

Maritiem procesrecht

Frank Stevens¹

1. Inleiding: een procesrecht van bijzonder belang	604
2. Hoedanigheid en belang	604
2.1. Procesrechtelijk vs. materieelrechtelijk	604
2.2. Vorderingsgerechtigdheid	605
2.2.1. <i>Exclusief vorderingsrecht in hoofde van de cognossementhouder?</i>	605
2.2.2. <i>Vorderingsrecht in hoofde van de afzender</i>	606
2.2.3. <i>Wie is cognossementhouder?</i>	606
2.2.3.1. <i>Naamcognossement</i>	606
2.2.3.2. <i>Ordercognossement</i>	607
2.2.3.3. <i>Toondercognossement</i>	608
2.2.4. <i>Het bewijsprobleem: wie heeft het cognossement aangeboden?</i>	609
2.2.5. <i>Vorderingsrecht in hoofde van de verzekeraars</i>	610
2.2.5.1. <i>Subrogatie</i>	610
2.2.5.2. <i>Naamlening</i>	614
2.2.6. <i>Overdracht van rechten</i>	616
2.3. Belang	616
3. Bewijsrecht	617
3.1. <i>Vrij bewijsstelsel</i>	617
3.2. <i>Gerechtsexpertises</i>	617
3.3. <i>Eenzijdige expertises</i>	618
3.4. <i>Schadeomvang</i>	619

SAMENVATTING

Procesrechtelijke aspecten zijn in het maritiem recht van bijzonder belang. De eiser dient niet enkel te beschikken over hoedanigheid en belang in procesrechtelijke zin, maar moet ook vorderingsgerechtigd zijn. De recente rechtspraak oordeelt bijna unaniem dat enkel de cognossementhouder vorderingsgerechtigd is. Wie cognossementhouder is, hangt af van het type cognossement.

Niet zelden wordt de vordering ingesteld door verzekeraars. Via de technieken van wettelijke subrogatie en naamlening kunnen zij in rechte optreden. Zowel subrogatie als naamlening geven echter regelmatig aanleiding tot betwistingen.

Tenslotte dient de vordering bewezen te worden. In het vrije bewijsstelsel, dat in het handelsrecht geldt, kunnen alle mogelijke bewijsstukken, ook eenzijdige, aangewend worden. Er stelt zich enkel de vraag naar de bewijswaarde van deze stukken.

RÉSUMÉ

En droit maritime, les aspects procéduraux sont particulièrement importants. Le demandeur doit non seulement disposer de la qualité et de l'intérêt au sens procédural, mais il doit également être habilité à agir. La jurisprudence récente décide presque unanimement que seul le titulaire du connaissance est autorisé à agir. Le titulaire du connaissance dépend du type de connaissance.

Il n'est pas rare que l'action soit intentée par les assureurs. Ils peuvent agir en justice par le biais des techniques de subrogation légale et de prête-nom. Mais tant la subrogation que le prête-nom sont régulièrement sources de litiges.

¹ Roosendaal Keyzer Advocaten, Antwerpen.

Dit referaat werd gehouden tijdens en naar aanleiding van de maritieme opleiding voor magistraten te Antwerpen op 7 mei 2008 aan de Hogere Zeevaartschool. Deze opleiding is de vrucht van een organisatorische samenwerking tussen de vierde kamer van het hof van beroep te Antwerpen en FOD-Justitie/HRJ.

Enfin, la demande doit être justifiée. Dans le régime de la preuve libre qui s'applique en droit commercial, toutes les pièces probantes possibles, même unilatérales, peuvent être utilisées. Reste la question de la valeur probante de ces documents.

1. INLEIDING: EEN PROCESRECHT VAN BIJZONDER BELANG

1. Het procesrecht, dat uiteraard in alle procedures zijn belang heeft, wordt in maritieme zaken (en transportzaken in het algemeen) van extra belang. Hiervoor zijn verschillende redenen. Enerzijds wordt het transportrecht gekenmerkt door korte verjaringstermijnen, waardoor vergissingen of fouten bij het aanbrengen van de procedure doorgaans onherstelbaar zijn. Wie een vordering instelt tegen de aanemer, terwijl later blijkt dat de fout eigenlijk door de architect werd begaan, heeft ruim de tijd om een nieuwe vordering lastens de architect in te stellen. Wie daarentegen namens de verkeerde partij, of lastens de verkeerde partij dagvaardt in een transportzaak, heeft door de inmiddels ingetreden verjaring definitief zijn kans verkeken. Anderzijds treden in het

transportrecht tal van partijen op, waartussen de onderlinge relaties niet altijd even duidelijk zijn. Ladingbelanghebbende, expediteur, scheepsagent, natie, wegvervoerder,... treden met elkaar in relatie en werken samen, zeer dikwijls op basis van telefonische contacten of summiere e-mails. Deze ingewikkelde economische realiteit dient in het juridische kader van het procesrecht gepast (en soms gewrongen) te worden, in eerste instantie door de raadsman van de eisende partij, en uiteindelijk door de rechter.

Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat in tal van maritieme en transportzaken de procesrechtelijke aspecten een belangrijk onderdeel van het debat uitmaken.

2. HOEDANIGHEID EN BELANG

2.1. Procesrechtelijk vs. materieelrechtelijk

2. Daar waar oudere rechtspraak hoedanigheid en belang beschouwde als aspecten die de toelaatbaarheid van de vordering betroffen, is de recente rechtspraak het er quasi unaniem over eens dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen hoedanigheid en belang in de procesrechtelijke betekenis van deze termen enerzijds, en hoedanigheid en belang in de materieelrechtelijke zin anderzijds. Hoedanigheid en belang in de procesrechtelijke zin betreffen de toelaatbaarheid² van de vordering, in de materieelrechtelijke zin daarentegen gaat het over de gegrondheid van de vordering³.

Het belang van dit onderscheid is niet louter academisch. De toelaatbaarheid wordt beoordeeld op het ogenblik van het instellen van de vordering, de gegrondheid daarentegen wordt pas beoordeeld op het ogenblik van de uitspraak.

Dit betekent concreet dat een verzekeraar, die *beweert* gesubrogeerd te zijn en de averijvordering instelt, een *toelaatbare* vordering stelt. Het Hof van Cassatie heeft trouwens uitdrukkelijk bevestigd dat de vordering van de verze-

keraar niet ontoelaatbaar verklaard kan worden omdat niet aangetoond is dat de verzekeraar reeds uitbetaald had vóór de inleiding van het geschil⁴. De vraag of de verzekeraar effectief gesubrogeerd is, betreft de gegrondheid van de vordering en wordt slechts beoordeeld op het ogenblik van de uitspraak. Het volstaat derhalve dat de verzekeraar slechts in de loop van de procedure zijn verzekerde uitbetaalt en dus gesubrogeerd wordt.

3. Hoedanigheid, in procesrechtelijke zin (art. 17 Ger.W.), is een vereiste dat eigenlijk enkel ter sprake komt wanneer een persoon rechten wil uitoefenen die aan een *andere* persoon toebehoren. Wanneer bijvoorbeeld een ouder of voogd een vordering instelt gesteund op rechten die aan een minderjarig kind toebehoren, kan zich de vraag stellen of hij daartoe wel de nodige hoedanigheid bezit.

Een persoon daarentegen die *eigen* rechten wil uitoefenen heeft per definitie hoedanigheid in de zin van artikel 17 Ger.W.⁵. Het volstaat daarbij dat de eiser *beweert* titularis te zijn van bepaalde rechten; de vraag of hij daadwerkelijk deze

² "Toelaatbaarheid" en "ontvankelijkheid" zijn synoniemen. J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, nr. 117, p. 77.

³ Antwerpen 8 mei 2006, *E.T.L.* 2007, (250), 256; Antwerpen 30 september 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-83; Antwerpen (4^e kamer) 22 oktober 2001, *onuitg.*, A.R. 1999/511; Antwerpen 27 maart 2001, *R.H.A.* 2001, 77; Antwerpen 11 december 2000, *R.H.A.* 2000, 135; Kh. Antwerpen 13 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-60 e; Kh. Antwerpen 13 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-55 a; Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-127; Kh. Antwerpen 24 september 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-90 a; Kh. Antwerpen 17 september 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-88 g; Kh. Antwerpen 30 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-54 c en d; Kh. Antwerpen 16 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-47 a.

⁴ Cass. 26 februari 2004, *R.H.A.* 2004, (291), 296. *Contra*, doch daterend van vóór dit cassatiearrest: Antwerpen 20 oktober 2003, *R.H.A.* 2005, (111), 127.

⁵ M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Academia Press, 2004, nr. 45, p. 27.

rechten heeft is een vraag naar de (materieelrechtelijke) vorderingsgerechtigdheid, die de grond van de zaak betreft⁶.

4. Belang, in procesrechtelijke zin (art. 17-18 Ger.W.), is ieder voordeel, materieel of moreel, dat de eisende partij uit zijn vordering wil halen⁷. Een partij die, *in abstracto*, los van ieder concreet geschil, aan de rechter zou vragen om een theoretisch probleem te beslechten, heeft geen belang; dergelijke vordering is ontoelaatbaar. Voor het overige echter heeft iedere partij, die beweert rechten te hebben en een procedure instelt om deze rechten uit te oefenen of af te dwingen, per definitie het door artikel 17 Ger.W. vereiste belang. De vraag of de eisende partij daadwerkelijk kan vorderen wat zij vraagt is een vraag naar de gegrondheid van de vordering.

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 29 februari 1996 uitdrukkelijk bevestigd dat een belang, in procesrechtelijke zin, niet veronderstelt dat de eisende partij schade zou hebben geleden of een schadevergoeding betaald zou hebben aan derden⁸.

Dit betekent ook dat een partij in de vervoersketen reeds een vordering (in vrijwaring) kan instellen lastens een van de andere partijen in de keten, ook al heeft zij op dat ogenblik zelf nog geen vergoeding betaald⁹, of is zij op dat ogenblik zelfs nog niet eens aangesproken.

2.2. Vorderingsgerechtigdheid

5. Inzake vorderingsgerechtigdheid (hoedanigheid in de materieelrechtelijke zin) is de klassieke vraag of enkel de houder van het cognossement de averijvordering lastens de zeevervoerder kan instellen, dan wel of ook de werkelijke schadelijder dit kan doen. In bepaalde omstandigheden kan zich verder de vraag stellen of ook de afzender, als medecon-

tractant van de zeevervoerder onder de vervoerovereenkomst, een vordering kan instellen.

2.2.1. Exclusief vorderingsrecht in hoofde van de cognossementhouder?

6. Artikel 89 van de Zeewet bepaalt dat enkel de houder van het cognossement recht heeft op aflevering van de goederen. In de rechtsleer en rechtspraak bestaat betwisting over de vraag of deze bepaling impliceert dat ook de averijvordering, in geval van verlies of beschadiging van de goederen, enkel door de houder van het cognossement kan worden ingesteld. De ene strekking is van mening dat de averijvordering de keerzijde is van het recht op aflevering, en dus o.g.v. artikel 89 van de Zeewet uitsluitend aan de cognossementhouder toekomt. De andere strekking gaat ervan uit dat artikel 89 van de Zeewet enkel de materiële aflevering van de goederen ter eindbestemming betreft, wat los staat van de averijvordering wegens verlies of schade, en meent daarom dat deze averijvordering ook ingesteld kan worden door de werkelijke schadelijder¹⁰.

In de recente rechtspraak heeft de eerste strekking een duidelijk overwicht behaald, en wordt bijna steeds geoordeeld dat uitsluitend de houder van het cognossement gerechtigd is om de averijvordering in te stellen¹¹.

7. Daartegenover staat dat ook uitdrukkelijk bevestigd wordt dat het vorderingsrecht van de cognossementhouder een abstract recht is, louter gebaseerd op de *hoedanigheid* van de eisende partij. De cognossementhouder is vorderingsgerechtigd omwille van het enkele feit van zijn hoedanigheid van cognossementhouder, ongeacht of hij al dan niet schade in eigen vermogen heeft geleden¹². Een consequente toepassing van dit principe impliceert dat de cognossementhouder vorderingsgerechtigd blijft, zelfs indien hij reeds vergoed

⁶ Cass. 26 februari 2004, *R.H.A.* 2004, (291), 296: "Dat de procespartij die voorhoudt titularis te zijn van een subjectief recht, hoedanigheid en belang heeft om de vordering in te stellen, ook al wordt dit recht betwist. Dat het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het subjectief recht dat wordt ingeroepen, niet de ontvankelijkheid maar de gegrondheid van de vordering betreft". *Idem*: Cass. 2 april 2004, *R.H.A.* 2005, (13), 22; Antwerpen 20 oktober 2003, *R.H.A.* 2005, (111), 126.

⁷ M. CASTERMANS, *Gerechtigd privaatrecht*, Gent, Academia Press, 2004, nr. 33, p. 21; J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, nr. 131, p. 84.

⁸ Cass. 29 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 210, *E.T.L.* 1998, 249.

⁹ Luik 6 mei 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-57 a; Gent 27 maart 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-37 e.

¹⁰ Met "werkelijke schadelijder" wordt dan bedoeld de partij die uiteindelijk schade lijdt door het verlies of de beschadiging van de vervoerde goederen, zoals bijvoorbeeld de uiteindelijke bestemmeling, die echter niet zelf het cognossement heeft aangeboden.

Zie over het vorderingsrecht van de werkelijke schadelijder: F. STEVENS, *Vervoer onder cognossement*, Gent, Larcier, 2001, nrs. 338-342, p. 195-199; F. STEVENS, "Het vorderingsrecht lastens de zeevervoerder: een kwalitatief recht?", in *Liber Amicorum R. Roland*, Gent, Larcier, 2003, 391-403.

¹¹ Antwerpen (4^e kamer) 11 februari 2008, *onuitg.*, 2005/AR/3055; Antwerpen (4^e kamer) 5 november 2007, *onuitg.*, 2006/AR/2650; Antwerpen 8 mei 2006, *E.T.L.* 2007, (250), 258; Antwerpen 9 mei 2005, *R.H.A.* 2005, (236), 245; Antwerpen 9 december 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-119 a; Antwerpen 23 juni 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-72 a.; Kh. Antwerpen 16 december 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-114 a; Kh. Antwerpen 14 oktober 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-94 c; Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-127 a; Kh. Antwerpen 30 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-54 e; Kh. Antwerpen 2 oktober 2001, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 01-131 b; Kh. Antwerpen 24 april 2001, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 01-80 b.

¹² Cass. 16 februari 1950, *Pas.* 1950, I, 426; Cass. 11 januari 1991, *R.H.A.* 1992, 87; Antwerpen (4^e kamer) 5 november 2007, *onuitg.*, 2006/AR/2650; Antwerpen 8 mei 2006, *E.T.L.* 2007, (250), 258; Antwerpen 22 september 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-83 a; Kh. Antwerpen 16 december 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-114 a; Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-127 a; Kh. Antwerpen 30 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-54 e; Kh. Antwerpen 2 oktober 2001, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 01-131 b; Kh. Antwerpen 24 april 2001, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 01-80 b; P. RUBENS, "Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)", *T.B.H.* 2000, nr. 34, p. 759.

werd door zijn verzekeraars¹³. Dit wordt echter niet steeds aanvaard¹⁴.

Kortom: *enkel* de cognossementhouder is vorderingsgerechtigd, maar hij is *steeds* vorderingsgerechtigd.

8. In enkele gevallen wordt toch nog de deur opengelaten voor een vorderingsrecht in hoofde van de werkelijke schadelijder¹⁵, waarbij dan vrijwel steeds benadrukt wordt dat het gaat om een *alternatief* vorderingsrecht: de werkelijke schadelijder kan enkel vorderen, op voorwaarde dat de cognossementhouder niet zelf reeds de averijvordering heeft ingesteld¹⁶.

2.2.2. *Vorderingsrecht in hoofde van de afzender*

9. Naast de vraag naar het vorderingsrecht van de werkelijke schadelijder kan zich de vraag stellen in welke mate de *afzender* de zeevervoerder kan aanspreken wegens verlies of beschadiging van de vervoerde goederen. De afzender is immers de rechtstreekse medecontractant en opdrachtgever van de zeevervoerder onder de vervoerovereenkomst, en beschikt dus principieel over een contractueel vorderingsrecht onder deze overeenkomst¹⁷.

De rechtspraak aanvaardt een vorderingsrecht in hoofde van de afzender, op voorwaarde dat:

- a. de afzender de schadelijder is, doordat bijvoorbeeld het risico bij hem lag of hij de cognossementhouder schadeloos heeft gesteld; en
- b. de cognossementhouder zelf de averijvordering niet instelt¹⁸.

In een aantal uitspraken wordt bovendien geëist dat, wanneer de afzender de cognossementhouder schadeloos stelt, hij dit doet op grond van een *wettelijke verplichting*¹⁹. Dit is echter te vergaand²⁰. Wanneer de afzender de schadelijder wordt, doordat hij vrijwillig de cognossementhouder vergoedt, kan hij (op voorwaarde dat de cognossementhouder niet zelf ageert) *als afzender* de averijvordering instellen lastens de zeevervoerder. Van belang hierbij is wel dat de afzender dan vordert *als afzender*, d.w.z. in zijn hoedanigheid van

medecontractant van de zeevervoerder, binnen de grenzen van wat overeengekomen werd in de vervoerovereenkomst. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 26 oktober 1984 (*ms. Madinia*)²¹ immers geoordeeld dat een dergelijke vrijwillige betaling de afzender niet doet treden in de rechten en de bescherming (art. 91 Zeewet) van de derde-cognossementhouder. Indien de afzender de averijvordering wil instellen *als cognossementhouder*, moet hij zich op het ogenblik van zijn vrijwillige betaling laten subrogeren in de rechten van de cognossementhouder.

2.2.3. *Wie is cognossementhouder?*

10. Wanneer aangenomen wordt dat uitsluitend de cognossementhouder de averijvordering kan instellen, wordt uiteraard de vraag wie cognossementhouder is van bijzonder belang. Voor de beantwoording van deze vraag dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de verschillende types van cognossement (naamcognossement, ordercognossement, toondercognossement).

2.2.3.1. *Naamcognossement*

11. Een naamcognossement wordt uitgesteld op naam van een welbepaalde partij, zonder orderclausule. Enkel de met name genoemde partij of diens *cessionaris* kunnen de uit het naamcognossement voortvloeiende rechten uitoefenen, en hebben derhalve de hoedanigheid van "houder" van het naamcognossement. Strikt juridisch gezien kan een naamcognossement immers niet geëndosseerd worden; de met name genoemde partij kan enkel de uit het cognossement voortvloeiende rechten cederen aan een derde, volgens de regels inzake de overdracht van schuldvorderingen (art. 1689 e.v. B.W.).

In de praktijk gebeurt het echter regelmatig dat een naamcognossement toch "geëndosseerd" wordt, wat dan de vraag doet rijzen hoe een dergelijk fenomeen juridisch beoordeeld moet worden. In een vonnis van 10 december 2002 oordeelde de rechtbank van koophandel te Antwerpen dat een

¹³. Gent 19 maart 1998, *E.T.L.* 1998, (419), 422; Kh. Antwerpen 15 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-63 e; Kh. Antwerpen 3 november 1992, *E.T.L.* 1994, 80; P. RUBENS, "Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)", *T.B.H.* 2000, nr. 34, p. 759.

¹⁴. Kh. Antwerpen 11 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-70 c; P. RUBENS, "Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)", *T.B.H.* 2000, nr. 32, p. 759, en nr. 34 en vn. 56, p. 760.

¹⁵. Antwerpen (4^e kamer) 23 december 2002, *onuitg.*, 2001/AR/61: "De averijvordering ten aanzien van de zeevervoerder/scheepseigenaar behoort de cognossementhouder toe en (in uitzonderlijke gevallen én alternatief) de werkelijke schadelijder."; Kh. Antwerpen 26 juni 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-74 c: "Overwegende dat de eis tot schadevergoeding in geval van tekort of averij beheerst wordt door het gemeen recht en niet uitsluitend toekomt aan de drager van het cognossement doch eveneens aan de schadelijder."

¹⁶. Antwerpen 22 september 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-83 a; Antwerpen (4^e kamer) 23 december 2002, *onuitg.*, 2001/AR/61; Antwerpen 24 september 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-89 a. Anders: Kh. Antwerpen 26 juni 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-74 c.

¹⁷. F. STEVENS, *Vervoer onder cognossement*, Gent, Larcier, 2001, nr. 343, p. 199-200.

¹⁸. Antwerpen (4^e kamer) 11 februari 2008, *onuitg.*, 2005/AR/3055; Kh. Antwerpen 16 december 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-114 a; Kh. Antwerpen 13 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-60 g.

¹⁹. Kh. Antwerpen 16 december 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-114 a; Kh. Antwerpen 13 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-60 g: "De afzender kan slechts ageren als hij de derde houder schadeloos gesteld heeft, hij *rechtens tot plicht had* de schade te vergoeden en de derde stilzit."

²⁰. Zie ook *infra*, nrs. 37-38.

²¹. Cass. 26 oktober 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 322, *E.T.L.* 1990, 19, *Pas.* 1985, I, 285, *R.W.* 1984-85, 2373.

handtekening op de rugzijde van een naamcognossement geen endossement is, zonder aan te geven wat dan wel de betekenis is of zou kunnen zijn van een dergelijke handtekening²². Het hof van beroep te Antwerpen lijkt daarentegen aan te nemen dat wanneer een naamcognossement geëndosseerd wordt, dit cognossement eigenlijk door partijen bedoeld werd als een ordercognossement, ook al werd dit dan niet uitdrukkelijk vermeld op het cognossement²³. In een eerder arrest had hetzelfde hof er overigens reeds op gewezen dat een overdracht van schuldvordering zonder formaliteiten gebeurt, en tegenstelbaar is aan de gecedeerde schuldenaar (zeevervoerder) zodra deze de cessie stilzwijgend maar zeker erkend heeft²⁴.

O.i. vallen deze laatste oplossingen te verkiezen. Wanneer vastgesteld wordt dat, *de facto*, alle betrokkenen – ook de zeevervoerder²⁵ – een naamcognossement gebruiken en behandelen alsof het een ordercognossement was, dient het recht met die realiteit rekening te houden, en niet *post factum* de partijen in een rechtsfiguur te willen dwingen die zij klaarblijkelijk niet hebben toegepast.

2.2.3.2. Ordercognossement

12. Een ordercognossement wordt uitgesteld aan order, hetzij van een met name genoemde bestemming, hetzij zonder aanduiding van de bestemming. Een ordercognossement wordt overgedragen door endossement. In principe volstaat het loutere bezit van een ordercognossement dan ook niet om “houder” van dit cognossement te zijn en de eruit voortvloeiende rechten te kunnen uitoefenen; houder van het ordercognossement is enkel diegene die het eindpunt is van een ononderbroken reeks endossementen²⁶.

Wanneer geen bestemming *nominatim* aangeduid is – het vakje “bestemming” vermeldt enkel “aan order” –, wordt het cognossement geacht uitgesteld te zijn aan order van de afzender²⁷. Dit impliceert dan ook dat de afzender als eerste dient te endosseren indien hij het cognossement wil overdragen²⁸.

Wanneer de bestemming met name genoemd is, zou verwacht worden dat deze bestemming de juridische houder van het cognossement is, die – indien hij het cognossement wil overdragen – als eerste moet endosseren. Bepaalde rechtspraak is echter van mening dat, zelfs wanneer het cognossement uitgesteld is aan order van een met name genoemde bestemming, nog steeds een endossement van de *afzender* aan de met name genoemde bestemming vereist is opdat deze laatste als “houder” van het cognossement te beschouwen zou zijn²⁹. O.i. is dit onjuist. Wanneer de bestemming met name in het cognossement vermeld wordt en in het bezit is van het cognossement, is hij *ipso facto* gerechtigd de uit het cognossement voortvloeiende rechten uit te oefenen, en derhalve de “houder” van het cognossement. Een endossement door de afzender in zijn voordeel is daartoe niet vereist. De orderclausule is enkel een mogelijkheid die aan de bestemming wordt geboden om het cognossement op een eenvoudige wijze over te dragen, doch impliceert niet dat de afzender het cognossement zou moeten endosseren vooraleer de met name genoemde bestemming, die in het bezit is van het cognossement, hier rechten uit zou kunnen putten.

Het endossement kan gebeuren aan een met name genoemde persoon (die in principe het cognossement niet verder kan endosseren, enkel cederen), aan order van een met name genoemde persoon (die het cognossement verder kan endosseren), of in blanco, wat van het cognossement een toondercognossement maakt³⁰.

22. Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-126 g.

23. Antwerpen 23 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-135: “Zelfs indien het cognossement bedoeld zou geweest zijn als een ordercognossement, gelet op de diverse endossementen, dan nog dient te worden vastgesteld dat noch de naam Norexna noch de naam Sucrimex op de rugzijde van de verhandelde titel prijkt.”

24. Antwerpen (4^e kamer) 22 oktober 2001, *onuitg.*, 1999/AR/511.

25. M.n. door de goederen ter eindbestemming af te leveren aan degene aan wie het naamcognossement werd “geëndosseerd”. De situatie zou uiteraard anders zijn wanneer de zeevervoerder zou *weigeren* om de goederen af te leveren aan iemand anders dan de met name genoemde bestemming.

26. Cass. 9 juni 1969, *Arr. Cass.* 1969, 974, *Pas.* 1969, I, 902, *R.H.A.* 1973, 415, *R.W.* 1969-70, 805; Antwerpen 8 mei 2006, *E.T.L.* 2007, (250), 256.

27. Antwerpen 8 mei 2006, *E.T.L.* 2007, (250), 257; Antwerpen 9 mei 2005, *R.H.A.* 2005, (236), 243; Kh. Antwerpen 14 oktober 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-94 d; Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-127; Kh. Antwerpen 11 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-70 b; Kh. Antwerpen 30 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-54 e. *Adde*: S. ROLAND, “Vorderingsgerechtigdheid in het zeerecht”, in *Actuaria zee- en vervoerrecht*, Antwerpen, Maklu, 2003, 76.

28. Antwerpen (4^e kamer) 10 september 2007, *onuitg.*, 2006/AR/1265 en 2006/AR/2440.

29. Antwerpen 8 mei 2006, *E.T.L.* 2007, (250), 257: “Elk ordercognossement – ook datgene waar de begunstigde van het ordercognossement formaler is aangegeven of met andere woorden ook wanneer een cognossement aan order van een bepaald persoon is (...) – dient te worden voorzien van een ononderbroken reeks van endossementen, bij gebreke waarvan het vorderingsrecht in handen van de inlader blijft. Inderdaad zolang de inlader het cognossement niet geëndosseerd heeft, kan de houder van een niet-geëndosseerd cognossement, zelfs al is zij aan zijn order, er geen rechten uit putten.”; Antwerpen (4^e kamer) 30 april 2001, *onuitg.*, 1997/AR/2753 en 1997/AR/2991. In deze zaak werd een cognossement uitgesteld “aan order van KBC”. Niettemin oordeelt het hof dat KBC geen houder is van het cognossement, omdat dit niet door de afzender geëndosseerd werd aan KBC. “Opdat KBC als een derde houder van het cognossement zou kunnen worden beschouwd, zou zij krachtens een rechtsgeldig geëndosseerd origineel cognossement om de afgifte van de goederen opzichts de vervoerder/scheepseigenaar hebben dienen te verzoeken.”

30. Antwerpen (4^e kamer) 10 september 2007, *onuitg.*, 2006/AR/1265 en 2006/AR/2440; Antwerpen 9 mei 2005, *R.H.A.* 2005, (236), 243; Kh. Antwerpen 14 oktober 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-94; Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-127; Kh. Antwerpen 11 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-70 b; Kh. Antwerpen 30 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-54 e. *Adde*: S. ROLAND, “Vorderingsgerechtigdheid in het zeerecht”, *l.c.*, 76.

13. Ook hier wijkt de praktijk echter regelmatig af van de juridische theorie. Net zoals naamcognossementen geregeld geëndosseerd worden, hoewel dit juridisch eigenlijk niet mogelijk is³¹, worden ordercognossementen geregeld overgedragen zonder expliciet geëndosseerd te worden, hoewel dit strikt juridisch eigenlijk ook niet kan.

In principe hoeft dit ook geen groot probleem te zijn. Het Hof van Cassatie heeft immers, bij het bevestigen van het principe dat de “houder” van een ordercognossement diegene is die het eindpunt is van een ononderbroken reeks endossementen, hieraan meteen toegevoegd dat van dit principe afgeweken kan worden wanneer de zeevervoerder weet of moet weten dat het ontbreken van een endossement te wijten is aan een verzuim³².

Dit is ook logisch. Enkel de houder van het cognossement heeft immers recht op aflevering van de goederen (art. 89 Zeewet). Wanneer een persoon een ordercognossement in zijn bezit heeft, maar niet de begunstigde is van een ononderbroken reeks endossementen, kan hij niet de uit het cognossement voortvloeiende rechten uitoefenen, en mag de zeevervoerder de goederen niet aan hem afleveren. Wanneer de zeevervoerder ter eindbestemming de goederen aflevert aan een persoon die een cognossement in zijn bezit heeft zonder endossement of zonder ononderbroken reeks endossementen, erkent hij daarmee dan ook dat het ontbreken van deze endossementen enkel te wijten is aan een verzuim, en dat de aanbieder van het cognossement wel degelijk de “houder” ervan is, die gerechtigd is de rechten uit het cognossement uit te oefenen. Een zeevervoerder die gecontacteerd wordt door een loutere “bezitter” van een ordercognossement moet immers ofwel zonder meer weigeren de goederen af te leveren, ofwel de afzender of de begunstigde van het laatste endossement contacteren en instructies vragen. Enkel wanneer deze laatste hem bevestigt dat, ondanks het ontbreken van een formeel endossement, de “bezitter” van het ordercognossement wel degelijk ook de “houder” ervan is en gerechtigd om het recht op aflevering uit te oefenen, mag de zeevervoerder de goederen afleveren.

Wie aflevering vraagt en krijgt onder een ordercognossement, is derhalve gerechtigd om de averijvordering in te stel-

len. Het kan immers niet dat eenzelfde partij enerzijds *wel* “houder” van het cognossement is, m.n. op het ogenblik dat het recht op aflevering wordt uitgeoefend, maar anderzijds op het ogenblik van de averijvordering – de keerzijde van het recht op aflevering – plots *niet* meer de “houder” van het cognossement is³³.

Ook hier dient het recht rekening te houden met de feitelijke heden van het handelsverkeer, die maken dat ordercognossementen geregeld worden gebruikt alsof het toondercognossementen zouden zijn, overdraagbaar door eenvoudige overhandiging.

Overigens dient vermeld dat in de praktijk niet enkel endossementen ontbreken, maar soms ook overbodige endossementen worden aangebracht. Zo vragen sommige scheepsagenten in Antwerpen dat de houder van het cognossement, wanneer hij dit aanbiedt aan de zeevervoerder om aflevering van de goederen te bekomen, dit zou “endosseren” aan de zeevervoerder... hoewel dit juridisch uiteraard geen steek houdt³⁴.

2.2.3.3. Toondercognossement

14. Een cognossement aan toonder vermeldt geen bestemming. Het materiële bezit van een dergelijk cognossement volstaat om de erin vervatte rechten uit te oefenen; een toondercognossement wordt dan ook overgedragen door de eenvoudige materiële overhandiging van het document, zonder enige formaliteit³⁵.

In dergelijk geval is de houder van het cognossement degene die het cognossement *in eigen naam* aanbiedt³⁶. Hierbij wordt enkel rekening gehouden met de wijze waarop de materiële bezitter van het toondercognossement zich op het ogenblik van het aanbieden van het cognossement heeft voorgesteld. Indien hij op dat ogenblik geen opdrachtgever bekendmaakt, is de materiële bezitter ook de juridische houder van het toondercognossement en dient hij de averijvordering in te stellen, ook al gaat het om een bedrijf waarvan duidelijk is dat het handelt voor rekening van anderen (expe-

³¹. *Supra*, nr. 11.

³². Cass. 9 juni 1969, *Arr. Cass.* 1969, 974, *Pas.* 1969, I, 902, *R.H.A.* 1973, 415, *R.W.* 1969-70, 805. *Adde*: R. ROLAND, M. HUYBRECHTS en S. ROLAND, “Overzicht van rechtspraak. Scheepvaartrecht (1968-1975)”, *T.P.R.* 1976, nr. 39, p. 104.

³³. Dit is *in se* hetzelfde argument als destijds wel eens ingeroepen werd m.b.t. subrogatie, waar men dezelfde subrogatie enerzijds *wel* bewezen wilde achten (t.o.v. de verzekerde), maar tegelijkertijd ook *niet* bewezen. Het Hof van Cassatie heeft hier in zijn arrest van 2 april 2004 (*R.H.A.* 2005, 13) komaf mee gemaakt, en duidelijk bevestigd dat men zich niet op de subrogatie kan beroepen, maar tegelijkertijd het bestaan van deze subrogatie betwisten.

³⁴. Vgl. Antwerpen 9 mei 2005, *R.H.A.* 2005, (236), 243, waar dit “endossement” door de cognossementhouder (Flanders Shipping & Transport) uitgelegd wordt als een kwijting voor ontvangst van de goederen, hoewel de goederen op dat ogenblik nog niet afgeleverd waren en zelfs het Laat-Volgen nog niet afgetekend was.

³⁵. Antwerpen (4^e kamer) 10 september 2007, *onuitg.*, 2006/AR/1265 en 2006/AR/2440.

³⁶. Antwerpen 9 mei 2005, *R.H.A.* 2005, (236), 243: “Uit de analyse van de stukken en het relaas van de feiten dient te worden weerhouden dat: (...) Flanders Shipping & Transport dus in eigen naam de toondercognossementen (in blanco geëndosseerde cognossementen) aanbodt en dus als regelmatige houder ervan dient te worden aanzien”; Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-127; Kh. Antwerpen 24 april 2001, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 01-80. *Adde*: S. ROLAND, “Vorderingsgerechtigdheid in het zeerecht”, *l.c.*, 83.

diteur³⁷, opslagbedrijf³⁸, ...) en zelfs al wordt later, bijvoorbeeld n.a.v. een protest of expertiseverrichtingen, de identiteit van de opdrachtgever wel bekendgemaakt³⁹.

Indien het cognossement aangeboden wordt door een lasthebber die de identiteit van zijn principaal bekendmaakt, is de principaal te beschouwen als de houder van het toondercognossement⁴⁰.

2.2.4. Het bewijsprobleem: wie heeft het cognossement aangeboden?

15. Uit het voorgaande blijkt dat, zeker in het geval van een toondercognossement, maar dikwijls ook bij een ordercognossement, van belang is om te kunnen aantonen wie *de facto* het cognossement heeft aangeboden aan de zeevervoerder en aflevering van de goederen heeft bekomen.

16. Een van de klassieke middelen om te bewijzen wie het cognossement heeft aangeboden is het Laat-Volgen. Traditioneel bood de cognossementhouder zich aan bij de scheepsagent, leverde een origineel exemplaar van het cognossement in, en kreeg in ruil daarvoor een Laat-Volgen. Daarmee kon hij zich naar de kaai begeven en daar, in ruil voor aftekening van het Laat-Volgen, zijn goederen in ontvangst nemen. Op deze wijze was het Laat-Volgen een werkelijk ontvangstbewijs van de goederen, wat trouwens ook de reden was waarom het Laat-Volgen het document bij uitstek was om voorbehoud te maken voor zichtbare schade of verlies.

Deze tijden zijn echter voorbij. Momenteel is het Laat-Volgen – voor zover dit document überhaupt nog gebruikt wordt – louter een instructie geworden aan de goederenbehandelaar om de betreffende goederen vrij te geven. Wanneer de goederenbehandelaar het Laat-Volgen ontvangen heeft, weet hij dat de betreffende goederen meegegeven mogen worden aan de weg- of andere vervoerder die deze zal komen ophalen voor het doorvervoer naar eindbestemming, wat meestal echter slechts dagen, soms weken, soms zelfs maanden *na* het overmaken van het Laat-Volgen gebeurt.

In het containervervoer, gekenmerkt door grote volumes en snelle doorlooptijden, wordt het papieren Laat-Volgen in vele gevallen trouwens vervangen door snellere communicatiemiddelen (vrijstelling per fax of via elektronische weg) of wordt de verwerking van de Laat-Volgens gecentraliseerd op een beperkt aantal plaatsen. De Laat-Volgens kunnen dan enkel nog op die plaatsen binnengebracht worden, ongeacht waar de containers in kwestie zich fysiek bevinden.

Bij stukgoed wordt het papieren Laat-Volgen nog meer gebruikt, doch ook daar wordt het steeds meer een loutere instructie tot vrijgave en steeds minder een ontvangstbewijs dat wordt afgetekend op het ogenblik van en in ruil voor de afgifte van de goederen.

17. Waar het Laat-Volgen nog wordt gebruikt, levert dit document echter niet steeds een (duidelijk) bewijs op van wie het cognossement heeft aangeboden. Zo diende het hof van beroep te Antwerpen te oordelen over een zaak waarin eenzelfde bedrijf (Norexa) opgetreden was als scheepsagent – en als zodanig het Laat-Volgen had uitgegeven –, én als expediteur – en als zodanig het Laat-Volgen ook had aangeboden om aflevering van de goederen te bekomen. Het hof besluit dat het Laat-Volgen in dergelijke omstandigheden een “betwistbaar karakter” heeft, en niet aantoont wie de houder van het cognossement was⁴¹.

Blijkbaar wordt vooral gestruikeld over het feit dat Norexa gelijktijdig opgetreden is voor twee verschillende opdrachtgevers, die tegenstrijdige belangen hebben. Dit is echter louter een probleem in de relatie tussen Norexa en haar opdrachtgevers, dat eventueel aanleiding zou kunnen geven tot aansprakelijkheid van Norexa t.o.v. (een van) haar opdrachtgevers, en neemt niet weg dat het cognossement, *c.q.* Laat-Volgen wel door iemand aangeboden moet zijn. De zeevervoerder of zijn agent moet het cognossement niet aan zichzelf aanbieden en geen Laat-Volgen aan zichzelf uitstellen om de goederen te kunnen lossen en op kaai op te slaan. Het cognossement wordt aangeboden door, en het Laat-Volgen wordt uitgesteld aan de houder van het cognossement. Wanneer blijkt dat het Laat-Volgen uitgesteld werd aan Norexa, die op dat ogenblik *in eigen naam* is opgetreden, zonder kenbaar te maken voor welke opdrachtgever zij

³⁷. Antwerpen 9 mei 2005, *R.H.A.* 2005, 236; Antwerpen 23 juni 2003, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 03-72 a.

³⁸. Antwerpen (4^e kamer) 5 november 2007, *onuitg.*, 2006/AR/2650. In deze zaak had de eerste rechter geoordeeld dat “... *in casu* het redelijk is aan te nemen dat een derde (= Molenbergnatie) die een order- of naamcognossement overlegt voor rekening van de persoon die er rechten kan uit halen (= Barry Callebaut Sourcing) als mandataris optreedt en Barry Callebaut Sourcing als opdrachtgever van Molenbergnatie de regelmatige cognossementhouder is.” De eerste rechter had er ook op gewezen dat “... *SCL (Safmarine)* geen protest liet gelden tegen de protestbrieven van Molenbergnatie waarbij Molenbergnatie aangaf op te treden in naam van haar principaal Barry Callebaut Sourcing.”

Het hof oordeelt echter dat enkel relevant is dat “... *Molenbergnatie* is ter zake diegene die op 26 februari 2003 in eigen naam en voor rekening van een alsdan niet onthulde opdrachtgever om afgifte van de containers met de cacao's heeft verzocht aan de kapitein en deze afgifte ook heeft bekomen.”, en besluit derhalve dat enkel Molenbergnatie beschouwd kan worden als cognossementhouder, en niet diens opdrachtgever.

³⁹. Antwerpen (4^e kamer) 5 november 2007, *onuitg.*, 2006/AR/2650: “Ook het feit dat Molenbergnatie in latere protestbrieven van 14, respectievelijk 18 en 19 maart 2003 naar aanleiding van het strippen van de containers in haar magazijnen te kennen gaf dat zij in naam van Barry Callebaut Sourcing oprad, is irrelevant. Het vorderingsgerechtigd zijn wordt beoordeeld op het ogenblik waarop de desbetreffende cognossementhouder om afgifte van de goederen verzoekt en zich als rechtmatige titularis meldt bij de zeevervoerder of diens agente in de loshaven.”

⁴⁰. Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 02-127; Kh. Antwerpen 29 oktober 2002, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 02-100 a; Kh. Antwerpen 24 april 2001, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 01-80. Vgl. Kh. Antwerpen 22 april 2002, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 02-49 b.

⁴¹. Antwerpen 23 december 2002, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 02-135.

optrad, is Norex a.o. te beschouwen als houder van het cognossement en dus gerechtigd de averijvordering in te stellen⁴², ongeacht het feit dat Norex a.o. taken heeft vervuld als scheepsagent.

18. In vele havens wordt echter niet met een Laat-Volgen of gelijkaardig document gewerkt, en hoger werd reeds aangestipt dat ook in Antwerpen het Laat-Volgen verdwijnt of van functie verandert. Hoe wordt, bij afwezigheid van een Laat-Volgen, aangetoond wie het cognossement heeft aangeboden?

Soms is een rechtstreeks bewijs mogelijk, en blijkt uit het dossier duidelijk en met zekerheid wie het cognossement heeft aangeboden. Zo bijvoorbeeld een vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, waarin enerzijds uit de briefwisseling bleek dat de eisende partij één origineel exemplaar van het cognossement had bezorgd aan de vervoerder, terwijl zij anderzijds nog beschikte over de twee andere originele exemplaren en deze in de procedure voorlegde⁴³.

Indien geen rechtstreeks bewijs mogelijk is, dient aan de hand van onrechtstreekse aanwijzingen aangetoond te worden dat de eisende partij het cognossement aangeboden heeft. Zo bijvoorbeeld het feit dat de eisende partij door de douane als invoerder werd beschouwd en de douanerechten heeft betaald, dat zij geprotesteerd heeft bij de zeevervoerder, dat zij de koper en uiteindelijke bestemming van de goederen is, en dat zij als zodanig in het expertiserapport wordt vermeld⁴⁴, of het feit dat de eisende partij, die als “notify party” vermeld stond in het zee-cognossement, als bestemming geïdentificeerd werd in het vervoerdocument voor het opvolgend wegvervoer⁴⁵.

Verder wordt aangenomen dat de partij, die als “consignee” en “notify party” vermeld staat op het cognossement, vermoed kan worden (behoudens tegenbewijs door de zeevervoerder) de houder van het cognossement te zijn⁴⁶.

19. In dit verband dient onderlijnd dat de zeevervoerder terzake een medewerkingsplicht heeft. Enerzijds wordt de transportsector gekenmerkt door zeer snelle en dikwijls informele communicatie, die riskeert weinig sporen na te laten, anderzijds weet de zeevervoerder uiteraard, of moet

hij minstens weten aan wie hij of zijn agent ter plaatse de goederen afgeleverd heeft. Het gaat dan ook niet op dat de zeevervoerder eenvoudigweg betwist dat het cognossement door de eisende partij werd aangeboden, zonder kenbaar te maken door wie het cognossement dan wel werd aangeboden⁴⁷.

2.2.5. Vorderingsrecht in hoofde van de verzekeraars

20. De partijen in een transportgeschil zijn niet zelden verzekerd: de goederenbelanghebbenden hebben een goederenverzekering afgesloten, en de betrokken vervoerder(s) hebben een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten.

De vraag stelt zich dan ook op welke wijze deze verzekeraars hun belangen kunnen verdedigen in de procedure. Twee belangrijke technieken in dit verband zijn de subrogatie en de naamlening.

2.2.5.1. Subrogatie

2.2.5.1.1. Wettelijke subrogatie

21. Subrogatie wordt in het algemeen geregeld door het Burgerlijk Wetboek (art. 1249-1252 B.W.), dat een onderscheid maakt tussen conventionele subrogatie (art. 1250) enerzijds en wettelijke subrogatie (art. 1251) anderzijds. Hierbij dient benadrukt dat deze beide types van subrogatie *fundamenteel verschillend* zijn:

- een conventionele subrogatie is een overeenkomst tussen twee partijen. Zij vergt een bewuste handeling van de betrokkenen, die een uitdrukkelijke subrogatieovereenkomst moeten afsluiten. Deze overeenkomst moet bovendien gelijktijdig met de betaling geschieden. Betaling doet immers de vordering uitdoven; na de betaling heeft de schuldeiser dus geen vordering meer waarin hij de betaler zou kunnen doen treden⁴⁸;
- een wettelijke subrogatie daarentegen geschiedt van rechtswege, door het loutere feit van de betaling. De betrokkenen dienen zelf geen initiatief meer te nemen, en moeten geen overeenkomst opstellen. De vereiste

^{42.} *Supra*, nr. 14.

^{43.} Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-126.

^{44.} Antwerpen (4^e kamer) 10 september 2007, *onuitg.*, 2006/AR/1265 en 2006/AR/2440.

^{45.} Kh. Antwerpen 26 juni 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-74.

^{46.} Kh. Antwerpen 15 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-63 d.

^{47.} Antwerpen (4^e kamer) 10 september 2007, *n.g.*, 2006/AR/1265 en 2006/AR/2440: “Wanneer de goederen rechtstreeks door de zeevervoerder werden afgeleverd, dient deze partij uiteraard te weten aan wie hij heeft afgeleverd en door wie het cognossement werd aangeboden. Naar het oordeel van het hof druist het tegen een behoorlijke proces- en bewijsvoering in dat de zeevervoerder zich ertoe beperkt de aanbieding van het cognossement door de eisende partij (...) in vraag te stellen, zonder kenbaar te maken aan wie de goederen dan wel afgeleverd werden.”; Kh. Antwerpen 13 mei 2003, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 03-55: “Verweerder betoogt dat Elf Petroleo Costa Rica SA niet bewijst het cognossement, dat aan haar order was gesteld, te hebben aangeboden. Ze heeft de vrachtwagens nochtans aan die vennootschap afgeleverd. Het ter bestemming gepresenteerde originele exemplaar berust uiteraard bij haar. Als het zo is dat eerste eiseres niet de houder was van het ordercognossement, dient ze het teruggegeven exemplaar over te leggen.”; vgl. Kh. Antwerpen 30 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-54 e.

^{48.} P.-H. DELVAUX, “La subrogation et la réparation du dommage”, *R.G.A.R.* 1994, nr. 12.298.

van gelijktijdigheid verdwijnt als afzonderlijke voorwaarde, omdat zij bij een wettelijke subrogatie automatisch vervuld is. De wettelijke subrogatie treedt van rechtswege in door het loutere feit van de betaling, zodat de subrogatie altijd, per definitie, gelijktijdig is met de betaling.

De subrogatie van de verzekeraar is een speciale vorm van wettelijke subrogatie. Strikt genomen gaat het hierbij niet om de wettelijke subrogatie zoals bedoeld in artikel 1251, 3° B.W. (“ten voordele van hem die, met anderen of voor anderen tot betaling van een schuld gehouden zijnde, er belang bij had deze te voldoen”). De verzekeraar is niet met anderen of voor anderen gehouden; hij is gehouden t.o.v. zijn verzekerde, op basis van de verzekeringspolis die hij met de verzekerde heeft afgesloten. De verzekeraar betaalt ook niet andermans schuld; hij betaalt zijn eigen schuld, waartoe hij contractueel gehouden is op basis van de polisclausules⁴⁹.

Daarom heeft de wetgever de subrogatie van de verzekeraar uitdrukkelijk bevestigd en vastgelegd in artikel 22 van de Verzekeringwet 1874 en artikel 41 van de Landverzekeringsovereenkomstenwet 1992.

2.2.5.1.2. Bewijs van betaling

22. Aangezien de subrogatie van de verzekeraar een wettelijke subrogatie is, treedt zij van rechtswege in door het loutere feit van de betaling door de verzekeraar⁵⁰. De verzekerde moet geen akte of overeenkomst opstellen of enige andere handeling ondernemen om de verzekeraar te subrogeren, en er is geen zelfstandig vereiste van gelijktijdigheid van betaling en subrogatie⁵¹.

Om de subrogatie te bewijzen, moet de verzekeraar derhalve enkel het feit van de betaling bewijzen⁵². Deze betaling is een rechtsfeit, dat met alle middelen van recht bewezen kan worden (*a fortiori* in het handelsrecht, waar sowieso een vrij bewijsstelsel geldt).

Een klassieke en eenvoudige wijze om deze betaling te bewijzen is de subrogatieakte, die in essentie niets meer is dan een bevestiging (kwijting) van de verzekerde dat hij betaling ontvangen heeft van zijn verzekeraar⁵³. Een subrogatieakte is geen overeenkomst tussen verzekerde en verzekeraar, is geen document dat de subrogatie doet ontstaan of in het leven roept, en is geen (wettelijk) verplicht document. Het is louter een van de mogelijke manieren om de betaling door de verzekeraar te bewijzen. Dit impliceert echter ook dat wanneer een subrogatieakte wordt voorgelegd, geen andere bewijzen van betaling meer vereist zijn⁵⁴.

23. Volledigheidshalve dient wel opgemerkt dat vele subrogatieaktes niet beperkt blijven tot hun essentiële functie als kwijting/bewijs van betaling. Naast de bevestiging van betaling wordt, voor het geval de wettelijke subrogatie niet aanvaard zou worden, ook een conventionele subrogatie voorzien, en niet zelden daarnaast ook nog eens een clause van naamkening, dit alles bij voorkeur samengeperst in één enkele paragraaf.

Het resultaat is al te dikwijls een onduidelijk en soms inconsistent document, waarin verschillende rechtsfiguren door elkaar worden gemengd, en waar uiteindelijk de hoven en rechtbanken ook geen weg meer mee weten.

Anderzijds gebeurt het ook wel eens, zij het eerder uitzonderlijk, dat de subrogatieakte enkel een bevestiging is van een akkoord over het door de verzekeraar uit te keren bedrag, maar nog geen bevestiging inhoudt van de effectieve ontvangst van dit bedrag⁵⁵. In dergelijk geval is de subrogatieakte geen bewijs van betaling, en zal de verzekeraar andere bewijsmiddelen moeten voorleggen.

24. Een subrogatieakte is hoe dan ook slechts een mogelijke manier om betaling te bewijzen. De verzekeraar is dan ook nooit verplicht om een subrogatieakte voor te leggen; hij mag zijn betaling ook op een andere manier bewijzen⁵⁶. Zo kan de betaling aangetoond worden door een verklaring van

⁴⁹. Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002 (3^e ed.), nr. 162, p. 101; P.-H. DELVAUX, “La subrogation et la réparation du dommage”, *R.G.A.R.* 1994, nr. 12.298; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 237, p. 165-167; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006 (3^e ed.), nr. 584, p. 362; S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten”, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, p. 458; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, nr. 750, p. 481-482.

⁵⁰. Antwerpen 19 september 2005, *E.T.L.* 2006, (591), 595; Kh. Antwerpen 12 mei 2004, *R.H.A.* 2005, (247), 258; Kh. Antwerpen 30 januari 2002, *R.H.A.* 2004, (31), 51; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 239, p. 167; P. RUBENS, “Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)”, *T.B.H.* 2000, nr. 3, p. 755; S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten”, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 458.

⁵¹. C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 236, p. 165 en nr. 240, p. 170.

⁵². S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten”, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 463.

⁵³. Gent 21 september 2001, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-98 a; Kh. Antwerpen 27 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-79: “Overwegende dat bij nazicht van de overgelegde subrogatieakte blijkt dat eiseres sub 1 uitdrukkelijk verklaart het bedrag van 441.000 FF te hebben ontvangen.”; S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten”, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 463.

⁵⁴. *Contra*, doch ten onrechte: Kh. Antwerpen 14 januari 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-02.

⁵⁵. Zo bv. wanneer de subrogatieakte enkel vermeldt: “Subject to Underwriters admitting liability, we hereby confirm willingness to accept the sum of...”.

⁵⁶. C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 239, p. 167-168; P. RUBENS, “Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)”, *T.B.H.* 2000, nrs. 10 e.v., p. 756.

de verzekerde dat hij door zijn verzekeraars vergoed werd, in briefwisseling⁵⁷ of in een proceduredocument⁵⁸.

Uiteraard kan de betaling ook bewezen worden door financiële documenten (bankafschriften, rekeninguittreksels, ...) voor te leggen. In dit verband dient echter opgemerkt dat het in transportzaken slechts zelden zal gaan om een eenvoudige betaling door één verzekeraar rechtstreeks aan de verzekerde. Transportpolissen worden meestal geplaatst bij meerdere verzekeraars, doorgaans gegroepeerd in "pools", die optreden via één van hun leden-verzekeraars of via een verzekeringagent. Veelal handelt deze verzekeringagent of verzekeraar ook niet rechtstreeks met de verzekerde, maar via een makelaar. Dit betekent dat, bij een schadegeval, de makelaar de gelden moet opvragen bij de vertegenwoordigers van de verschillende pools, die dan op hun beurt de nodige sommen moeten opvragen bij de leden van hun pool. Daarbij is de kans reëel dat verschillende van deze partijen met elkaar in rekening-courant verhouding staan, zodat geen effectieve betalingen uitgevoerd worden, maar louter een boeking gebeurt in de rekening-courant. Dit maakt dat het bewijs van deze verschillende betalingen, *c.q.* boekingen in rekening-courant bijzonder complex, om niet te zeggen bijna onmogelijk wordt⁵⁹.

Niet zelden is de uiteindelijke betaling door de makelaar aan de verzekerde de enige die duidelijk en geïndividualiseerd kan worden aangetoond. Het hoeft geen betoog dat in dergelijke omstandigheden de makelaar deze betaling verricht voor rekening van de achterliggende verzekeraars, en dat deze betaling aanleiding geeft tot de subrogatie van de achterliggende verzekeraars, en niet van de makelaar zelf⁶⁰.

25. Ten slotte dient opgemerkt dat, wanneer de verzekeraar de betaling aan de verzekerde of schadelijder heeft aangetoond, hij zonder meer gesubrogeerd is in de rechten van deze laatste. Het feit dat de verzekeraar op basis van de polisclausules over een verweer beschikte en eigenlijk dek-

king had kunnen weigeren, maar bijvoorbeeld uit commerciële overwegingen toch tot uitbetaling is overgegaan, is irrelevant⁶¹. Een deel van de auteurs zijn een andere mening toegedaan⁶², doch het Hof van Cassatie heeft, o.i. terecht, uitdrukkelijk bevestigd dat de enige vraag is *of* de verzekeraar betaald heeft; of hij daartoe ook verplicht was, speelt geen rol⁶³. In Nederland heeft de Hoge Raad overigens in dezelfde zin geoordeeld⁶⁴.

2.2.5.1.3. Andere bewijselementen

26. In *se* dient de verzekeraar enkel de betaling aan de verzekerde of schadelijder te bewijzen om gesubrogeerd te zijn. Twee nevenaspecten van deze betaling, m.n. de identiteit van de betaler(s) en de datum van de betaling, zijn echter ook van belang.

De verzekeraar(s) die beweren gesubrogeerd te zijn, dienen aan te tonen dat de betaling *door hen* werd verricht, en niet door andere verzekeraars⁶⁵. De eenvoudigste manier om dit te doen is door de betalende verzekeraars *nominatim* te vermelden in de subrogatieakte. Is dit niet het geval, dan dient op een andere wijze aangetoond te worden welke verzekeraars de betaling verricht hebben⁶⁶. Hiertoe kan bijvoorbeeld de polis en/of polisbijkomstigheden voorgelegd worden⁶⁷. Volledigheidshalve valt hierbij wel op te merken dat het voorleggen van de polis niet noodzakelijk is en niet geëist kan worden om de subrogatie als zodanig te bewijzen; de polis dient hier enkel om de identiteit van de verzekeraars aan te tonen.

Verder kan de datum van de betaling, en dus van de subrogatie, van belang zijn. Een subrogatieakte is doorgaans wel gedateerd⁶⁸, doch dit is de datum van de ondertekening van het document, en niet noodzakelijk de datum van de betaling zelf. Deze betaling kan reeds gebeurd zijn vóór de subrogatieakte werd gedateerd en ondertekend⁶⁹.

⁵⁷. Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-126.

⁵⁸. Antwerpen 29 maart 2004, *R.H.A.* 2005, (214), 230.

⁵⁹. S. ROLAND, "Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten", in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 463.

⁶⁰. Vgl. Antwerpen (4^e kamer) 17 december 2007, *onuitg.*, 1999/AR/1228 en 2002/AR/861, waarin de schadeafrekening van de makelaar aan de agent van de leidende verzekeraars, en de bevestiging door de makelaar dat de bedragen uitbetaald werden in aanmerking werden genomen als bewijselementen. C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 241, p. 170.

⁶¹. Kh. Antwerpen 10 december 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-126 h; Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002 (3^e ed.), nr. 165, p. 103; P.-H. DELVAUX, "La subrogation et la réparation du dommage", *R.G.A.R.* 1994, nr. 12.298, 48; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 249, p. 173; P. RUBENS, "Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)", *T.B.H.* 2000, nr. 5, p. 755; S. ROLAND, "Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten", in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 464.

⁶². M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006 (3^e ed.), vn. 82, p. 362.

⁶³. Cass. 31 oktober 1991, *R.C.J.B.* 1993, 571.

⁶⁴. Hoge Raad 7 januari 2000, nr. C.98/116.HR.

⁶⁵. P. RUBENS, "Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)", *T.B.H.* 2000, nrs. 16 e.v., p. 757.

⁶⁶. Kh. Antwerpen 14 januari 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-02 c.

⁶⁷. Antwerpen (4^e kamer) 17 december 2007, *onuitg.*, 1999/AR/1228 en 2002/AR/861.

⁶⁸. Doch niet steeds; *cf.* Antwerpen 24 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-75 a. Uit een ongedateerde subrogatieakte kan uiteraard niet afgeleid worden op welk ogenblik de subrogatie is ingetreden.

⁶⁹. Een subrogatieakte is een kwijting door de verzekerde, d.w.z. een bevestiging dat hij betaling ontvangen heeft van zijn verzekeraars. De datum van betaling kan dus *in se* niet ná de datum van ondertekening van de subrogatieakte liggen.

2.2.5.1.4. Gevolgen van subrogatie

27. Door de subrogatie treedt de verzekeraar in de rechten van zijn verzekerde tegen de aansprakelijke derde. In dit verband dient echter wel een onderscheid gemaakt te worden tussen een goederenverzekering en een aansprakelijkheidsverzekering.

Bij een goederenverzekering (bv. ladingverzekering) is de verzekerde de schadelijder, en vergoedt de verzekeraar zijn verzekerde. Hij kan vervolgens, als gesubrogeerde verzekeraar, de rechten van zijn verzekerde (ladingbelanghebbende) tegen de aansprakelijke partij (bv. de transporteur) uitoefenen.

Bij een aansprakelijkheidsverzekering daarentegen is de verzekerde (bv. de vervoerder) de *veroorzaker* van de schade, en vergoedt de verzekeraar in de praktijk niet zijn verzekerde, maar de schadelijder (ladingbelanghebbende). Het spreekt echter voor zich dat de verzekeraar door deze betaling niet gesubrogeerd wordt in de rechten van de schadelijder. In dat geval zou de gesubrogeerde verzekeraar zich dan immers tegen zijn eigen verzekerde, veroorzaker van de schade, moeten keren, wat uiteraard niet kan. Ook bij een aansprakelijkheidsverzekering wordt de verzekeraar derhalve gesubrogeerd in de rechten van zijn eigen verzekerde, ook al betaalt hij niet aan de verzekerde maar rechtstreeks aan de schadelijder⁷⁰. Strikt genomen kan de betaling door de aansprakelijkheidsverzekeraar aan de schadelijder trouwens geanalyseerd worden als een betaling door de verzekeraar aan zijn eigen verzekerde, die deze laatste dan onmiddellijk doorstort aan de schadelijder.

Dit impliceert ook dat, wanneer de verzekerde de enige aansprakelijke is voor de schade, de subrogatie de verzekeraar niets oplevert. Bij een aansprakelijkheidsverzekering is subrogatie enkel nuttig wanneer de verzekerde over een vrijwaringsvordering beschikt (bv. tegen een ondervoerder) of wanneer er een medeaansprakelijke is⁷¹.

28. Door de subrogatie komt het vorderingsrecht, dat zich oorspronkelijk in het patrimonium van de verzekerde bevond, in het patrimonium van de verzekeraar terecht. Na

het intreden van de wettelijke subrogatie kan de verzekerde zijn vorderingsrecht dan ook niet meer cederen – hij bezit dit vorderingsrecht niet meer –, en evenmin nog een conventionele subrogatie overeenkomen m.b.t. dit vorderingsrecht⁷².

De vraag of dit ook betekent dat – wanneer de verzekerde de houder van het cognossement is – hij niet langer de averijvordering kan instellen, is betwist. Het vorderingsrecht van de cognossementhouder is immers een abstract recht, dat in principe louter afhangt van de hoedanigheid van cognossementhouder⁷³.

Alleszins staat vast dat wanneer verzekeraar en verzekerde samen de averijvordering instellen, minstens één van beiden vorderingsgerechtigd is. De verwerende partijen kunnen zich immers niet enerzijds op de subrogatie beroepen om het vorderingsrecht van de verzekerde te verwerpen, maar anderzijds diezelfde subrogatie in vraag stellen wanneer het gaat om het vorderingsrecht van de verzekeraar⁷⁴. Anderzijds is perfect mogelijk dat beiden – zowel de verzekeraar als de verzekerde – vorderingsgerechtigd zijn, elk voor hun deel. De subrogatie geldt immers slechts ten belope van het door de verzekeraar uitbetaalde bedrag. Voor niet-vergoede bedragen (bv. franchise) en voor de interesten op het schadebedrag tussen datum schadegeval en de uitbetaling door de verzekeraar blijft de verzekerde alleszins zelf vorderingsgerechtigd⁷⁵.

2.2.5.1.5. Subrogatie en IPR

29. Subrogatie wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verbintenis, waaronder de betaling geschiedt. Het Hof van Cassatie had dit reeds bevestigd in een arrest van 23 oktober 1969⁷⁶, en dit principe werd inmiddels vastgelegd in artikel 107 WIPR⁷⁷. De subrogatie van de verzekeraar wordt derhalve beheerst door het recht dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst, in het kader waarvan de verzekeraar tot vergoeding overgaat⁷⁸.

Indien de verzekeringsovereenkomst dus niet door het Belgisch recht beheerst wordt maar door een buitenlands recht, dient naar dit buitenlands recht gekeken te worden om uit te

⁷⁰. Kh. Antwerpen 16 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-47 a, waar de verzekeraar rechtstreeks de schadelijder (Dienst voor de Scheepvaart) vergoed had, maar uiteraard gesubrogeerd was in de rechten van haar verzekerde (Mars). M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006 (3^e ed.), vn. 86, p. 363 en nrs. 709-710, p. 425.

⁷¹. Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002 (3^e ed.), nr. 163, p. 102; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 240, p. 169; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, nr. 752.6^o, p. 485.

⁷². Antwerpen 19 september 2005, *E.T.L.* 2006, 591 (tegen dit arrest werd een voorziening in cassatie ingesteld).

⁷³. *Supra*, nr. 7.

⁷⁴. Cass. 2 april 2004, *R.H.A.* 2005, (13), 23.

⁷⁵. P. RUBENS, "Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)", *T.B.H.* 2000, nr. 28, p. 758 en nr. 30, p. 759; S. ROLAND, "Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten", in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 458.

⁷⁶. Cass. 23 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 189, *R.C.J.B.* 1971, noot F. RIGAUX.

⁷⁷. V. SAGAERT, "Artikel 107. Recht toepasselijk op de wettelijke subrogatie", in *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 556.

⁷⁸. C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 247, p. 172; S. ROLAND, "Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten", in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 464; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, nr. 752.5^o, p. 485.

maken of de verzekeraar door zijn betaling gesubrogeerd wordt⁷⁹, en zo ja, welke beperkingen hieraan eventueel gesteld zijn⁸⁰.

2.2.5.2. Naamlening

30. Naast of in combinatie met subrogatie is naamlening een tweede belangrijke techniek voor verzekeraars om deel te nemen aan de procedure.

Op het eerste gezicht lijkt naamlening een eenvoudige rechtsfiguur, waarvan de geldigheid algemeen aanvaard wordt⁸¹. In werkelijkheid is de situatie echter complexer⁸². Er bestaan immers (minstens) twee verschillende vormen van naamlening.

31. Naamlening – in de klassieke, strikte zin van het woord – is een verborgen overeenkomst van *lastgeving*. Een principaal geeft aan een lasthebber (de naamlener) opdracht om in eigen naam maar voor rekening van de principaal bepaalde handelingen te stellen⁸³. In deze klassieke zin is een overeenkomst van naamlening dus sterk verwant met een commissieovereenkomst, zij het dat een commissionair enkel de identiteit van zijn principaal moet geheimhouden, daar waar een naamlener niet alleen de identiteit maar ook het bestaan zelf van een principaal geheim moet houden⁸⁴.

Toegepast in een verzekeringssituatie betekent een overeenkomst van naamlening derhalve dat een principaal (de verzekeraar) opdracht geeft aan een naamlener (de verzekerde) om in eigen naam maar voor rekening van de principaal een procedure in te stellen tegen de aansprakelijke partij. De verzekerde (naamlener) zou dan zelf een advocaat moeten aanstellen, zelf de leiding van het geding nemen, de procedurekosten voorschieten, en uiteindelijk, na afloop van het geding, afrekenen met zijn opdrachtgever, de verzekeraar⁸⁵.

In de praktijk gebeurt dit echter (quasi) nooit. Het is de verzekeraar zelf die de leiding van het geding neemt, die een advocaat aanstelt en de proceskosten betaalt, en die uiteindelijk, bij gunstig resultaat, het bedrag van de veroordeling int. Het enige speciale is dat de verzekeraar de procedure niet onder zijn eigen naam voert, maar als het ware procedeert onder een pseudoniem of schuilnaam, m.n. de naam van zijn verzekerde. De “naamleningsovereenkomst” in deze context is dan ook enkel een toestemming van de verzekerde aan de verzekeraar om zich voor te doen als ware hij de verzekerde (in een klassieke formulering: “*We authorize you to make use of our name in any action or proceedings...*”).

Het valt echter niet te ontkennen dat een dergelijk “procederen onder pseudoniem” geen naamlening is in de strikte zin van het woord. In zijn arrest van 15 januari 1982 heeft het Hof van Cassatie dan ook geoordeeld dat een subrogatieakte waarin de verzekerde niet door de verzekeraars werd gemachtigd om in eigen naam maar voor rekening van de verzekeraars een procedure in te stellen, geen overeenkomst van naamlening is⁸⁶.

32. De lagere rechtspraak bleef echter, ook na dit arrest, onverminderd toepassing maken van de figuur van naamlening, begrepen als “procederen onder pseudoniem”, wat in 2001 opnieuw aanleiding gaf tot een cassatiearrest. Het hof van beroep te Antwerpen had in het bestreden arrest vastgesteld dat in de subrogatiekwijting de verzekerde toelating had gegeven aan de verzekeraar om, onder de (schuil)naam van de verzekerde, de procedure in te stellen tegen de aansprakelijke derde, en had geoordeeld dat een dergelijke overeenkomst “van naamlening” volstrekt geldig is⁸⁷.

In zijn arrest van 26 januari 2001 begint het Hof van Cassatie echter met uitdrukkelijk de definitie van naamlening *in de strikte zin* (naamlening als verborgen lastgeving) te herhalen. Het Hof citeert dan de overwegingen van het bestreden arrest, waaruit blijkt dat een *andere* rechtsfiguur werd toege-

^{79.} Vgl. Kh. Antwerpen 30 januari 2002, *R.H.A.* 2004, (31), 50-51, waarin de rechtbank, enigszins bevreemdend, oordeelde dat, hoewel verzekeraar en verzekerde beiden Saoudi-Arabisch vennootschappen waren, er geen aanwijzingen waren dat de verzekeringsovereenkomst (en dus de subrogatie) onderworpen waren aan het Saoudisch recht, en zonder meer Belgisch recht toepaste.

Blijkbaar baseert de rechtbank zich hoofdzakelijk op de subrogatieakte en wat daarin overeengekomen werd, hoewel zij enkele paragrafen verder uitdrukkelijk bevestigt dat de subrogatie van de verzekeraar een wettelijke subrogatie is, en geen conventionele.

^{80.} Naar Zwitsers recht bv. wordt de verzekeraar enkel gesubrogeerd in de *extra-contractuele* vorderingsrechten van zijn verzekerde, niet in diens contractuele vorderingsrechten. Zie terzake Antwerpen 19 september 2005, *E.T.L.* 2006, 591. P. RUBENS, “Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)”, *T.B.H.* 2000, nrs. 42-43, p. 761.

^{81.} Zie o.m. Kh. Antwerpen 27 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-76 a; Kh. Antwerpen 16 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-47 a: “Een overeenkomst tot naamlening is volkomen geldig.”

^{82.} Zie o.m. P. RUBENS, “Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)”, *T.B.H.* 2000, nrs. 37-40, p. 760.

^{83.} Cass. 15 januari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 619, *Pas.* 1982, I, 602, *R.W.* 1982-83, 2250, *J.T.* 1983, 412, *R.H.A.* 1981-82, 203: “Overwegende dat bij de overeenkomst van naamlening iemand in eigen naam voor rekening van een ten aanzien van derden niet genoemde lastgever een rechtshandeling verricht.” Een identieke definitie is te vinden in Cass. 26 januari 2001, *R.H.A.* 2001, 105. I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 169, p. 125.

^{84.} I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 83, p. 65-66 en nr. 251, p. 169.

^{85.} I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 278, p. 185.

^{86.} Cass. 15 januari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 619, *Pas.* 1982, I, 602, *R.W.* 1982-83, 2250, *J.T.* 1983, 412, *R.H.A.* 1981-82, 203. In dezelfde zin: Antwerpen 24 juni 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-75 b. K. BROECKX, “Vertegenwoordiging in rechte en naamlening in het geding”, *R.W.* 1994-95, nr. 31, p. 252; S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten”, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 461; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 278, p. 185.

^{87.} Antwerpen 1 februari 1999, *R.H.A.* 1999, 162.

past, die weliswaar ook “naamlening” genoemd werd, en komt vervolgens tot het besluit dat het bestreden arrest de in het middel aangewezen wetsbepalingen (art. 1134, 1135 en 1984 B.W.) niet schendt⁸⁸.

Uit de summier motivering van dit arrest valt echter niet met zekerheid af te leiden of het Hof van Cassatie nu geoordeeld heeft dat er, naast de naamlening in de strikte zin (naamlening als verborgen lastgeving), inderdaad ook nog een andere vorm van naamlening bestaat (naamlening als procederen onder pseudoniem), die eveneens geldig is, dan wel of het Hof enkel geoordeeld heeft dat de door de eiser in cassatie ingeroepen artikelen niet geschonden werden, maar zich voor het overige wenst te houden aan de naamlening in de strikte zin, waarvan expliciet de definitie herhaald wordt.

33. Alleszins staat vast dat naamlening, in de strikte zin of in de ruime zin, enkel geldig is op voorwaarde dat hierdoor de rechten van derden of van de tegenpartij niet worden geschaad, en de wet niet op frauduleuze wijze wordt ontduken⁸⁹.

Bij naamlening (in ruime zin) door de gesubrogeerde verzekeraar bestaat hier doorgaans weinig risico op. Het maakt immers weinig verschil of de gesubrogeerde verzekeraar de procedure zelf voert, in zijn hoedanigheid van gesubrogeerde verzekeraar, dan wel onder de naam van de verzekerde. In beide gevallen stelt de verzekeraar de vordering van de verzekerde in, en kan de aansprakelijke partij zich beroepen op alle excepties en verweermiddelen die daaruit voortvloeien. De verzekeraar bekomt geen voordeel door zich te verbergen achter de naam van zijn verzekerde.

Het wordt enkel anders wanneer de naamlening gebruikt wordt om het feit zelf te verbergen dat er een verzekeraar in het spel is. Wanneer bijvoorbeeld de aansprakelijke partij met de schadelijder overeengekomen was dat in de verzekeringspolis een afstand van verhaal zou worden bedongen, en de naamlening wordt gebruikt om te verbergen dat er een verzekeraar bij betrokken is, om zo te vermijden dat de vraag naar de afstand van verhaal aan de orde zou komen, wordt de aansprakelijke partij wel degelijk in zijn rechten geschaad⁹⁰.

34. Tenslotte blijft de vraag hoe de naamlening bewezen moet worden. Ook hier is het onderscheid tussen naamlening in de strikte zin en naamlening in ruime zin echter van

belang. Naamlening in strikte zin (verborgen lastgeving) is een *overeenkomst* tussen twee partijen. In die optiek is dan ook de rechtspraak begrijpelijk die oordeelt dat naamlening niet vermoed kan worden, maar bewezen moet worden⁹¹.

Naamlening in ruime zin (procederen onder pseudoniem) daarentegen is geen overeenkomst, maar een eenzijdige rechtshandeling van de verzekerde, die aan de verzekeraar toestemming geeft om zijn naam te gebruiken. De oorzaak van deze rechtshandeling ligt in de verzekeringsovereenkomst: de verzekerde geeft toestemming om zijn naam te gebruiken omdat hij een vergoeding ontvangen heeft van zijn verzekeraar. Mogelijk zou zelfs geargumenteed kunnen worden dat de verzekerde, in het kader van zijn verbintenissen onder de polis, *verplicht* is deze toestemming te geven. In die optiek is het helemaal niet vreemd meer om de toestemming tot het gebruik van de naam te vermoeden, en zelfs te oordelen dat een clause van naamlening (in ruime zin) steeds stilzwijgend inbegrepen is bij de wettelijke subrogatie van de verzekeraar⁹².

In een arrest van het hof van beroep te Gent van 12 oktober 1988 werd aldus geoordeeld dat de betaling met subrogatie de verzekeraar toeliet om, op grond van een stilzwijgende conventie van naamlening, het geding ten name van de verzekerde voort te zetten. In cassatie werd hiertegen aangevoerd dat uit de betaling en subrogatie niet afgeleid kon worden dat er een stilzwijgende conventie van naamlening zou bestaan. Het Hof van Cassatie heeft zich hierover kennelijk niet willen uitspreken, en in een zeer ontoegankelijk arrest geoordeeld dat het hof van beroep niet beslist had dat uit de subrogatie een stilzwijgende clause van naamlening afgeleid kon worden, maar enkel beslist had dat (1) de betaling met subrogatie en (2) de stilzwijgende clause van naamlening de verzekeraar de mogelijkheid gaven om het geding onder de naam van de verzekerde verder te zetten⁹³. Op welke wijze het hof van beroep dan wel besloten had tot het bestaan van deze stilzwijgende clause van naamlening, indien niet door en omwille van het feit van de subrogatie, is een raadsel.

De vraag of uit de subrogatie een stilzwijgende/impliciete clause van naamlening afgeleid kan worden, blijft derhalve open. O.i. valt een dergelijke conclusie echter wel te verdedigen.

⁸⁸. Cass. 26 januari 2001, *R.H.A.* 2001, 105.

⁸⁹. Cass. 21 oktober 1948, *R.H.A.* 1949, 5, noot J. VAN DOOSSELAERE; Cass. 25 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 986, *J.L.M.B.* 1994, 218, *P.&B.* 1994, 74, *Pas.* 1993, I, 990, *R.W.* 1994-95, 268 (verkort); Antwerpen 1 februari 1999, *R.H.A.* 1999, (162), 168. K. BROECKX, “Vertegenwoordiging in rechte en naamlening in het geding”, *R.W.* 1994-95, nrs. 24-25, p. 251; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 253, p. 177; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 271, p. 179-180.

⁹⁰. Vgl. P. RUBENS, “Subrogatie in transportverzekeringen. Overzicht van rechtspraak (1975-1999)”, *T.B.H.* 2000, nr. 41, p. 761.

⁹¹. Antwerpen 11 oktober 1989, *R.H.A.* 1990, 188.

⁹². Gent, 19 maart 1998, *E.T.L.* 1998, (419), 422. Vgl. Antwerpen 1 februari 1999, *R.H.A.* 1999, (162), 167. Wanneer de subrogatie van de verzekeraar automatisch een (stilzwijgende) clause van naamlening impliceert, betekent dit dat de derde houder steeds vorderingsgerechtigd blijft, ook al werd hij vergoed door zijn verzekeraar. Dit wordt momenteel in de rechtspraak nog niet steeds aanvaard (*supra*, nr. 7). De verzekeraar verwerft dan immers door zijn betaling (subrogatie) per definitie het recht om de procedure onder de naam van zijn verzekerde in te stellen of verder te zetten. C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, nr. 254, p. 178.

⁹³. Cass. 11 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 486, *Bull.* 1991, 427, *Pas.* 1991, I, 427, *R.H.A.* 1992, 87, *R.W.* 1990-91, 1434.

2.2.6. Overdracht van rechten

35. De houder van het cognossement kan zijn vorderingsrecht tegen de aansprakelijke partij uiteraard overdragen aan een andere partij. Dergelijke cessie dient overeenkomstig de toepasselijke regels ter kennis gebracht te worden van de tegenpartij(en).

In België wordt deze techniek, die in andere landen (Duitsland, Nederland,...) frequent wordt toegepast, niet zo vaak gehanteerd⁹⁴. In de praktijk merkt men soms overigens een zeker wantrouwen tegenover overdrachten van rechten, alsof dit bijna uit zichzelf een aanwijzing zou zijn dat er iets niet in de haak is, en dat de eisende partijen trachten om via kunstgrepen een voordeel te bekomen. Voor een dergelijk wantrouwen bestaat uiteraard geen enkele (juridische) basis⁹⁵.

2.3. Belang

36. Belang, in materieelrechtelijke zin, is nauwelijks een zelfstandige vereiste. Uiteindelijk gaat het hier om de gegrondheid van de vordering: kan de eisende partij vorderen wat zij vraagt?

In dit verband dient herhaald dat het vorderingsrecht van de cognossementhouder een abstract recht is, dat voortvloeit uit zijn loutere hoedanigheid van cognossementhouder⁹⁶. Hij dient niet te bewijzen dat hij de schade in eigen vermogen heeft geleden. In het kader van een cargoclaim bijvoorbeeld, is de vraag enkel of er tijdens het transport schade is ontstaan waarvoor de vervoerder aansprakelijk is, en zo ja, hoe groot deze schade is. De cognossementhouder dient niet te bewijzen dat hij zelf deze schade gedragen heeft, dat hij de werkelijke schadelijder vergoed heeft en conventioneel in diens rechten gesubrogeerd is, of dergelijke.

37. Indien de vordering echter ingesteld wordt door een andere partij dan de cognossementhouder, kan zich wel de vraag stellen of deze andere partij de door haar geclaimde

schade in eigen vermogen heeft geleden, en dus herstel van deze schade kan vorderen.

Een klassiek twistpunt in dit verband is de vraag naar de invloed van de bepalingen van de onderliggende overeenkomst. Stel bijvoorbeeld dat goederen CIF verkocht worden. Het risico gaat dan over op de koper/bestemming op het ogenblik dat de goederen de scheepsreling passeren. Indien de goederen dan tijdens het transport beschadigd worden, is dit in principe voor rekening van de koper, en kan de verkoper/afzender betaling van de koopprijs eisen.

Quid echter wanneer de verkoper/afzender – bijvoorbeeld om commerciële redenen – besluit om dit niet te doen, en het verlies zelf ten laste te nemen? Kan hij dan, als afzender, de zeevervoerder aanspreken en vergoeding van de schade vorderen, of mag de vervoerder hem dan tegenwerpen dat hij zich conform de bepalingen van de koopovereenkomst tegen de koper moet richten, en niet de vervoerder kan aanspreken⁹⁷?

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 14 mei 1981 geoordeeld dat wanneer de afzender vrijwillig de cognossementhouder vergoedt, maar zich niet laat subrogeren in de rechten van deze laatste⁹⁸, hij niet de rechten van de cognossementhouder kan uitoefenen en niet *als cognossementhouder* de averijvordering kan instellen⁹⁹. Hij kan echter wel *als afzender*, op grond en binnen de perken van de bevrachtingsovereenkomst de zeevervoerder aanspreken.

Dan stelt zich het hoger geschetste probleem, m.n. of de zeevervoerder de vordering kan laten afwijzen omdat de afzender niet de remedies aangewend heeft die hem onder de koopovereenkomst ter beschikking stonden.

38. O.i. is het antwoord negatief. De koopovereenkomst tussen de verkoper/afzender en de koper/bestemming is voor de vervoerder een *res inter alios acta*, waarin hij niet kan ingrijpen. De vervoerder kan zich weliswaar beroepen op het bestaan van de overeenkomst en de gevolgen die deze overeenkomst tussen partijen heeft, maar hij kan niet een van de contractpartijen verplichten om bepaalde contractuele remedies aan te wenden of bepaalde vorderingen te stellen

⁹⁴. Zie voor toepassingen Antwerpen 16 oktober 2006, *E.T.L.* 2007, 259 en Antwerpen 19 september 2005, *E.T.L.* 2006, 591.

⁹⁵. Vgl. S. ROLAND, "Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten", in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 467-468.

⁹⁶. *Supra*, nr. 7.

⁹⁷. Zie bv. Gent 9 december 2002, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 02-125, waarin het hof (in een CMR-zaak) oordeelde dat het aan de verkoper/afzender toekwam om zijn koper te verplichten de koopsom te betalen. Nu de verkoper dit niet had gedaan, meende het hof dat de schade niet in oorzakelijk verband stond met de fout van de vervoerder, maar de contractuele wanprestatie van de koper was.

Overigens oordeelt het hof eerst dat er *wel* schade was (niet-betaling van de koopwaar door de koper), om enkele paragrafen later te besluiten dat de afzender *geen* schade had geleden.

Het hof illustreert (wellicht onbedoeld) echter meteen ook de nutteloosheid van een dergelijk verweer, door te bevestigen dat "... *het – op basis van de Incoterm – aan de verkoper toekomt zijn verkoper te verplichten om de koopsom te betalen; de koper dient vervolgens een beroep te doen op de goederenverzekeraar die dan op zijn beurt regres dient uit te oefenen op de volgens hem voor het transport aansprakelijke partij*" (arrest, p. 5 en 6). M.a.w., drie bijkomende stappen om uiteindelijk tot hetzelfde resultaat voor de vervoerder te komen, m.n. dat hij wordt aangesproken wegens transportschade.

⁹⁸. Het gaat dan om een *conventionele* subrogatie, die aan de vereisten van art. 1250, 1° B.W. moet voldoen (uitdrukkelijke overeenkomst, gelijktijdigheid).

⁹⁹. Cass. 14 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1063, *Pas.* 1981, I, 1063, *R.H.A.* 1981-82, 415, *R.W.* 1981-82, 1977.

tegen zijn medecontractant. Dat zou een duidelijke schending zijn van de relativiteit van de overeenkomst. De vervoerder kan overigens ook niet aan de gesubrogeerde verzekeraar tegenwerpen dat hij beschikte over een verweer onder de polis, en dus eigenlijk niet tot uitbetaling had moeten overgaan¹⁰⁰.

Daarenboven dient opgemerkt dat de INCO Terms geen wetgeving zijn, en zeker geen dwingende wetgeving. Deze Terms zijn standaardclausules die de partijen, indien zij dit wensen, in hun contract kunnen opnemen. Dit betekent echter uiteraard ook dat de contractpartijen de oorspronkelijk tussen hen overeengekomen condities later kunnen *wijzigen*, zelfs stilzwijgend. Wanneer dan vastgesteld wordt dat de verkoper, ondanks het feit dat de verkoop onder CIF-condi-

ties werden gesloten, de koopprijs niet vordert van zijn medecontractant, kan dit enkel betekenen dat de partijen hun oorspronkelijke overeenkomst (stilzwijgend) hebben gewijzigd en overeengekomen zijn het risico uiteindelijk toch bij de verkoper te leggen¹⁰¹. Wanneer de partijen bij de koopovereenkomst daarover onderling akkoord zijn, is het uiteraard niet aan de zeevervoerder om dit (stilzwijgende) akkoord in vraag te stellen, laat staan de partijen te *verbieden* om een dergelijk akkoord te sluiten.

Het feit dat een partij, in afwijking van wat oorspronkelijk was overeengekomen, toch besluit om de schade zelf te dragen, kan dan ook geen reden zijn om de vordering van deze partij af te wijzen.

3. BEWIJSRECHT

3.1. Vrij bewijsstelsel

39. In het handelsrecht geldt, anders dan in het burgerlijk recht, een vrij bewijsstelsel. Enerzijds worden de te gebruiken bewijsmiddelen niet gereguleerd (beperkt) door de wet, maar anderzijds hebben de bewijsmiddelen ook geen wettelijk geregelde bewijswaarde¹⁰². Dit betekent concreet dat alle mogelijke stukken en documenten als bewijsmiddel ingeroepen kunnen worden, maar dat de rechter steeds de *bewijswaarde*, d.i. de overtuigingskracht, van het stuk of document zal moeten beoordelen.

40. In dit verband wordt vaak ingeroepen dat bepaalde stukken een partij “niet tegenstelbaar” zijn. In een vrij bewijsstelsel heeft de term “tegenstelbaarheid” echter weinig betekenis. *Elke* verklaring, zelfs als zij louter eenzijdig, *post factum* en “pour les besoins de la cause” opgesteld werd, kan ingeroepen worden als bewijsmiddel en is als zodanig “tegenstelbaar” aan de andere partijen in het geding. De enige vraag is wat de *bewijswaarde* is van een dergelijke verklaring¹⁰³.

3.2. Gerechtsexpertises

41. Gerechtsexpertises hebben, t.o.v. de partijen die erbij betrokken waren¹⁰⁴, een speciale bewijswaarde. Nochtans zijn ook gerechtsexpertises niet definitief bindend, noch voor de partijen, noch voor de rechter. De partijen kunnen in de loop van de procedure nog steeds de conclusies van de gerechtsdeskundige aanvechten¹⁰⁵, en de rechter is niet verplicht om het advies van de gerechtsdeskundige te volgen indien dit hem niet correct lijkt (art. 962 Ger.W.)¹⁰⁶.

Dit betekent overigens ook dat een partij de kritiek, die zij reeds t.o.v. van de gerechtsdeskundige had geformuleerd, nog eens mag herhalen voor de rechter. Het is immers mogelijk dat de rechter de weerlegging door de gerechtsdeskundige niet overtuigend acht, en alsnog de kritiek van deze partij aanvaardt.

42. T.o.v. partijen die niet bij de gerechtsexpertise betrokken waren, heeft het verslag niet de speciale bewijswaarde van een gerechtsdeskundig verslag. Dit betekent echter niet dat het verslag t.o.v. deze andere partijen “niet tegenstelbaar” zou zijn of geen enkele bewijswaarde zou hebben. Het

^{100.} *Supra*, nr. 25.

^{101.} Vgl. Gent, 1 maart 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-22 a: “Uit het feit dat de eerste geïntimeerde in zelfde brief haar verlies berekent op de koopprijs van het herverstuurde materieel en op de verkoopprijs van het niet meer voorradige materieel, blijkt dat het de eerste geïntimeerde-verkoper is die het verlies ten laste nam, zodat te dezen mag aangenomen worden dat de partijen bij de verkoopovereenkomst toch niet waren overeengekomen de risico's verbonden aan het vervoer ten laste van de koper te leggen, maar wel ten laste van de verkoper.” In casu betrof het een CIF-verkoop.

^{102.} L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 179, p. 217-218; F. STEVENS, *Vervoer onder cognossement*, Gent, Larcier, 2001, nrs. 373-375, p. 216-219.

^{103.} M.E. STORME, noot onder Rb. Brugge 6 september 1989, R.W. 1990-91, 650: “Een bewijsmiddel dat door de partijen aan de rechter wordt voorgelegd, dient dus niet op zijn toelaatbaarheid, maar op zijn bewijswaarde te worden getoetst.”

^{104.} Art. 981 Ger.W., zoals vervangen door de wet van 15 mei 2007, bevat thans een regeling over de “tegenwerpbaarheid” van een deskundigenonderzoek aan partijen die op een later tijdstip tussengekomen in dit deskundigenonderzoek. Over de vraag naar de waarde van een deskundigenonderzoek t.o.v. partijen die op geen enkel tijdstip zijn tussengekomen in het onderzoek, zie nr. 42.

^{105.} Antwerpen (4^e kamer) 17 december 2007, *onuitg.*, 1999/AR/1228 en 2002/AR/861: “De gedingvoerende partijen behouden het recht om al hun bezwaren tegen het verslag [van de gerechtsdeskundige] aan de beoordeling van de rechter voor te leggen, die de punten van kritiek dient te onderzoeken en te beantwoorden, indien geen afdoende antwoord op deze punten van kritiek in het deskundigenverslag gegeven wordt.”

^{106.} Zie voor een toepassing: Kh. Antwerpen 12 mei 2004, *R.H.A.* 2005, 247.

Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 22 december 1983 bevestigd dat een gerechtsdeskundig verslag t.o.v. partijen die niet bij de gerechtsexpertise betrokken waren, door de rechter als een vermoeden kan worden beschouwd, en als zodanig als bewijsmiddel in aanmerking kan worden genomen¹⁰⁷.

De gerechtsdeskundige is immers, per definitie, een neutrale deskundige, die niet optreedt voor een van de betrokken partijen, en die zijn vaststellingen en onderzoek verricht in de kritische aanwezigheid van de partijen die bij de gerechtsexpertise betrokken zijn.

Het feit dat een niet-betrokken partij niet bij de expertiseverrichtingen aanwezig was en niet haar opmerkingen heeft kunnen laten gelden in de loop van de expertiseverrichtingen betekent niet dat de rechten van verdediging van deze niet-betrokken partij dermate geschonden zouden zijn, dat met het verslag van de gerechtsdeskundige geen rekening gehouden zou kunnen worden. De niet-betrokken partij kan immers elke kritiek die zij op het gerechtsdeskundig verslag wil uitoefenen, nog steeds formuleren voor de rechter ten gronde, die hierop zal moeten antwoorden.

3.3. Eenzijdige expertises

43. Eenzijdige expertises, uitgevoerd op initiatief van een van de betrokken partijen zonder dat de andere partijen daarvan op de hoogte zijn of daarbij betrokken zijn, geven in de rechtspraak regelmatig aanleiding tot betwistingen.

Daarbij wordt dan dikwijls ingeroepen dat dergelijke eenzijdige expertises “niet tegenstelbaar” zouden zijn. Hoger werd reeds aangegeven dat dit een onjuist argument is. In een vrij bewijsstelsel lijdt het geen twijfel dat ook een louter eenzijdige expertise ingeroepen kan worden als bewijsmiddel. De enige vraag is wat de *bewijswaarde* is van een dergelijk eenzijdig expertiseverslag.

44. In dit verband wordt wel eens (impliciet) aangevoerd dat aan een eenzijdig expertiseverslag geen bewijswaarde kan worden toegekend, omdat een dergelijk verslag de rechten van verdediging van de andere partijen schendt.

Hier dient echter een onderscheid gemaakt te worden. Een deskundig verslag bevat enerzijds de vaststellingen van de expert, en anderzijds zijn redeneringen en conclusies vertrekkende van deze vaststellingen.

45. Voor wat betreft de redeneringen en conclusies stelt zich in feite geen probleem inzake rechten van verdediging. De (wetenschappelijk onderbouwde) redeneringen van de privé-expert kunnen immers probleemloos aangevochten worden voor de rechter, die de kritiek van de andere partijen zal beoordelen en desgevallend de redeneringen en/of conclusies van de expert kan verwerpen¹⁰⁸. Dit veronderstelt echter wel dat de andere partijen *inhoudelijke* kritiek leveren op het verslag. Wanneer bijvoorbeeld een privé-expert uit het feit dat laswerken werden uitgevoerd aan dek afleidt dat lasdruppels met een temperatuur van $\pm 1200^\circ\text{C}$ in het ruim gevallen zijn, dat deze lasdruppels tijdens hun val nauwelijks afkoelen, en dat de temperatuur van deze druppels ruim volstond om de verpakkingen in het ruim, met een ontstekingstemperatuur rond 200°C à 400°C , te doen ontvlammen, dan gaat het om elementen die objectief gecontroleerd kunnen worden (bv. in technische literatuur) en die niet veranderen omdat zij niet tegensprekelijk werden vastgesteld. De temperatuur van druppels gesmolten staal is niet plots geen 1200°C meer omdat de andere partijen niet betrokken waren bij de opstelling van het expertiseverslag. Anderzijds, wanneer zou blijken dat de expert zich vergist heeft en dat de lasdruppels tijdens hun val in het ruim *wel* snel afkoelen, kan dit perfect aangevoerd worden in de procedure, en zal de rechter daaruit de nodige conclusies trekken.

Dit impliceert echter dat een partij er zich alleszins niet toe kan beperken eenvoudigweg aan te voeren dat een eenzijdig expertiseverslag haar “niet tegenstelbaar” is. Zij dient inhoudelijk aan te geven waar en waarom de expert zich vergist heeft in zijn redeneringen en/of conclusies¹⁰⁹.

46. Met betrekking tot de vaststellingen van de expert daarentegen kan er zich wel een probleem stellen met de rechten van verdediging. Wanneer de expert bijvoorbeeld vaststelt, zonder aanwezigheid van een tegenexpert of partijen met tegengestelde belangen, dat de verpakking kletsnat was, dan bestaat daarvoor enkel zijn woord. De andere par-

¹⁰⁷. Cass. 22 december 1983, R.W. 1984-85, 903. In dezelfde zin: Kh. Antwerpen 30 januari 2002, R.H.A. 2004, (31), 53.

¹⁰⁸. Cass. 11 december 1997, C.960374.N, *www.cass.be*, Arr. Cass. 1997, 1348, Bull. 1997, 1422, P.&B. 1998, 228, Pas. 1997, I, 1422: “Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de partijen tegenspraak hebben gevoerd over de waarde van de vaststellingen van de deskundige. Dat het niet-contradictoire karakter van een deskundigenonderzoek dat door de partijen voor de rechter kon worden tegengesproken en waaraan de rechter slechts de waarde van een inlichting hecht, het recht van verdediging van eiser niet heeft kunnen schenden.”; Kh. Antwerpen 22 april 2002, *Transportrechtspr. BVZ*, nr. 02-49 c-d: “Dat dit recht van verdediging evenwel gevrijwaard wordt door de tegenspraak, die voor de rechter gevoerd kan worden”. Vgl. Rb. Brugge 6 september 1989, R.W. 1990-91, 650. M.E. STORME, noot onder Rb. Brugge 6 september 1989, R.W. 1990-91, nr. 2, p. 651: “In ieder geval brengt de schending van het recht van verdediging tijdens de procedure van een deskundigenonderzoek nog geen nietigheid van dit onderzoek of ‘ontoelaatbaarheid’ (uit de debatten weren) van het verslag mee. Dit is slechts het geval met het verslag dat na neerlegging niet aan tegenspraak is onderworpen”. Vgl. B. VANLERBERGHE, “De wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek”, R.W. 2007-08, nrs. 47-49, p. 605-606.

¹⁰⁹. Kh. Antwerpen (12^e kamer) 19 maart 2008, *onuitg.*, AR 03/755: “Servinave vergenoegt zich er aldus mee te stellen dat haar rechten van verdediging werden geschonden doordat zij niet werd uitgenodigd op de expertiseverrichtingen, doch anderzijds laat zij thans na aangaande de oorzaak van de schade een argumentatie te ontwikkelen die de bevindingen van de deskundige ontkracht.”

tijen kunnen later niet meer nagaan of de verpakking toen inderdaad kletsnat was.

Hier kan zich dus inderdaad een probleem stellen, wanneer een bepaald feit (bv. de natte toestand van de verpakking) enkel blijkt uit een eenzijdige verklaring van (de aangestelde van) een betrokken partij, die door de andere partijen niet geverifieerd kan worden¹¹⁰.

Het probleem hoeft zich echter niet altijd zo acuut te stellen. Het is immers best mogelijk dat de eenzijdige vaststellingen van de expert bevestigd worden door andere elementen, zoals bijvoorbeeld het protest van de ladingbelanghebbenden waarin sprake is van natschade aan de verpakking, foto's¹¹¹, e.d.m.

3.4. Schadeomvang

47. Ten slotte dient opgemerkt dat een vordering niet afgewezen mag worden omdat de eisende partij de schadeomvang niet bewijst. Wanneer de rechter vaststelt dat er schade is, moet hij *verplicht* een vergoeding toekennen, ook al kan de eisende partij de exacte schadeomvang niet aantonen¹¹². Indien de eiser de omvang van zijn schade niet bewijst, moet de rechter in eerste instantie trachten een methode te vinden om tot een beredeneerde schadebegroting (desnoods bij benadering) te komen, en wanneer dit niet mogelijk blijkt, dient een *ex aequo et bono* begrote vergoeding toegekend te worden¹¹³.

¹¹⁰. Antwerpen 22 december 2003, *Transportrechtspr.* BVZ, nr. 122: "Dit [vaststellingen expert] is mogelijk juist, maar staat in schril contrast met het feit dat de tegenpartij niet bij machte was de desbetreffende documenten – waarop de bevindingen van ITS teruggaan – te verifiëren (...). De mogelijkheid van verificatie van vitale informatie is een noodzakelijke voorwaarde wil men de vaststellingen in een expertiserapport als voldoende bewijskrachtig aanzien."

¹¹¹. Foto's zijn op zich ook geen onomstotelijk bewijs. Digitale fotografie en de huidige fotobewerkingsprogramma's laten toe om foto's compleet te vervalsen. Op dat ogenblik valt men echter terug op de basisvraag naar de bewijswaarde, die vrij door de rechter beoordeeld wordt: meent de rechter dat er, alle omstandigheden in acht genomen, een mogelijkheid is dat de foto's vervalst zijn en dus niet de werkelijkheid weergeven?

¹¹². J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, nrs. 77-78, p. 65-66; D. SIMOENS, "Buitencontractuele aansprakelijkheid. Deel II. Schade en schadeloosstelling", in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Gent, E.Story-Scientia, 1999, nr. 24 *in fine*, p. 50.

¹¹³. In die zin: Kh. Antwerpen 24 juni 1998, *R.H.A.* 1998, (152), 176.