken indien de schade voortspuit uit de opzet van zijn ondergeschikten of van wier diensten hij voor de bewerkstelling van het vervoer gebruik maakt, wanneer deze ondergeschikten of andere personen handelen in de uitoefening van hun werkzaamheden.

Trabelint werpt op dat zelfs indien een aangestelde doelbewust zijn sleutel gebruikt heeft of zijn sleutel aan de dieven heeft overhandigd, artikel 29, 2 van het CMR-Verdrag nog steeds vereist dat het opzet van de aangestelde 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' zou gebeuren wat niet het geval is.

De zinsnede 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' moet in ruime zin worden verstaan. Het is voldoende dat de handeling van de ondergeschikte zelfs onrechtstreeks in verband staat met de uitoefening van zijn werkzaamheden.

Te dezen werd de diefstal ofwel gepleegd door de chauffeur van de vrachtwagen die een aangestelde was van de onderaannemer en de diefstal slechts kon plegen tijdens zijn vervoeropdracht, ofwel door een aangestelde van Trabelint die

over de sleutel beschikte vermits geen inbraak werd vastgesteld. In dit laatste geval moet besloten worden dat de diefstal te dezen gebeurd is in de uitoefening van de werkzaamheden van deze aangestelde, in de ruime zin, ook al zou dit gebeurd zijn 's nachts of buiten de diensturen omdat het bezit van de sleutel van het magazijn waar de gestolen goederen zich bevonden, enkel kadert in de uitoefening van de werkzaamheden van de aangestelde van de vervoerder of bewaarder van de te vervoeren goederen.

Een persoon die zich schuldig maakt aan diefstal handelt met een bedrieglijk opzet dat bestaat in een verrijking ten nadele van een derde. De wil om te schaden is dan ook kennelijk aanwezig bij het plegen van de diefstal.

Nu het opzet van een ondergeschikte van de vervoerder op afdoende wijze is aangetoond kan Trabelint zich overeenkomstig artikel 29 van het CMR-Verdrag niet beroepen op de toepassing van artikel 23, 3 van het CMR-Verdrag en op de daaruit voortvloeiende beperking van aansprakelijkheid.

Trabelint is bijgevolg gehouden tot betaling van de waarde van de gestolen goederen.

### *1.3. Artikel 23, 1. en 2. van het CMR-Verdrag luidt als volgt:*

*“1. Wanneer ingevolge de bepalingen van dit verdrag een schadevergoeding voor geheel of gedeeltelijk verlies van de goederen ten laste van de vervoerder wordt gebracht, wordt deze schadevergoeding berekend naar de waarde van de goederen op de plaats en het tijdstip van de in ontvangstneming.*

*2. De waarde van de goederen wordt vastgesteld volgens de beurskoers of, bij gebreke daarvan, volgens de gangbare marktprijs of, bij gebreke van een en ander, volgens de gebruikelijke waarde van de goederen van dezelfde aard en kwaliteit.”*

De waarde van de gestolen digitale foto's werd door Pentax Europe op 63.114,14 EUR geraamd.

De waarde van de goederen wordt bewezen aan de hand van handelsdocumenten gericht aan de koper Photohall, meer bepaald de oorspronkelijke factuur d.d. 16 augustus 2004 voor de levering van de inhoud van de vier paletten tot beloop van 178.015,31 EUR, excl. BTW, de creditfactuur voor de 480 ontbrekende digitale foto's tot beloop van 63.114,14 EUR, excl. BTW en de factuur voor de vervanging van de 480 gestolen foto's tot beloop van 63.114,14 EUR, excl. BTW.

In tegenstelling tot wat Trabelint voorhoudt blijkt niet dat de factuur d.d. 16 augustus 2004 betrekking heeft op tien paletten en niet enkel op de vier paletten die in Brussel moesten geleverd worden, nu zij gericht is aan Photohall Brussel. De gemiddelde waarde per palet is bijgevolg aanzienlijk hoger dan de berekening gemaakt door Trabelint.

Er is ook geen reden om te twijfelen aan het opgegeven aantal van 480 verloren foto's. Het aantal bij de levering

ontbrekende foto's blijkt uit een e-mail van Photohall gericht aan Pentax op 19 augustus 2004 en dit heeft het voorwerp uitgemaakt van een creditnota gericht aan Photohall en vervolgens een factuur voor vervangtoestellen van hetzelfde aantal aan dezelfde prijs.

In haar telefaxbericht d.d. 19 augustus 2004 gericht aan Trabelint heeft Pentax Europe de waarde van de goederen op 106.560 EUR geschat, terwijl zij thans slechts een bedrag van 63.114,14 EUR vordert. Pentax Europe legt uit dat het bedrag van 106.560 EUR overeenstemt met de marktwaarde maar dat zij enkel de dealerprijs vordert of 63.114,14 EUR.

In zijn brief van 2 november 2004 vermeldde de averijcommissaris een schadevergoeding van 58.555,20 EUR zonder uit te leggen hoe dit bedrag is samengesteld.

Het bedrag van 63.114,14 EUR blijkt voldoende uit de objectieve handelsdocumenten, neergelegd door Pentax Europe.

De vordering van Pentax Europe is derhalve gegrond tot beloop van de som van 63.114,14 EUR.

### *1.4. De interesten*

Trabelint merkt terecht op dat overeenkomstig artikel 27 van het CMR-Verdrag de rentevoet van de interesten 5% bedraagt en verschuldigd is vanaf de dag waarop de vordering schriftelijk bij de vervoerder is ingediend of, indien dit niet is geschied, vanaf de dag waarop zij in rechte aanhangig is gemaakt.

De vordering werd door Pentax Europe bij faxbericht van 19 augustus 2004 bij Trabelint ingediend.

## **2. De vordering gericht tegen de NV Allianz Belgium**

### *a) De vordering tot vrijwaring*

Trabelint heeft twee verzekeringspolissen afgesloten bij de NV AGF Belgium Insurance, rechtsvoorgangster van Allianz:

- een CMR-polis ‘vervoerdersaansprakelijkheid tegenover goederen vervoerd voor rekening van derden door motorvoertuigen’;
- een polis ‘burgerlijke aansprakelijkheid uitbating’.

### **A) DE CMR-POLIS**

Allianz heeft haar tussenkomst geweigerd op grond van de uitsluitingsgronden vervat in de polis nr. E/22940.

De verzekerde die jegens zijn verzekeraar doet gelden dat hij recht heeft op een betaling moet niet enkel de schade bewijzen, maar ook de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf, en aantonen dat het verzekeringscontract wel degelijk in dat schadegeval voorziet en het niet uitsluit (Cass. 5 januari 1995, *RW* 1995-96, 29).

De verzekerde moet bijgevolg het bewijs leveren dat de uitsluitingsgrond niet voorhanden is.

De polis nr. E/22940 dekt de wettelijke en/of contractuele en/of CMR-aansprakelijkheid van de verzekerde Trabelint als vervoercommissie met betrekking tot het nationaal en internationaal vervoer van goederen over de weg.

Hoger werd gesteld dat Trabelint aansprakelijk is voor het verlies van de goederen op grond van artikel 17 van het CMR-Verdrag ten gevolge van de diefstal van een palet digitale foto's.

Trabelint wordt te dezen bijgevolg aangesproken op basis van haar vervoerdersaansprakelijkheid conform het CMR-Verdrag.

Hoger werd erop gewezen dat de litigieuze palet vervoerd werd van Zaventem waar hij bij Pentax Europe werd afgehaald naar het magazijn van Trabelint waar hij gelost werd. Dit blijkt uit de verklaring van magazijnier O. die aan de verbalisanten verklaarde dat hij gezien heeft dat er op 16 augustus 2004 tien paletten aanwezig waren. Daags nadien op 17 augustus 2004, toen de chauffeur F. de vier paletten bestemd voor Photohall Brussel wou opladen, bleek één palet verdwenen te zijn.

De verdwijning van één palet heeft bijgevolg plaatsgevonden in het magazijn van Trabelint.

Allianz verwijst naar artikel 9 van de algemene voorwaarden van de polis betiteld als 'begin en einde van de risico's'.

Artikel 9.5. bepaalt: *"Behoudens tegenbeding is de waarborg niet van kracht gedurende het verblijf van de goederen in het lokaal, magazijnen of opslagplaatsen van de verzekerde en zijn lastgevers."*

De bijzondere voorwaarden bevatten geen tegenbeding vermits in artikel 9 van de 'speciale clausules' wordt gesteld dat zoals bepaald in artikel 2 van de Algemene CMR-verzekeringvoorwaarden van 28 februari 1990 van de BVT de waarborg uitgebreid wordt tot de risico's van laden in het voertuig en het overladen in een ander voertuig. Deze verichtingen mogen worden uitgevoerd door een heftruck of andere hulpmiddelen.

Het overladen in een ander voertuig slaat op een bepaalde verrichting en sluit kennelijk niet de omstandigheid in dat de goederen, zelfs tijdelijk en kortstondig, in het magazijn van de verzekerde worden opgeslagen.

De omstandigheid dat Allianz of haar rechtsvoorgangster in een ander schadegeval een verdwijning van fietsen die zich in het magazijn van Trabelint bevonden, heeft vergoed tot beloop van een bedrag van 706,60 EUR, kan niet beschouwd worden als een bevestiging dat de waarborg gedekt door de polis vervoerdersaansprakelijkheid zich tevens uitstrekt tot een kortstondige aanwezigheid van de goederen in het magazijn van de verzekerde en dat dit geen verblijf in de zin van artikel 9.5 van de polis uitmaakt. Allianz kan om talrijke andere redenen, waaronder commerciële redenen, haar tussenkomst hebben verleend. Haar houding kan niet worden

beschouwd als een verzaking aan haar recht de contractuele uitsluitingsgronden van de polis in te roepen.

Zowel artikel 9.5 van de algemene voorwaarden als artikel 9 van de speciale clausules zijn duidelijk en de spontane en onvoorwaardelijke tussenkomst van Allianz in een schadegeval met voor haar relatief beperkte gevolgen was bijgevolg niet van aard een legitieme overtuiging in hoofde van Trabelint dat zij ook verzekerd was voor risico's tijdens de aanwezigheid van de goederen in haar magazijn, in het leven te roepen.

Bijgevolg is Allianz niet gehouden tot het verlenen van een tussenkomst in het kader van de polis vervoerdersaansprakelijkheid.

#### B) DE POLIS BA-UITBATING

Artikel 6 van de polis uitbating bepaalt dat de dekking van de polis uitgebreid wordt tot:

*"4. De schade aan de goederen die aan de verzekerde worden toevertrouwd voor opslaan, wanneer de schade zich voordoet t.g.v. een behandeling die niet gedekt is door een transportpolis (laden en lossen)."*

Allianz verwijst naar uitsluitingsgronden beschreven in artikel 7 van de polis, meer bepaald onder punt 2.3° volgens hetwelk van de polis uitgesloten is de schade veroorzaakt door de grove schuld van de verzekerde, d.w.z. zware inbreuken op veiligheidsreglementen of op wetten, regels en gebruiken eigen aan de activiteiten van de verzekerde onderneming, alhoewel de verzekerde had moeten weten dat hieruit haast onvermijdelijk schade zou ontstaan.

Als inbreuk op de veiligheidsreglementen en op de wetten, regels en gebruiken eigen aan de activiteit van Trabelint waaruit haast onvermijdelijk schade diende voort te vloeien roept Allianz meerdere inbreuken in, meer bepaald het feit dat hoewel Trabelint het beheer en de bewaking van klaar-blijkelijke waardevolle goederen op zich nam, zij de dag der feiten het niet nodig heeft geacht het alarm te activeren samen in combinatie met het gegeven dat veel personeelsleden over een sleutel van het magazijn beschikten. Volgens Allianz werden tevens zware inbreuken gepleegd door de aangestelden van Trabelint die lichtzinnig zijn omgegaan met controlevoorschriften.

Trabelint werpt op dat de polis BA-uitbating geen transportverzekering is maar een verzekering in gemeen recht, beheerst door de wet van 25 juni 1992 en zij verwijst naar artikel 8 van voormelde wet die aan de verzekeraar slechts toelaat zich van zijn verplichtingen te bevrijden voor de gevallen van grove schuld die op uitdrukkelijke en beperkende wijze in de overeenkomst zijn bepaald.

Volgens Trabelint beantwoordt artikel 7, punt 2.3° van de 'speciale voorwaarden Trabelint' niet aan de vereiste van artikel 8 van de wet van 25 juni 1992 en is deze contractuele bepaling bijgevolg nietig.

Een beding in de algemene voorwaarden van een verzekeringsovereenkomst burgerrechtelijke aansprakelijkheid bedrijf dat niet-naleving van de voorzichtigheids- of veiligheidsvereisten, de wetten, regels of gebruiken, eigen aan de verzekerde activiteiten, van dekking uitsluit wanneer deze zo zwaarwegend was dat de schade ten gevolge van die overtrekking volgens iedere normaal vertrouwd persoon haast onvermijdelijk was, biedt niet de mogelijkheid om de gedragingen die aan de basis liggen van grove schuld en van dekking uitgesloten zijn, met voldoende nauwkeurigheid af te bakenen (Cass. 2 oktober 2009, *RW* 2010-11, 487). Een dergelijk beding is bijgevolg nietig.

Vermits de uitsluitingsgrond vervat in artikel 7, punt 2.3° van de 'speciale voorwaarden Trabelint' niet aan de vereiste van artikel 8 van de wet van 25 juni 1992 beantwoordt en nietig is en artikel 29, 1. van het CMR-Verdrag geen toepassing vindt, wel artikel 29, 2. van voormeld verdrag, is Allianz gehouden tot dekking.

De vordering tot vrijwaring van Trabelint is bijgevolg gegrond.

*c) De vordering tot de verdedigingskosten*

Trabelint vordert dat Allianz veroordeeld zou worden tot terugbetaling van de verdedigingskosten die zij blootgesteld heeft in huidige procedure en in een procedure van verzet tegen bewarende beslagen omdat één van de plichten van de aansprakelijkheidsverzekeraar erin bestaat de belangen van zijn verzekerde te behartigen, hetgeen de aanstelling van een advocaat met betaling van de hiermee gepaard gaande kosten impliceert.

Krachtens artikel 79, § 1 van de wet op de landsverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 is de verzekeraar die tot het geven van dekking is gehouden en voor zover deze wordt ingeroepen, verplicht zich achter de verzekerde te stellen binnen de grenzen van de dekking.

Partijen zijn het eens dat één van de plichten van de verzekeraar erin bestaat dat hij de belangen van zijn verzekerde binnen de grenzen van zijn dekking moet behartigen.

Vermits geoordeeld is dat Allianz dekking moet verlenen en derhalve als verzekeraar had moeten tussenkomen, had zij de belangen van haar verzekerde moeten behartigen en de ermee gepaard gaande kosten ten laste moeten nemen, meer bepaald de verdedigingskosten, zijnde de advocatenkosten die Trabelint thans heeft moeten dragen.

Wat de begroting van deze kosten betreft, vordert Trabelint een bedrag van 6.486,79 EUR provisioneel op grond van een staat van erelonen en kosten van haar vorige raadsman die haar verdediging heeft moeten waarnemen, niet alleen in huidige procedure in eerste aanleg maar tevens in een procedure voor de beslagrechter in verzet tegen een bewarend beslag op roerende goederen en een bewarend beslag onder derden die door Pentax werden gelegd en waar als argument

om de hoogdringendheid te rechtvaardigen, verwezen werd naar het feit dat de verzekeraar van Trabelint weigerde het schadegeval te dekken.

De procedure in verzet kwam tot een goede einde vermits bij vonnis van 9 mei 2006 van de beslagrechter te Brussel, de beschikking tot toelating van de beslagen werd ingetrokken en de opheffing van de beslagen werd bevolen.

Allianz is derhalve gehouden tot terugbetaling van de verdedigingskosten die Trabelint heeft blootgesteld.

Allianz werpt in ondergeschikte orde op dat Trabelint op geen enkele wijze het bewijs zou leveren van het gerechtvaardigd karakter van de in rekening gebrachte advocatenkosten en stelt dat de begroting van de staat van erelonen en kosten van meester Lefère, de raadsman van Trabelint in eerste aanleg, haar niet tegenstelbaar is zodat deze begroting beperkt moet zijn tot 1 EUR.

De staat van erelonen en kosten van de raadsman van Trabelint geeft een gedetailleerde omschrijving van de uitgevoerde prestaties met timesheet, van de kosten van secretariaat en van de betaalde gerechtskosten.

Allianz had bijgevolg de mogelijkheid om concrete betwistingen te formuleren indien zij één of andere van deze schadeposten overdreven vond, wat zij niet gedaan heeft. Enkel de gevorderde gerechtskosten in de procedure van verzet tegen de bewarende beslagen kunnen thans nog niet worden toegekend omdat niet geweten is in welke mate deze terugbetaald werden door Pentax Europe die hiertoe veroordeeld werd.

De kosten van de dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring van Allianz tot beloop van 177,95 EUR kunnen evenmin worden opgenomen in het kader van de begroting van de verdedigingskosten omdat zij bij huidig arrest ten laste van Allianz worden gelegd.

Bijgevolg is de vordering tot de betaling van de verdedigingskosten gegrond tot beloop van (6.486,79 EUR – 1.232,29 EUR – 177,95 EUR) 5.076,55 EUR ten provisionele titel omdat naast de eventuele gerechtskosten van de procedure van verzet tegen de bewarende beslagen, de kosten van huidige procedure in hoger beroep nog niet werden gevorderd.

Om deze redenen,

HET HOF,

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep van de NV Trabelint ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

(...)

Rechtsprekend binnen de perken van het hoger beroep;

Bevestigt het bestreden vonnis in zoverre de vorderingen ontvankelijk werden verklaard en de hoofdvordering van de NV Pentax Europe gegrond werd verklaard, met deze wijziging dat de moratoire interesten en de gerechtelijke interesten op het bedrag van 63.114,14 EUR verschuldigd zijn aan een rentevoet van 5% vanaf 19 augustus 2004;

Doet het bestreden vonnis teniet in de mate dat de vordering tot tussenkomst en vrijwaring ten opzichte van de NV Allianz Belgium ongegrond werd verklaard;

Opnieuw rechtsprekend op dat punt:

Veroordeelt de NV Allianz Belgium om de NV Trabelint te vrijwaren tegen alle veroordelingen in hoofdsom, interesten en kosten die ten hare laste worden uitgesproken;

Veroordeelt de NV Allianz Belgium tot betaling aan de NV Trabelint van de som van 5.076,55 EUR provisioneel, vermeerderd met de gerechtelijke interesten;

Veroordeelt de NV Trabelint tot de kosten van eerste aanleg uitgegeven door de NV Pentax Europe en tot haar kosten, zoals begroot in het bestreden vonnis;

Veroordeelt de NV Allianz Belgium tot de kosten van de dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring begroot op 177,95 EUR en tot haar kosten zoals begroot in het bestreden vonnis;

Veroordeelt de NV Trabelint tot de kosten van het hoger beroep uitgegeven door de NV Pentax Europe;

Veroordeelt de NV Allianz Belgium tot de kosten van het hoger beroep uitgegeven door de NV Trabelint en voor zover als nodig door zichzelf;

Begroot de kosten in hoger beroep in hoofde van de NV Pentax Europe op 3.000 EUR rechtsplegingsvergoeding;

Begroot de kosten in hoger beroep in hoofde van de NV Trabelint op 186 EUR rolrecht en 3.000 EUR rechtsplegingsvergoeding;

Begroot de kosten in hoger beroep in hoofde van de NV Allianz Belgium op 3.000 EUR rechtsplegingsvergoeding.

(...)