

Mr. S. Geense*

De 'merchant-clausule'

1. INLEIDING

Cognossementclausules bevatten regelmatig een definitie van het begrip 'merchant'.¹ Lezing van deze zogenaamde 'merchant-clausules'² leert dat de term 'merchant' als overkoepelend begrip wordt gehanteerd om een hele reeks van partijen, die enig belang bij (het vervoer van) de goederen hebben, aan te merken. Zo worden niet alleen de afzender, de geadresseerde, de cognossementhouder en de ladingeigenaar, maar veelal ook hulppersonen en soms zelfs partijen met enkel een toekomstig belang in de goederen als 'merchant' aangemerkt.

Wanneer de 'merchant-clausule' in samenhang met de overige clausules van het cognossement wordt gelezen blijkt dat alle als 'merchant' gedefinieerde partijen onder meer hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor de betaling van alle met het vervoer samenhangende kosten en in dienen te staan voor de in het cognossement opgenomen verplichtingen.³

Hieruit volgt dat een bank die het cognossement onder zich houdt (als cognossementhouder) of een expediteur die 'in naam van' de afzender de vervoerovereenkomst sluit (als hulppersoon) beide onder de definitie van 'merchant' kunnen worden gebracht en derhalve gehouden zullen zijn de vracht en alle overige met betrekking tot het vervoer ontstane kosten te voldoen.

Afgevraagd kan worden in hoeverre de 'merchant-clausule' slaagt in haar opzet. De strekking van de clausule lijkt immers op gespannen voet te staan met het internationaal aanvaarde principe dat een overeenkomst slechts de partijen bij deze overeenkomst bindt.⁴ Hiermee rijst de vraag hoe de kennelijk beoogde binding van de derden aan de vervoerovereenkomst onder cognossement tot stand komt.

Aan de hand van een rechtsvergelijkend onderzoek zal in deze bijdrage de werking van de 'merchant-clausule' worden nagegaan. Voor een beter begrip ten aanzien van de 'merchant-clausule' zullen in het navolgende allereerst de diverse varianten van de clausule (par. 2), de ontstaansgeschiedenis (par. 3) en de ratio achter de 'merchant-clausule' worden behandeld (par. 4).

2. VARIANTEN VAN DE 'MERCHANT-CLAUSULE'

Er bestaat noch een eenvormige definitie van 'merchant', noch een standaard-'merchant-clausule'.⁵ Zo varieert onder meer de reikwijdte van de definitie en afhankelijk van het gehanteerde cognossement zullen er meer of minder partijen als 'merchant' worden aangemerkt.⁶ Daarnaast zijn er vier hoofdvarianten van de 'merchant-clausule' te onderscheiden: (1) de *eenvoudige 'merchant-clausule'*, (2) de *ruime 'merchant-clausule'*, (3) de *hoofdelijkheidsclausule* en tot slot (4) de *'Shipper'- en/of 'Consignee'-clausule*.

* Mr. S. Geense is als promovendus verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Dit artikel is een bewerking van de afstudeerscriptie van de auteur, geschreven en mede tot stand gekomen onder de begeleiding van prof. F.G.M. Smeele.

1. Voor dit onderzoek zijn 51 'moderne' cognossementen onderzocht waarbij aansluiting is gezocht bij de door Alphaliner gepubliceerde lijst met de 100 grootste lijnvaartondernemingen, zie <www.alphaliner.com> (alle cognossementen zijn beschikbaar op de websites van de lijnvaartondernemingen, te raadplegen via o.a. <www.shippingline.org>. 49 lijnvaartondernemingen uit de door Alphaliner gepubliceerde top 100 hebben hun cognossementvoorwaarden niet online gepubliceerd en zijn derhalve niet in het onderzoek meegenomen).
2. Aldus H. Boonk, *Zeevervoer onder cognossement*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 260; R. Herber, *Seehandelsrecht – Systematische Darstellung*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1999, p. 266. Tetley spreekt over de 'definition of merchant clause', zie W. Tetley, *Marine cargo claims*, Montreal: Les Editions Yvon Blais Inc. 2008, p. 503; tot slot omschrijft Ramming de clausule als de 'Mithaftungsklausel', zie K. Ramming, 'Die Mithaftungsklausel und die Haftung der Ladungsbeteiligten für die Fracht', *VersR* 1994, p. 522.
3. Bijv. *APL B/L* clausule 1 bepaalt dat de 'merchant' vracht verschuldigd is; clausule 13: 'merchant' dient in te staan voor de juistheid van de opgaven en de vervoerder schadeloos te stellen voor de schade ontstaan ten gevolge van de onjuistheid van de gedane opgaven. Zie <www.apl.com/help_center/html/bl_terms.html>.
4. Zie C.E. du Perron, 'Contracts and Third Parties', in: *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 314 e.v.
5. Slechts 12 op 51 onderzochte cognossementen hanteren dezelfde 'merchant'-definitie, te weten: *CMA-CGM; CSAV; Dal; Delphis; Evergreen Line; MACS; Maersk; Mitsui OSK; NYK; Samskip; UASC; Unifeeder* en *Yang Ming*.
6. Het aantal partijen dat onder de definitie van 'merchant' wordt gebracht varieert van 2 tot aan 11 partijen. In totaal zijn er 20 verschillende partijen die als 'merchant' aangemerkt worden; *shipper, previous holder, holder, future holder, endorsee, future endorsee, receiver, consignee, consignor, owner of the goods, party entitled to the possession of the goods, party entitled to claiming the goods, party with a present or future interest in the goods, party entitled to the possession of the bill of lading, any person acting on behalf, agents, servants, forwarder, notify party*, en de *assignee*. De definitie wordt veelvuldig verder opgerekt doordat het cognossement aanvullende definities bevat van bijv. de 'Shipper', de 'holder' en/of de 'consignee'.

Het merendeel der cognossemten bevat de eenvoudige variant van de 'merchant-clausule'.⁷ Deze variant geeft enkel een opsomming van de als 'merchant' aangemerkte partijen. Een voorbeeld kan worden ontleend aan het cognossement van *Maersk Line*:

Maersk Bill of Lading:

'1. Definitions

...

"Merchant" includes the Shipper, Holder, Consignee, Receiver of the Goods, any Person owning or entitled to the possession of the Goods or of this bill of lading and anyone acting on behalf of such.'

Sommige cognossemten hanteren een ruime 'merchant-clausule'.⁸ Deze tweede variant geeft niet alleen een definitie, maar brengt ook over en weer hoofdelijke aansprakelijkheid mee voor de als 'merchant' omschreven partijen aanzien van ieders kosten en verplichtingen volgens het cognossement. De ruime variant is onder meer opgenomen in het cognossement van *Hamburg Süd*:

Hamburg Süd Bill of Lading:

'1. Definitions

...

e) "Merchant" means the shipper, consignee, receiver, holder of this Bill of Lading, owner of the Cargo or person entitled to the possession of the cargo and the servants and agents of any of these, all of whom shall be jointly and severally liable to the carrier for the payment of all charges, and for the performance of the obligations of any of them under this Bill of Lading.'

Clausules behorend tot de derde variant bevatten in het geheel geen definitie, maar geven simpelweg een opsomming van de diverse partijen en leggen deze vervolgens een hoofdelijke aansprakelijkheid op ten aanzien van alle

in het cognossement opgenomen plichten en aansprakelijkheden.⁹

Tot slot kan er een vierde hoofdvariant worden onderscheiden. In plaats van een ruime definitie van het begrip 'merchant' bevatten deze clausules ruime definities van de begrippen 'Shipper' en/of 'Consignee'.¹⁰

3. ONTSTAANSGESCHIEDENIS VAN DE 'MERCHANT-CLAUSULE'

*BIMCO*¹¹ heeft de figuur van de 'merchant' voor het eerst opgevoerd in de *Conlinebill 1949*.¹² De *Conlinebill* is al voor de Tweede Wereldoorlog ontstaan uit de behoefte aan een met de Hague Rules overeenstemmend standaardcognossement dat zowel kort en bondig als helder en duidelijk zou zijn.¹³ De destijds in omloop zijnde cognossemten werden afgedaan als te lang, onduidelijk en onoverzichtelijk.¹⁴ Ter vereenvoudiging en verduidelijking werd daarom in de *Conlinebill 1949* voortaan één term gebruikt waarmee de ladingbelanghebbende¹⁵ in al zijn hoedanigheden, zoals die van afzender, ontvanger, eigenaar, cognossementhouder en geadresseerde, zou worden aangeduid.¹⁶

Hoewel de *Conlinebill 1949* als eerste een 'merchant'-definitie bevatte, werd dit begrip al eerder gebruikt in cognossemten o.m. in bedingen over deklading ('at merchant's risk'),¹⁷ gevaarlijke lading, informatieverplichting omtrent lading en doorvervoer.¹⁸ Anders dan de *Conlinebill* bevatten deze voorlopers echter geen definitie waaruit bleek welke partij of partijen, als 'merchant', gehouden zouden zijn deze kosten en/of risico's op zich te nemen.

Evenmin was de *Conlinebill 1949* het eerste cognossement dat een definitie hanteerde om meerdere partijen aan te merken en aan de in het cognossement opgenomen voorwaarden te onderwerpen.¹⁹ Wel maakte de *Conlinebill 1949* als eerste duidelijk wie onder 'merchant' verstaan

7. Deze eenvoudige variant werd in 43 van de 51 onderzochte cognossemten gehanteerd.

8. Slechts 3 op 51 onderzochte cognossemten hanteren een dergelijke ruime 'merchant-clausule', nl. cl. 1(e) *Hamburg Süd*; cl. 1 *APL* en cl. 1(g) *Seaboard Marine*.

9. Aangezien de term 'merchant' in deze clausules niet wordt gehanteerd zijn het strikt genomen geen 'merchant-clausules'. De strekking en het doel van deze variant komt echter dusdanig overeen met de varianten één en twee dat ook deze varianten in het vervolg van deze bijdrage als 'merchant-clausule' worden aangemerkt. Zie bijv. het cognossement van *Blackhawk Shipping*, <www.blackhawkshipping.com/Terms.htm>.

10. Zie bijv. de cognossementclausules van *Bowhead Transport*, <www.bowhead.com/billoflading.pdf>, en *Matson*, <www.matson.com/vcsc/bldocs/blterms.pdf>.

11. The Baltic and International Maritime Conference, <www.bimco.org>.

12. Zie *BIMCO's Monthly Circular 1949*, p. 3638-3640; J. Lebuhn, 'Neues Liner Bill of Lading', *Hansa 1949*, p. 670.

13. Zie *BIMCO's Monthly Circular 1949*, p. 3638.

14. Zo vergelijkt Abramson het lezen en het gebruik van destijds in omloop zijnde cognossemten met een spelletje waarin het vinden van de geheime clausule centraal stond ('a game of find the secret clause'). Zie S.A. Abramson, 'Justifiable expectations in the Construction of ocean bills of lading', *BLR 1970*, p. 450-463.

15. Door *BIMCO* aangeduid als de 'Customer'. Zie *BIMCO's Monthly Circular 1949*, p. 3638.

16. Zie *BIMCO's Monthly Circular 1949*, p. 3638.

17. Zie voor deklading: H.F.A. Völlmar, *Léon's Rechtspraak, Wetboek van Koophandel – rechtspraak, literatuur en korte aantekeningen – Deel II, Aflevering 4*, 's-Gravenhage: Belinfante 1937, p. 234-235, p. 331. Zie voor de clausules t.a.v. gehele vervoer: R. Alderson Wright, *Carver's carriage by Sea*, Londen: Stevens and Sons 1909, p. 141.

18. Zie bijv. het cognossement van de *Deutsch-Australische Dampfschiffs-Gesellschaft* als bijlage opgenomen in W.M. Kolff, *Vervoer op doorcognossement* (diss. Leiden), Leiden: H. Kleyn 1903, bijlage I.

19. Deze techniek wordt al gehanteerd in de *North-Atlantic Uniform Bill of Lading 1937*, die model heeft gestaan voor de *Warshipplading 7/1/42*. Zie hierover: A.W. Knauth, *The American Law of Ocean Bills of Lading*, Baltimore: AMC 1953, p. 93-109. Beide cognossemten bevatten een clausule waarin een aantal begrippen nader gedefinieerd werden. Zo diende onder 'Shipper' te worden verstaan die partij die als zodanig in het cognossement werd vermeld maar ook de partij voor wiens rekening de goederen werden vervoerd. Onder 'Consignee' dienden de houder van het cognossement, de ontvanger en de eigenaar van de goederen te worden verstaan.

diende te worden en wel zonder daarbij nog te onderscheiden tussen ladingbelanghebbenden bij het opleggen van de diverse plichten en aansprakelijkheden.

4. RATIO VAN DE 'MERCHANT-CLAUSULE'

De 'merchant-clausule' komt derhalve al ruim zestig jaar voor in gangbare cognossementclausules. Hoewel *BIMCO*'s toelichting slechts een streven naar eenvoud en duidelijkheid aanvoert als leidende gedachte voor opnemings van de 'merchant-clausule', lijkt dit toch niet de enige of voornaamste reden te zijn waarom vervoerders graag gebruik maken van de 'merchant-clausule'. Voor hen biedt de clausule met name zekerheid en uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden.

Bij de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst kan een zeevervoerder immers geconfronteerd worden met een veelvoud aan partijen en veelal complexe verhoudingen.²⁰ Hierdoor kan onzekerheid ontstaan omtrent de identiteit van de partijen bij, en dus ook de schuldenaren uit, de vervoerovereenkomst.²¹ Daarnaast vormt iedere partij (ladingbelanghebbende) een mogelijke schuldeiser, die op basis van de overeenkomst dan wel buiten overeenkomst een vordering in kan stellen (tot aflevering van de goederen dan wel schadevergoeding) tegen de vervoerder.

Het voornaamste doel van de 'merchant-clausule' lijkt te zijn om een einde aan deze onzekerheid te maken door zo veel mogelijk ladingbelanghebbenden aan de cognossementvoorwaarden te onderwerpen.²² Hiermee zal de kans dat een vervoerder de verkeerde partij aanspreekt en derhalve onbetaald blijft voor openstaande kosten dan wel eventuele schade worden verkleind. Alle als 'merchant' aangeduide partijen worden immers tot hoofdelijke schuldenaar voor de in het cognossement opgenomen plichten en aansprakelijkheden gemaakt.²³ Hiermee verkrijgt de vervoerder meer debiteuren voor dezelfde schuld, waarmee tevens het risico van het onvermogen van een der debiteuren bij de andere debiteuren komt te liggen.²⁴

Daarnaast moet de clausule bescherming bieden tegen aanvallen van ladingbelanghebbenden, die buiten de overeenkomst om proberen de vervoerder aan te spreken ofwel omdat ze geen partij bij de vervoerovereenkomst zijn dan wel bewust de overeenkomst proberen te omzeilen.²⁵

Hoe de kennelijk beoogde binding van de ladingbelanghebbenden tot stand dient te komen (par. 5) en welke bezwaren dit met zich meebrengt (par. 6) zal in de hierop volgende paragrafen uiteengezet worden.

5. WIJZE VAN BINDING AAN DE 'MERCHANT-CLAUSULE'

De 'merchant-clausule' hanteert een flexibele methode om de diverse ladingbelanghebbenden aan te wijzen en benoemt slechts de rol of functie van de partijen die aan het cognossement gebonden worden geacht. De precieze identiteit van deze partijen hoeft niet vast te staan en zal veelal niet vaststaan op het moment van uitgifte van het cognossement. Al zal het cognossement mogelijk zelf een aantal 'merchants' nader identificeren. Immers zal op de voorzijde van het cognossement de naam van de 'Shipper' zijn ingevuld en daarnaast eventueel de naam van de 'Consignee'.²⁶ Voor de overige partijen geldt dat hun identiteit afhangt van de omstandigheden van het geval en het moment waarop er een beroep op de 'merchant-clausule' wordt gedaan.²⁷

De wijze en het moment waarop de ladingbelanghebbenden aan het cognossement gebonden worden geacht wordt door een aantal cognossementen nader verklaard met behulp van een of meer aanvullende clausules. Een voorbeeld is de zogenaamde 'accepting-clausule' die als volgt leest:

'In accepting this Bill of Lading the Merchant expressly accepts and agrees to all its terms and conditions whether printed, stamped or written, or otherwise incorporated on this side and on the reverse of this Bill of Lading and

20. Te denken valt o.a. aan (ontvangst)expediteurs die 'in eigen naam' dan wel 'in naam van' handelen, partijen die als 'Shipper' op het cognossement worden vermeld maar niet de daadwerkelijke opdrachtgever tot vervoer zijn, FOB-verkopers die aanwijzingen geven of afgifte van het cognossement verlangen, banken die als 'Consignee' vermeld worden, pandhouders of toevoegingen als 'as agents only' of 'for and on behalf of' op het cognossement of andersoortige documentatie.

21. Zie voor voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak: Rb. Arnhem 8 september 2010, *LJN* BN8498; Hof 's-Gravenhage 17 december 1991, *S&S* 1992, 131 (*Golden Med*); Hof 's-Gravenhage 14 december 1962, *S&S* 1963, 57 (*ZPC/Hudig & Veder*).

22. Naast de afzender en de ontvanger van de goederen worden immers ook de ingeschakelde hulppersonen, (tussentijdse) houders van het cognossement, FOB-verkopers en eigenaren van de lading aan de cognossementvoorwaarden onderworpen. De Nederlandse wetgever heeft ten aanzien van de onzekerheid die kan bestaan omtrent de identiteit van de vervoerder onder cognossement eenzelfde oplossing dan wel bescherming aan de ladingbelanghebbenden willen geven met art. 8:461 BW.

23. De cognossementvoorwaarden spreken immers over 'jointly and severally' bij het opleggen van de plichten en aansprakelijkheden aan de 'merchant'. Zie bijv. clause 1(e) van de *Hamburg Süd B/L*, <www.hamburgsud-line.com/hsdg/en/hsdg/terms-of-use.jsp>.

24. Aldus A-G Berger in zijn conclusie onder HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 327 (*Agatha*).

25. Aldus Tetley a.w. 2008, p. 503; J. De May, Jr., 'case note', *JMLC* 1993, p. 239. Het Nederlandse recht biedt de vervoerder reeds een dergelijke bescherming in art. 8:361-366 BW.

26. De als 'Shipper' aangeduide partij kan uiteraard een ander zijn dan de juridische afzender. Ook kan de expediteur die in naam van zijn principaal de overeenkomst sluit zichzelf als 'Shipper' laten vermelden eventueel met de toevoeging 'as agents'. Of in dit geval beide partijen gebonden zijn aan het cognossement en de 'merchant-clausule' zal in par. 7 worden besproken.

27. Het cognossement zal van hand tot hand kunnen gaan waardoor de identiteit van de houder ('Holder') wijzigt. Hetzelfde geldt onder meer voor de eigenaar van de goederen ('Owner of the Goods') en de partij die recht heeft op de goederen ('Party entitled to the possession of the goods').

the terms and conditions of the carrier's applicable tariff as if they were all signed by the Merchant'.²⁸

Blijkens bovenstaande clausule behelst het cognossement een aanbod van een overeenkomst, of beter gezegd een aanbod tot een hoofdelijke aansprakelijkheid, welke is weergegeven in datzelfde document en dat door de vervoerder als aanvaard wordt beschouwd indien de 'merchant' het cognossement aanvaardt (*accepts*).²⁹ In aanvulling hierop wordt door een aantal cognossementen nader bepaald welke gedragingen in ieder geval als aanvaarding van het cognossement worden beschouwd. Zo worden het enkele aannemen van het cognossement, het presenteren van het cognossement ter fine van aflevering, het aanleveren van de goederen, het endosseren van het cognossement en het enkele overdragen van het cognossement beschouwd als aanvaarding van het cognossement.³⁰ Daarnaast zijn er cognossementen die het moment van aanvaarding eerder in de tijd plaatsen en wel ten tijde van aanvaarding van het cognossement door de afzender. De afzender wordt dan ook als vertegenwoordiger van de overige 'merchants' beschouwd en aanvaardt de cognossementvoorwaarden mede namens hen.³¹ Een clausule met een dergelijke strekking kan worden ontleend aan de cognossementvoorwaarden van vervoerder ANL:³²

'2. (CONTRACTING PARTIES)

In agreeing to and accepting the terms of this Bill of Lading the Shipper acts for himself and on behalf of each Merchant. The Shipper Warrants to the Carrier that he is entitled and is duly authorised by every other person who owns or is entitled to possession of the Goods or this Bill of Lading to agree to and accept this Bill of Lading and to deliver the Goods to the Carrier on the terms hereof.³³

6. BEZWAREN TEGEN DE 'MERCHANT-CLAUSULE'

Tegen de strekking van de 'merchant-clausule' kunnen een aantal bezwaren worden aangevoerd. Wanneer aanvaard wordt dat de afzender als vertegenwoordiger van de overige 'merchants' handelt, zal dit met zich mee

kunnen brengen dat een ruime kring van partijen gebonden is aan het cognossement zonder dat ze hier weet van hebben, laat staan van de exacte inhoud van het cognossement en de omvang van hun aansprakelijkheid. Zelfs wanneer partijen dit in later stadium alsnog ontdekken, bijvoorbeeld wanneer ze het cognossement onder ogen krijgen, is het in ieder geval te laat om nog enige invloed uit te oefenen op het handelen van de afzender of enig ander handelen gelegen voor het moment van ontdekking. Hiermee is hun ook de mogelijkheid ontnomen om vooraf maatregelen te treffen of het risico af te dekken door een gepaste verzekering af te sluiten of zelf hun overeenkomsten aan te passen.

Het bovenstaande geldt uiteraard ook wanneer de afzender niet als vertegenwoordiger kan worden beschouwd en de partijen slechts gebonden geraken doordat zij zelf het cognossement en het hierin belichaamde aanbod hebben aanvaard. Uit het cognossement blijkt weliswaar dat er een hoofdelijke aansprakelijkheid geldt, maar het cognossement zal niet vermelden of er daadwerkelijk iets verschuldigd is en wat de precieze omvang van de aansprakelijkheid is. Het aanvaarden van een cognossement wordt hiermee een riskante zaak. Een (CIF-)koper zal doorgaans echter geen keuze hebben daar hij onder de koopovereenkomst verplicht is de goederen in ontvangst te nemen. Hiertoe zal hij wel het cognossement aan de vervoerder moeten presenteren, met alle mogelijke gevolgen van dien.³⁴ Het cognossement verwordt hiermee van de 'sleutel van het pakhuis'³⁵ tot de 'sleutel van de doos van Pandora'.³⁶

In de volgende paragraaf zal nader uiteengezet worden hoe er in de rechtspraak met de 'merchant-clausule' wordt omgesprongen (par. 7). De nadruk zal hierbij liggen op de vragen: (1) welke partijen zijn op welk moment gebonden aan het cognossement en de 'merchant-clausule'; (2) welke gevolgen brengt de binding aan het cognossement en de 'merchant-clausule' voor deze partijen met zich mee?

28. Deze clausule is opgenomen in het cognossement van *Tarros S.p.A.*, <www.tarros.it/tarros9_1_e.htm>. Van de 51 onderzochte cognossementen bevatten 20 cognossementen een dergelijke clausule. Aangezien de clausule veelal op de voorzijde van het cognossement is opgenomen en deze veelal niet online beschikbaar is, is het niet uitgesloten dat meer cognossementen een dergelijke clausule bevatten.

29. In Nederlandstalige cognossementen wordt overigens gesproken over 'aanneming' in plaats van 'accepting', zie o.a.: *Stoomvaart-Maatschappij Nederland's cognossement*, opgenomen als bijlage in W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1912; zie tevens Hof 's-Gravenhage 27 juni 1975, *S&S* 1976, 3 (*Velswijk*) waarin een dergelijke clausule centraal stond en aanneming van het cognossement voldoende werd geacht om toe te treden tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement. Meer hierover in par. 7.

30. Zie de cognossementen van ANL, OOCL en *Tarros*, welke het aannemen en/of presenteren van het cognossement als aanvaarding van het cognossement beschouwen. De overige mogelijkheden zijn alleen in het cognossement van *Tarros* opgenomen.

31. In hoeverre een dergelijke werking strookt met de vertegenwoordigingsprincipes zal in par. 7 worden besproken.

32. Geraadpleegd op <www.anl.com.au>.

33. Cursivering door auteur (SG).

34. Zie voor het presentatievereiste naar Engels recht: *Barclays Bank Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise* [1963] 1 *Lloyd's Rep.* 81; *Hai Tong Bank v. Rambler Cycle Co.* [1959] A.C. 576. Voor het Amerikaanse recht zie: *Pomerene Act 1994* 49 U.S.C. 80110(b). Voor het Nederlandse recht volgt de eis uit art. 8:441 BW jo. 8:481 BW; zie echter ook: Hof 's-Gravenhage 21 december 1999, *S&S* 2000, 108 (*Oasis*) waarin het hof stelt dat presentatie geen vereiste is voor een geldige aflevering in de zin van art. 8:441 BW. Naar Duits recht volgt het presentatievereiste uit § 648 jo. § 653 HGB.

35. Deze inmiddels fameuze vergelijking is afkomstig van Bowen L.J. in *Sanders Brothers v. Maclean & Co.* (1883) L.R. 11 Q.B.D. 327.

36. Afkomstig uit de Griekse mythologie. Pandora opende de van Zeus afkomstige doos waardoor alle hierin opgesloten ongelukken van de wereld vrijkwamen. Hiermee was aan het kommerloze leven van alle mensen op aarde een einde gekomen.

7. DE 'MERCHANT-CLAUSULE' EN DE RECHTSPRAAK

7.1. De 'merchant-clausule' en de afzender

Naar algemeen wordt aangenomen belichaamt het cognossement de vervoerovereenkomst of althans vormt hiervan het 'bewijs'.³⁷ De oorspronkelijke partijen bij de vervoerovereenkomst onder cognossement zijn in beginsel de afzender en de vervoerder.³⁸ Hieruit volgt overigens niet dat de afzender te allen tijde gebonden zal zijn aan de cognossementvoorwaarden waaronder de 'merchant-clausule'. Tussen afzender en vervoerder geeft het cognossement immers niet de overeenkomst weer maar vormt hiervan slechts *prima facie* bewijs.³⁹ Hun verhouding wordt dan ook beheerst door de bedingen van de vervoerovereenkomst en niet door de bedingen zoals opgenomen in het cognossement.⁴⁰ Wijken deze bedingen af van de in het cognossement opgenomen bedingen dan zal de vervoerder dus niet met een beroep op de 'merchant-clausule' de afzender kunnen aanspreken.⁴¹

Zeker in de lijnvaart zal er echter zelden of nooit onderhandeld worden over de vervoerovereenkomst en bij afwezigheid van enige andere afspraak of overeenkomst zal ook de afzender aan de inhoud van het cognossement gebonden zijn.⁴² Nu de afzender veelal, zo niet altijd, onder de definitie van de 'merchant'⁴³ kan worden gebracht, zal hij in beginsel gebonden zijn aan en gehouden zijn tot vervulling van de aan de 'merchant' opgelegde verplichtingen en aansprakelijkheden.⁴⁴

7.2. De werking ten aanzien van de afzender

Bestudering van de diverse cognossementvoorwaarden leert dat de hoofdelijke aansprakelijkheid die de 'merchant-clausule' met zich meebrengt nauwelijks nadelige gevolgen heeft voor de positie van de afzender. Immers, een groot aantal aan de 'merchant' opgelegde verplichtingen en aansprakelijkheden zijn terug te vinden in de wet en worden daar reeds aan de afzender opgelegd. Zo is de 'merchant' onder meer verplicht de benodigde documenten⁴⁵ en informatie omtrent de te vervoeren zaken⁴⁶ te verschaffen. Daarnaast is de 'merchant' aansprakelijk voor de door de vervoerder geleden schade als gevolg van een handeling, schuld of nalatigheid van hem, zijn agenten of zijn ondergeschikten,⁴⁷ voor schade veroorzaakt door het verschaft materiaal en/of zaken,⁴⁸ voor gevaarlijke zaken,⁴⁹ voor verkeerde opgaven⁵⁰ en tot slot voor het tijdig laden van het schip.⁵¹

7.2.1. Art. IV(3) HVR: dwingend recht?

Het feit dat de afzender reeds krachtens wet schuldenaar is van het merendeel der aan de 'merchant' opgelegde plichten en aansprakelijkheden betekent overigens niet dat de 'merchant-clausule' in het geheel geen bijzondere werking toekomt ten aanzien van de afzender. Bijzondere aandacht verdient dan ook de wettelijke aansprakelijkheid voor de door de vervoerder geleden schade als gevolg van een handeling, schuld of nalatigheid van de afzender, zijn agenten of zijn ondergeschikten.⁵² Naar heersende opvatting gaat het hier om een schuldaansprakelijkheid van de afzender.⁵³ Onduidelijk is daarentegen of het een bepaling van dwingend recht betreft en er derhalve met behulp

37. Zie Engels recht: G. Treitel & F.M.B. Reynolds, *Carver on Bills of Lading*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, p. 67 onder verwijzing naar art. 5(1) COGSA 1992; Nederlands recht: Boonk a.w. 1993, p. 20 onder verwijzing naar art. 506 lid 1 WvK; Amerikaans recht: T.J. Schoenbaum, *Admiralty and maritime law*, St. Paul: Thomson West 2004, p. 621; Tetley a.w. 2008, p. 16; Duits recht: D. Rabe, *Seehandelsrecht*, Munchen: Verlag C.H. Beck 2000, p. 319.
38. Zie Engels recht: Carver a.w. 2005, p. 111; S.C. Boyd e.a., *Scrutton on charterparties and bills of lading*, Londen, 2008, p. 26; Amerikaans recht: *Southern Pac. Transp. Co. v. Commercial Metals Co.*, 456 U.S. 336, 102 S.Ct. 1815, 72 L.Ed.2d 114; Nederlands recht: art. 8:20 BW (vervoer algemeen) en art. 8:370 BW (zeevervoer); Asser/Japikse 7-I, nr. 134; Duits recht: Rabe a.w. 2000, p. 303.
39. Zie art. III(4) H(V)R; Engels recht: *The Ardennes* [1951] 1 K.B. 55; anders zie C. Debattista, 'The bill of lading as the contract of carriage – a reassessment of Leduc v. Ward', *Mod.L.Rev.* 1982, p. 652-663.
40. Zie Engels recht: *The Ardennes* [1951] 1 K.B. 55; *Rodocanachi v. Milburn* (1887) L.R. 18 Q.B.D. 67; Nederlands recht: art. 8:410 BW; Duits recht: § 656 sub 4 HGB jo. § 4 AGBG; Amerikaans recht: Schoenbaum a.w. 2004, p. 621.
41. Zie voor een voorbeeld uit de Engelse rechtspraak: *Cho Yang Shipping Co. Ltd. v. Coral (UK) Ltd.* [1997] 2 *Lloyd's Rep.* 641. Naar Nederlands recht krijgen ook later toegevoegde of bijgeschreven clausules voorrang boven de voorgedrukte cognossementclausules zoals de 'merchant-clausule'. Zie hieromtrent: Rb. Middelburg 8 februari 1989, S&S 1989, 109 (*Usaramo Hettstedt*).
42. Zie Nederlands recht: Hof 's-Gravenhage 30 november 1962, S&S 1963, 76 (*Walle/Vermeulen*); Rb. Breda 12 november 2002, S&S 2003, 28 (*Sabur*); Duits recht: Rammig a.w. 1994, p. 524; Amerikaans recht: *Southern Pac. Transp. Co. v. Commercial Metals Co.*, 456 U.S. 336, 102 S.Ct. 1815, 72 L.Ed.2d 114; Schoenbaum a.w. 2004, p. 621.
43. Zo zal de afzender mogelijk als 'Shipper', 'Consignor', 'Holder', 'Owner of the goods' of als 'party entitled to the goods' onder de definitie van 'merchant' kunnen worden gebracht.
44. Zie Nederlands recht: Rb. Middelburg 8 februari 1989, S&S 1989, 109 (*Usaramo Hettstedt*); Rb. Rotterdam 3 november 2004, S&S 2005, 86 (*MSC – Wilmink/Skelton*); Amerikaans recht: *APL Co. Pte. Ltd. v. UK Aerosols Ltd.*, 452 F. Supp. 2d 939, 2006 AMC. 1680; *Eimskip, The Iceland Steamship Company, Ltd; Eimskip USA, Inc. v. Atlantic Fish Market, Inc.*, 417 F.3d 72; Duits recht: Rammig a.w. 1994, p. 523-524.
45. Art. 8:395 BW. Zie bijv. clause 12(3) *FESCO B/L*, <www.esf-euroservices.nl>.
46. Art. 8:394 BW; § 564 HGB. Zie bijv. clause 12 *COSCO B/L*, <www.cosco.co.uk/files/bl_terms_conditions.pdf>.
47. Art. 4(3) HVR; art. 4(3) US COGSA; art. 8:383 lid 3 BW.
48. Art. 8:397 BW. Zie bijv. clause 15.2 en 14.3 *Maersk B/L*, geraadpleegd op <www.maerskline.com>.
49. Art. 4(6) HVR; art. 4(6) US COGSA; art. 8:398 BW; § 564b HGB. Zie bijv. clause 14 *K-Line B/L*, <www.kline.com/KAMBL_Terms/BL_Terms_Clauses_Listing.asp#Liner>.
50. Art. 3(5) US COGSA; art. 8:411 BW; § 563 HGB. Zie bijv. clause 12 *CSCL B/L*, <www.cscl.com.cn/info/bill.jsp>.
51. Art. 8:422 lid 2 BW. Zie bijv. clause 8(d) *Conlinebill 2000*, geraadpleegd op <www.bimco.org>.
52. Art. 4(3) HVR; art. 4(3) US COGSA; art. 8:383 lid 3 BW.
53. Zie Amerikaans recht: *APL Co. PTE Ltd. v. UK Aerosols LTD; UG. Co. Inc.; Universal Grocers Co; Kamdar Global*, 582 F.3d 947, 2009 AMC 2234; Engels recht: Carver a.w. 2005, p. 622-623; Nederlands recht: Teunissen 2009 (*T&C BW*), art. 8:383, aant. 5.

van de 'merchant-clausule' een risicoaansprakelijkheid op de afzender kan worden gelegd. Dient de afzender, als 'merchant', bijvoorbeeld in te staan voor schade veroorzaakt aan de verstrekte containers door handelen van een andere 'merchant' zoals de ontvanger?⁵⁴

Uit de internationale rechtspraak en literatuur blijkt dat het antwoord op deze vraag zal afhangen van de aangezochte rechter. Zo betreft in ieder geval naar Amerikaanse opvatting art. 4(3) US COGSA, wat de evenknie van art. IV(3) HVR is, een bepaling van dwingend recht en zal ieder beding dat afwijkt van deze bepaling, door een risicoaansprakelijkheid op de afzender te leggen, nietig zijn.⁵⁵ Of hetzelfde geldt voor het Nederlandse en Engelse recht is onzeker. Enerzijds wordt ook in deze rechtsstelsels een dergelijke opvatting ofwel met een beroep op de verdragsgeschiedenis dan wel op grond van een *a contrario*-redenering verdedigd.⁵⁶ Anderzijds wordt mede op grond van de gewezen rechtspraak gesteld dat er geen enkel argument opgevoerd kan worden tegen de mogelijkheid van een contractuele risicoverzwaarings van de afzender zolang dit maar niet leidt tot strijd met art. III(8) HVR.⁵⁷

7.2.2. De afzender en betaling van de vrachtprijs

Een tweede veelvuldig aan de 'merchant' opgelegde en hiermee ook ten laste van de afzender komende verplichting, die bijzondere aandacht verdient, is de verplichting tot betaling van de vrachtprijs. Zo bewerkstelligt de 'merchant-clausule' dat alle als 'merchant' aangeduide partijen, waaronder de afzender, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vrachtbetaling.

Naar Amerikaans en Engels recht zal deze hoofdelijke aansprakelijkheid voor de vrachtprijs de positie van de afzender niet verslechteren. Tenzij afzender en vervoerder anders overeenkomen, rust op afzender en ontvanger

immers al een hoofdelijke aansprakelijkheid tot betaling van de vrachtprijs.⁵⁸

Het Nederlandse en Duitse recht kennen een enigszins afwijkende regeling. Hoewel ook onder deze rechtsstelsels de afzender aanvankelijk als vrachtschuldenaar wordt aangemerkt, dient de vervoerder zodra de goederen zijn afgeleverd allereerst de ontvanger aan te spreken voordat hij zich, zo nodig, tot de afzender kan wenden.⁵⁹ Voor Nederland betreft het hier overigens wel regelend recht en blijkt de Nederlandse rechtspraak is opnemings van een 'merchant-clausule' in beginsel voldoende om de afzender tot hoofdelijk schuldenaar te maken voor de vrachtprijs.⁶⁰

Naar Duits recht wordt de afzender na aflevering van de goederen wel van zijn aansprakelijkheid ontheven en niet alleen met betrekking tot de vrachtprijs, maar voor alle vorderingen die de vervoerder op grond van § 614 HGB jegens de ontvanger toekomen.⁶¹ Zowel het OLG Bremen⁶² als het OLG Hamburg⁶³ heeft beslist dat afwijken van deze regeling met behulp van de 'merchant-clausule' niet mogelijk is.⁶⁴ Beide instanties bepaalden dat een clausule die tracht te bewerkstelligen dat de afzender ook na aflevering van de goederen aan de ontvanger verplicht is om in te staan voor de betaling van overliggeld, ingevolge § 9 AGBG en de goede trouw (*Treu und Glauben*), zonder werking dient te blijven.⁶⁵ Volgens het OLG Bremen zal dit alleen dan anders zijn indien de vordering tegen de ontvanger als kansloos, onaanvaardbaar of onverstandig kan worden aangemerkt.⁶⁶

Het Duitse recht kent overigens nog een tweede uitzondering op bovenstaande regel.⁶⁷ Bevat het cognossement een 'freight prepaid'-aanduiding dan kan de derde-ontvanger niet gehouden worden tot betaling van de vracht.⁶⁸ Met het opnemen van een 'freight prepaid'-aanduiding geeft de vervoerder derhalve jegens de ontvanger zijn

54. Zie bijv. clausule 15.4 *Maersk B/L*, <www.maerskline.com>.

55. *APL Co. PTE Ltd. v. UK Aerosols LTD; UG. Co. Inc.; Universal Grocers Co.; Kamdar Global*, 582 F.3d 947, 2009 AMC 2234; *Excel Shipping Corp. v. Seatrain Int'l S.A.*, 584 F.Supp. 734, 1986 AMC 1587.

56. Zie Nederlands recht: W. Sniijders, *De aansprakelijkheid van de wederpartij van de vervoerder voor schade aan het schip*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1963, p. 12-14; A-G Haak, HR 20 april 1990, NJ 1991, 439 (*EEL/Oulu*); Engels recht: R.P. Colinvaux, *Carver's carriage by sea*, Londen: Stevens & Sons 1982, p. 384. Zo stelt Colinvaux, dat art. V HVR slechts aan de vervoerder de mogelijkheid geeft zijn aansprakelijkheid in het cognossement te verruimen, waaruit men *a contrario* zou kunnen afleiden dat de afzender dat niet kan.

57. Zie Engels recht: Carver a.w. 2005, p. 623; Nederlands recht: Boonk a.w. 1993, p. 257; Rb. Rotterdam 5 januari 1981, *S&S* 1981, 47 (*Bacau*); Bindend Advies (Schadee) 8 november 1958, *S&S* 1959, 11 (*Nijenburgh en Batavier I*); Rb. Rotterdam 5 maart 1982, *S&S* 1982, 110 (*Eco Dorou*) en Rb. Amsterdam 6 januari 1982, *S&S* 1982, 111 (*Seevetal*).

58. Zie Amerikaans recht: Schoenbaum a.w. 2004, p. 606; Tetley a.w. 2008, p. 2213; *Southern Pac. Transp. Co. v. Commercial Metals Co.* (1982), 456 U.S. 336, 102 S.Ct. 1815, 72 L.Ed.2d 114; Engels recht: Scrutton a.w. 2008, p. 308; J.F. Wilson, *Carriage of goods by sea*, Harlow: Pearson 2010, p. 298-300; N. Gaskell, R. Asariotis & Y. Baatz, *Bills of Lading: Law and Contracts*, Londen: LLP 2000, p. 484.

59. Zie Nederlands recht: art. 8:484 BW; Teunissen 2009 (*T&C BW*), art. 8:484 BW, aant. 2; *Parl. Gesch. Boek 8*, p. 501-502; zie meer uitvoerig over de verschuldigdheid van vracht: M.A. van de Laarschot, *De verschuldigdheid van vracht*, Voorschoten: Tjeenk Willink 1996. Zie Duits recht: Herber a.w. 1999, p. 261; Rabe a.w. 2000, p. 625; § 614 HGB jo. § 625 HGB.

60. Zie Teunissen 2009 (*T&C BW*), art. 8:484 BW, aant. 1; HR 15 februari 1980, NJ 1980, 327, *S&S* 1980, 63 (*Agatha*). Zie tevens (hoewel gewezen onder het oude recht): Hof Amsterdam 25 juni 1976, *S&S* 1978, 69 (*Carter/Tor Line*). Zie echter ook: Rb. Middelburg 8 februari 1989, *S&S* 1989, 109 (*Usaramo Hettstedt*). In casu kregen later toegevoegde clausules, die bepaalden dat de ontvanger de vracht diende te voldoen, voorrang boven de 'merchant-clausule'.

61. Zie § 614 HGB jo. § 625 HGB.

62. OLG Bremen 13 maart 1986, *TranspR* 1986, 190 (*Denizati*).

63. OLG Hamburg 8 juni 2000, 6 U 1/2000, *Hamburger Seerechts-Report* 2001, 153, 124.

64. In beide uitspraken betrof het een door de vervoerder ingestelde vordering tot betaling van overliggeld waarbij de vervoerder zich beriep op de in de cognossementvoorwaarden bedongen hoofdelijke aansprakelijkheid ten aanzien van de 'merchant'.

65. De clausule kan overigens niet als nietig worden beschouwd. Weigert de ontvanger bijv. de lading aan te nemen dan kan de afzender wel degelijk voor de aan de 'merchant' opgelegde kosten worden aangesproken. Zie in deze zin: BGH 22 april 2010 – I ZR 74/08.

66. Wat de exacte betekenis is van deze begrippen wordt echter niet toegelicht door het OLG Bremen.

67. Strikt genomen zijn er drie uitzonderingen. Zie voetnoot 65.

68. Rammig, *VersR* 1994, p. 529; Herber a.w. 1999, p. 262; Rabe a.w. 2000, p. 628.

recht tot betaling van de vracht op waarmee een beroep op de 'merchant-clausule' niet langer in strijd kan worden geacht met de regeling van § 625 HGB en § 9 AGBG. Gevolg hiervan is dat de afzender ook na aflevering aan de ontvanger in dient te staan voor de vrachtprijs.⁶⁹

7.3. De 'merchant-clausule' en derden

In de hierop volgende paragrafen zal worden nagegaan in hoeverre de 'merchant-clausule' slaagt in haar opzet om, naast de afzender, de overige ladingbelanghebbenden (derden) plichten en aansprakelijkheden uit hoofde van het cognossement op te leggen. Evenals in de vorige paragrafen zal de benadering in het Amerikaanse en Engelse recht vergeleken worden met het Duitse en Nederlandse recht. In voornoemde rechtsstelsels worden in beginsel drie manieren onderscheiden waarop de binding van een derde, als 'merchant', aan de cognossementvoorwaarden tot stand kan komen. Zo kan een derde op grond van de wet (§ 7.3.1), op grond van aanvaarding (instemming) van het in het cognossement behelsde aanbod (§ 7.3.2) en tot slot op grond van vertegenwoordiging (§ 7.3.3) aan de cognossementvoorwaarden gebonden worden.

7.3.1. Binding van derden op grond van de wet

(a) Derden en de Amerikaanse federale wet

Slechts naar Amerikaans recht zal een derde niet op basis van de wet gebonden worden aan de cognossementvoorwaarden. De Amerikaanse federale wet bevat voor het cognossementvervoer wel een regeling die de cognossementhouder het recht op aflevering van de goederen toekent, maar de cognossementhouder wordt van rechtswege niet onderworpen aan enige wettelijke dan wel contractuele verplichting of aansprakelijkheid.⁷⁰

(b) Derden en de COGSA 1992 (*lawful holder*)

Anders dan de Amerikaanse wet ziet de Engelse wet naast de toekenning van rechten tevens op de verkrijging van aansprakelijkheden door derden. De *lawful holder*⁷¹ van het cognossement die aflevering eist, dan wel verkrijgt, of een vordering instelt, zal ingevolge section 3(1) COGSA 1992⁷² onderworpen worden aan dezelfde uit de overeenkomst voortvloeiende aansprakelijkheden als ware hij partij geweest bij deze overeenkomst. Derhalve

zal hij tevens onderworpen worden aan alle cognossementvoorwaarden waaronder de 'merchant-clausule'.⁷³ Opgemerkt dient te worden dat het hier wel om een vrijwillige aflevering dient te gaan. Wordt er bijvoorbeeld op last van de overheid afgeleverd dan is hiermee niet voldaan aan de vereisten van section 3(1) COGSA 1992.⁷⁴ Daarnaast heeft het House of Lords in *The Berge Sisar*⁷⁵ uitgesproken dat het verzoeken om een deel van de lading door de *lawful holder* van het cognossement ten einde de kwaliteit van de lading te testen niet gelijkstaat aan het verzoeken om aflevering en derhalve niet leidt tot gebondenheid aan het cognossement.

(c) Derden en de Duitse wet (*Empfänger en Ablader*)

Evenals de Engelse wet voorziet ook de Duitse wet in een regeling waarbij plichten op een derde worden gelegd. Zo wordt de ontvanger (*Empfänger*) door aanneming van de goederen verplicht, zover als dit uit het cognossement blijkt, de vracht, de overige kosten, zoals overliggend, en alle overige op hem rustende verplichtingen te voldoen.⁷⁶ Nu de ontvanger regelmatig, zo niet altijd, onder de definitie van 'merchant' wordt gebracht volgt hieruit dat hij tevens onderworpen wordt aan de aan de 'merchant' opgelegde (betalings)verplichtingen en aansprakelijkheden. Daarnaast heeft de FOB-verkoper (*Ablader*), in tegenstelling tot de overige behandelde rechtsstelsels, een eigen plaats gekregen in het Duitse wetboek en krijgt hierin een aantal rechten en plichten opgelegd.⁷⁷ Deze rechten en plichten ontleent hij echter direct aan de wet en hij is noch partij bij de vervoerovereenkomst, noch gebonden aan de cognossementvoorwaarden.⁷⁸

(d) Derden en Boek 8 BW; de derde-cognossementhouder

Ook de Nederlandse wet bevat voor het cognossementvervoer bepalingen waarin plichten aan derden worden opgelegd. Hiertoe bepaalt art. 8:441 lid 2 BW dat de vervoerder jegens de derde-cognossementhouder een beroep kan doen op de bedingen van het cognossement en de uit het cognossement duidelijk kenbare rechten tot betaling geldend kan maken.⁷⁹ Aangezien de derde-cognossementhouder onder vrijwel iedere gehanteerde 'merchant-clausule' kan worden gebracht zal hij in beginsel onder-

69. Ramming, *VersR* 1994, p. 529.

70. Zo bepaalt de *Federal Bill of Lading Act* (Pomerene Act 1994) dat door levering van het cognossement (in geval van een naamcognossement) plus endossement (in geval van een order- of toondercognossement) de houder hiervan het recht op aflevering verkrijgt. Zie 49 U.S.C. Sections 80105(a)(2), 80106(c), 80110. Noch de *Pomerene Act 1994*, noch de *Carriage of Goods by Sea Act 1936* (US COGSA) bevat een regeling die ziet op de overgang of toekenning van andere rechten of plichten voortvloeiend uit de vervoerovereenkomst onder cognossement aan een derde. Zie Tetley a.w. 2008, p. 465 e.v.; Carver a.w. 2005, p. 174; M.D. Güner-Özbek, *The carriage of dangerous goods by sea*, Berlin: Springer 2008, p. 175.

71. Zie S. 2(1) COGSA 1992.

72. *Carriage of Goods by Sea Act 1992*.

73. Zie Gaskell a.w. 2000, p. 134; Scrutton a.w. 2008, p. 31; D. Mildon & D. Scorey, 'Liabilities of transferees of bills of lading', *Int. JSL* 1999, p. 101.

74. *Aegean Sea Traders Corporation v. Repsol Petroleo S.A. and Another*, [1998] 2 *Lloyd's Rep.* 39.

75. *Borealis A.B. v. Stargas Ltd and Others* [1997] 1 *Lloyd's Rep.* 635; [1998] 2 *Lloyd's Rep.* 475; House of Lords [2001] 2 *All ER* 193.

76. § 614 HGB. Indien er sprake is van vervoer onder cognossement heeft alleen de rechtmatige houder van het cognossement recht op aflevering, zie Herber a.w. 1999, p. 302.

77. Zie Rabe a.w. 2000, p. 303-304.

78. Zie Herber a.w. 1999, p. 247.

79. Art. 8:441 lid 2 BW.

worpen worden aan de werking van de clausule. Het exacte moment waarop dit zal gebeuren is echter onzeker. Aanleiding voor deze onzekerheid vormt de juridische positie van de derde-cognossementhouder. Volgens de doctrine wordt het cognossement immers geacht een derdenbeding ten behoeve van de derde-cognossementhouder te bevatten, die door aanvaarding van dit beding toetreedt tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement.⁸⁰ Het moment waarop dit derdenbeding geacht kan worden te zijn aanvaard is echter aan de nodige discussie onderhevig.⁸¹ Zo wordt enerzijds verdedigd dat presentatie ter fine van aflevering van de goederen en derhalve de uitoefening van een recht aanvaarding en derhalve toetreding oplevert, waarbij steun wordt gezocht in het derdenbeding als begunstigingsbeding.⁸² Anderzijds wordt ook wel verdedigd dat de aanvaarding reeds ten tijde van aanneming van het cognossement plaatsheeft.⁸³

De Nederlandse rechtspraak toont aan dat de cognossementhouder die het cognossement presenteert ter fine van aflevering in ieder geval toetreedt tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement.⁸⁴ Aangezien de cognossementhouder ofwel als 'receiver' dan wel als 'holder' onder de definitie van 'merchant' kan worden gebracht, zal hij op dat moment (in beginsel) tevens gebonden zijn aan de aan de 'merchant' opgelegde verplichtingen en aansprakelijkheden.⁸⁵

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt echter ook dat presentatie van het cognossement niet te allen tijde vereist is om toe te kunnen treden tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement.⁸⁶ In de *Eendracht*⁸⁷ heeft de Hoge Raad immers bepaald dat uit art. 8:441 BW niet volgt dat er slechts sprake kan zijn van toetreding tot de vervoerovereenkomst nadat het cognossement ter hand is gesteld en aan de vervoerder is gepresenteerd. De Hoge Raad hield het voor partijen dan ook mogelijk zelfs voordat het cognossement werd aangenomen toe te kunnen treden tot de vervoerovereenkomst.⁸⁸ Zoals uit het later gewezen arrest inzake de *Ladoga 15* blijkt, dient hierbij wel opgemerkt te worden dat de mogelijkheid tot toetreding voordat het cognossement is aangenomen zich slechts in uitzonderlijke gevallen voor zal doen.⁸⁹

Blijkens de rechtspraak is houderschap van het cognossement in beginsel dus vereist om toe te kunnen treden en zal het slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn om toe te treden voordat het cognossement is aangenomen. Zowel het Hof 's-Gravenhage⁹⁰ als de Rechtbank Arnhem⁹¹ wees dan ook een door de vervoerder tegen de ontvanger ingestelde vordering tot betaling van containerdemurrage af, aangezien de ontvanger van de goederen nimmer houder van het cognossement was geweest noch het cognossement onder ogen had gehad. De ontvanger was derhalve niet toegetreden tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement en daarmee niet

80. Zie o.a. R. Zwitter, 'De cognossementhouder als derde uit derdenbeding', *TVR* 2002, p. 157-165; A. Korthals Altes & J.J. Wiarda, *Vervoerrecht*, Deventer: Kluwer 1980, p. 52; Verslag I en Nota n.a.v. Verslag I (19 979) bij art. 8:441 BW, *Parl. Gesch. Boek 8*, p. 473-474; HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 44 (*Eendracht*); HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 62 (*Ladoga 15*). Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat de keuze voor het derdenbeding niet zonder kritiek is. Zie o.a. G. van Empel & J.B. Huizink, *Goederenvervoer over zee, binnenwater en over de weg*, Deventer: Kluwer 2007, p. 61; E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De ontvangstexpediteur als cognossementhouder', *TVR* 2000, p. 64; J.B. Huizink, 'De derde-cognossementshouder wordt geen partij', *TVR* 1998, p. 15-16; Boonk a.w. 1993, p. 11-13.

81. De aanvaarding door de geadresseerde is in beginsel dan ook vormloos en kan bestaan uit een eenvoudige verklaring of gedraging. Aldus A. Korthals Altes & J.J. Wiarda a.w. 1980, p. 52; HR 27 maart 1953, *NJ* 1953, 575 (*OLVEH*).

82. Zie A. van Oven, *Handelsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 253-255; Korthals Altes & Wiarda a.w. 1980, p. 52-53; M.H. Claringbould, 'Het cognossement', in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (Preadvies van de vereniging 'Handelsrecht' en Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 139; Boonk a.w. 1993, p. 138; R.E. Japikse, 'Boekbespreking van G.J. van der Ziel, Het cognossement, naar een functionele benadering', *RMThemis* 2000, p. 193. Zie t.a.v. het derdenbeding als begunstigingsbeding: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, 's-Gravenhage: Kluwer 1999, p. 44 en Du Perron a.w. 1998, p. 322-324.

83. Zie G.J. van der Ziel, *Het cognossement, naar een functionele benadering*, Deventer: Kluwer 1999, p. 6. Volgens Van der Ziel is dat immers het moment dat de goederen (veelal) worden betaald en de nieuwe houder van het cognossement ook vervoerrechtelijk over de goederen moet kunnen beschikken. Zie ook: Zwitter a.w. 2002, p. 163-164. Zwitter onderstreept deze mogelijkheid maar stelt hierbij wel als voorwaarde dat partijen een dergelijke 'eerdere toetreding' contractueel overeen dienen te komen waarbij hij de 'merchant-clausule' als mogelijk voorbeeld aanhaalt.

84. Zie bijv.: Rb. Amsterdam 3 september 1980, *S&S* 1980, 122 (*Caribia Express*); Rb. Rotterdam 6 januari 1984, *S&S* 1984, 58 (*Francois*).

85. Zie bijv. HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 327, *S&S* 1980, 63 (*Agatha*); Rb. Middelburg 8 februari 1989, *S&S* 1989, 109 (*Usaramo Hettstedt*); Rb. Rotterdam 5 maart 1982, *S&S* 1982, 110 (*Eco Dorou*); Rb. Amsterdam 6 januari 1982, *S&S* 1982, 111 (*Seevetal*).

86. Echter kan een dergelijk presentatievereiste wel contractueel worden overeengekomen zoals blijkt uit: Rb. Rotterdam 21 december 1995, *S&S* 1997, 1 (*Contship America*).

87. HR 20 september 2000, *NJ* 2001, 44 (*Eendracht*).

88. In casu was na gezamenlijk overleg tussen de afzender, vervoerder en geadresseerde besloten de lading terug te zenden voor reparatie. Hoewel de geadresseerde nog niet houder van het cognossement was achtte de Hoge Raad het gezamenlijk overleg voldoende om de geadresseerde toe te laten treden tot de vervoerovereenkomst en derhalve het vorderingsrecht toe te kennen.

89. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 62 (*Ladoga 15*). De Hoge Raad hechtte dan ook bijzondere waarde aan de functie die het cognossement in het handelsverkeer heeft en men moet dan ook de zekerheid hebben dat alleen het cognossement recht op aflevering van de goederen geeft. De mogelijkheid om toe te treden zonder houder te zijn van het cognossement en hiermee het recht op aflevering te verkrijgen zou dan ook afbreuk doen aan de waarde en de zekerheid die het cognossement biedt.

90. Hof 's-Gravenhage 28 juli 2009, *S&S* 2010, 108 (*MSC Claudia; Kapitan Kudlay*). In deze casus levert de vervoerder op verzoek van de afzender twee op flat racks geladen loaders af aan ontvanger Wilmink. De flat racks worden nimmer teruggeleverd waarop MSC containerdemurrage vordert van zowel afzender Skelton als ontvanger Wilmink. De vordering tegen Wilmink wordt echter afgewezen.

91. Rb. Arnhem 24 oktober 2007, *S&S* 2008, 59 (*Maersk; Hyka*). In deze casus verkrijgt Hyka aflevering tegen een door haar afgegeven VRC-garantie en betaling van de vracht. Vervoerder Maersk vordert hiernaast containerdemurrage, maar deze vordering wordt afgewezen aangezien de betalingsverplichting is opgenomen in het cognossement waartoe Hyka in de ogen van de rechtbank niet was toegetreden. Zie voor een kritische bespreking van deze uitspraak: R. Zwitter, 'Lossing- of afleveringsovereenkomsten; Brandt v. Liverpool', *TVR* 2009, p. 129-138.

aan de aan de 'merchant' opgelegde betalingsverplichting gebonden.

Hoewel de opvatting dat een derde-cognossementhouder reeds ten tijde van aanneming van het cognossement toetreedt tot de vervoerovereenkomst op weinig steun kan rekenen vanuit de literatuur kan zij op meer steun vanuit de rechtspraak rekenen.⁹² Zo heeft de Hoge Raad⁹³ in een uitspraak waar een beroep werd gedaan op de 'merchant-clausule' het in ontvangst nemen en het vervolgens overdragen van het cognossement door de derde-cognossementhouder⁹⁴ voldoende geacht om deze te doen toetreden tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement.

7.3.2. Binding van derden op grond van aanvaarding (wilsovereenstemming)

Een tweede mogelijkheid waarop de binding van een derde, als 'merchant', aan de cognossementvoorwaarden tot stand kan komen is op grond van zijn (stilzwijgende dan wel uitdrukkelijke) aanvaarding (instemming) van het in het cognossement behelste aanbod tot een hoofdelijke aansprakelijkheid.⁹⁵

Volgens het algemeen contractenrecht kan de aanvaarding van het aanbod in beginsel in iedere vorm geschieden en vereist is slechts een tot de aanbieder gerichte wilsverklaring.⁹⁶ Een dergelijke verklaring kan uiteraard uitdrukkelijk geschieden, maar kan ook in een of meer gedragingen besloten liggen.

Situaties waarin een als 'merchant' gedefinieerde partij daadwerkelijk bereid zal zijn een hoofdelijke aansprakelijkheid te aanvaarden zullen zeldzaam zijn.⁹⁷ Waarom zou een ladingbelanghebbende immers vrijwillig dergelijke risico's en aansprakelijkheden op zich nemen? Het ontbreken van de subjectieve wil behoeft echter niet aan een rechtsgeldige aanvaarding in de weg te staan. Zo kan naar Nederlands recht geen beroep worden gedaan op het ontbreken van de wil wanneer de wederpartij (de vervoerder) de gedragingen en/of verklaringen van de

'merchant' onder de gegeven omstandigheden als aanvaarding heeft mogen opvatten.⁹⁸ Ook naar Amerikaans en Engels recht zal de wil der partijen (in beginsel) aan de hand van objectieve maatstaven worden vastgesteld.⁹⁹ Van belang is derhalve of een redelijk persoon de gedragingen en/of verklaringen als aanvaarding van het aanbod zal hebben opgevat.

Het bovenstaande doet de vraag rijzen welke gedraging of handeling van een 'merchant' daadwerkelijk als aanvaarding van het aanbod aangemerkt kan en mag worden. Is het hiertoe bijvoorbeeld voldoende indien het cognossement slechts wordt aangenomen? Mocht dit inderdaad het geval zijn dan brengt dit met zich mee dat ook de in de inleiding genoemde bank die het cognossement in verband met een betalingsregeling onder zich houdt als 'merchant' hoofdelijk aansprakelijk is voor de in het cognossement opgenomen verplichtingen en aansprakelijkheden.

Uit de internationale rechtspraak blijkt dat het enkele houderschap van het cognossement onvoldoende aanleiding geeft om van een rechtsgeldige aanvaarding te kunnen spreken.¹⁰⁰ Zo hebben bijvoorbeeld het OLG Rostock¹⁰¹ en het OLG München¹⁰² bepaald dat een *Ab-lader* die uitgifte van het cognossement verzoekt en dit vervolgens aanneemt slechts gebruikmaakt van zijn bij wet gegeven recht op afgifte van het cognossement. Uit het aannemen en vervolgens overdragen van het cognossement kon derhalve geen aanvaarding van de met behulp van de 'merchant-clausule' opgelegde hoofdelijke aansprakelijkheid worden afgeleid.

Opgemerkt dient te worden dat onzeker is of hetzelfde naar Nederlands recht kan worden gesteld. Zoals eerder vermeld zijn er in de Nederlandse rechtspraak diverse voorbeelden voorhanden waarin het aannemen van het cognossement in ieder geval voldoende werd geacht om tot aanvaarding van het derdenbeding te komen en de cognossementhouder hiermee te doen toetreden tot de

92. Zie o.a.: Rb. Rotterdam 12 mei 1980, *S&S* 1981, 6 (*Nedlloyd Kyoto*); Rb. Rotterdam 27 juni 1977, *S&S* 1977, 97 (*Sennar*); Rb. Rotterdam 19 juni 1973, *S&S* 1973, 73 (*John Schehr*). Zie voor uitspraken waarin tevens sprake was van een 'accepting-clausule': Hof 's-Gravenhage 26 juni 2008, *S&S* 2008, 115 (*OPDR Lisboa*); Hof 's-Gravenhage 27 juni 1975, *S&S* 1976, 3 (*Velswijk*).

93. HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 327, *S&S* 1980, 63 (*Agatha*).

94. Opgemerkt dient te worden dat het hier om de opdrachtgever van een 'in eigen naam' handelende expediteur ging, die in het cognossement als 'Auftraggeber' vermeld stond.

95. Zie over deze mogelijkheid naar Amerikaans recht: *Stein Hall & Co. v. S.S. Concordia Viking*, 494 F.2d 287, 291; *Excel Shipping*, 584 F. Supp. Op 748; *United States v. Waterman S.S. Corp.*, 471 F. 2d 186, 189; *APL Co. Pte. Ltd. v. UK Aerosols Ltd.*, 452 F. Supp.2d 939; *Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. v. Dynasea Corporation*, 72 Cal.App.4th 208, 85 Cal.Rptr.2d 1, 1999 AMC 2537; *All Pacific Trading, Inc. v. Vessel M/V Hanjin Yosu*, 7 F.3d 1427; Engels recht: Gaskell a.w. 2000, p. 158 e.v.; Duits recht: Ramming, *VersR* 1994, p. 522-530; J. Trappe, 'Does the "merchant" named in a bill of lading as "shipper" owe freight?', *LMCLQ* 1997, p. 473-478; Nederlands recht: Hof 's-Gravenhage 28 juli 2009, *S&S* 2010, 108 (*MSC Claudia; Kapitan Kudlay*).

96. Zie voor Amerikaans recht: R.A. Lord, *Williston on Contracts*, Rochester: Lawyers Cooperative Publishing 2009, § 6:1 e.v.; Engels recht: H.G. Beale (red.), *Chitty on contracts - volume I General Principles*, Londen: Sweet & Maxwell 2008, § 2-027 e.v.; Duits recht: Ramming a.w., *VersR* 1994, p. 524; § 145 BGB e.v. jo. § 116 BGB e.v.; Nederlands recht: art. 6:217 BW jo. art. 3:33-35 BW.

97. Zie voor een uitzondering: *Eimskip The Iceland Steamship Company Ltd; Eimskip USA Inc v. Atlantic Fish Market Inc*, 417 F.3d 72. In casu werd mondeling ingestemd met de hoofdelijke aansprakelijkheid t.a.v. de vrachtprijs.

98. Ingevolge het vertrouwensbeginsel, art. 3:35 BW.

99. Zie Amerikaans recht: Williston a.w. 2009, § 6:3-4; Engels recht: Chitty a.w. 2008-I, § 2-002/3 en § 2-030.

100. Zie Amerikaans recht: *APL Co. Pte. Ltd. v. UK Aerosols Ltd.*, 452 F. Supp.2d 939, 2006 AMC 1680; Engels recht: *Cho Yang Shipping Co. Ltd. v. Coral (UK) Ltd.* [1997] 2 *Lloyd's Rep.* 641; Duits recht: OLG Oldenburg 6 oktober 1977, *VersR* 79, 1052; OLG Bremen 2 november 1978, *VersR* 79, 667 (*Lucedy*).

101. OLG Rostock 27 november 1996, *TranspR* 1997, 113 (*Frederica*).

102. OLG München 3 november 1988, *RIW* 1989, 650.

vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement.¹⁰³

Ook wanneer het cognossement niet alleen wordt aangenomen, maar vervolgens ook wordt overgedragen (geëndosseerd) zal dit in ieder geval naar Duitse opvatting niet als aanvaarding van het aanbod worden aangemerkt. Zowel het OLG Oldenburg¹⁰⁴ als het OLG Bremen¹⁰⁵ heeft immers bepaald dat het aannemen en doorverhandelen van het cognossement door de hierin als 'Shipper' opgevoerde partij niet als aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid kon worden beschouwd.

Eenzelfde afwijzing zal waarschijnlijk naar Engels recht volgen.¹⁰⁶ Immers, in *The Berge Sisar*¹⁰⁷ werd de vraag of de plichten en aansprakelijkheden het cognossement volgen en zij derhalve tenietgaan wanneer een derde-cognossementhouder het cognossement endosseert en overdraagt aan een ander bevestigend beantwoord door het House of Lords. Deze baseerde zich hierbij allereerst op *Smurthwaite v. Wilkins*¹⁰⁸ waarin Erle CJ op een soortgelijke vraag antwoordde dat het argument dat een endosserende partij aansprakelijk diende te blijven als 'monstrous' en 'manifestly unjust' beschouwd diende te worden. Daarnaast baseerde het House of Lords zich op het beginsel van 'mutuality'. Volgens dit beginsel dient er een connectie te zijn tussen de lusten en de lasten. Nu de lusten van de *lawful holder* tenietgaan door endossement en overdracht van het cognossement – het recht op aflevering gaat immers over op de *lawful holder* – is er niet langer een rechtvaardiging te vinden voor het opleggen van plichten en aansprakelijkheden aan de voormalige houder.

Hoewel hiermee niet is gezegd dat afwijken van de wettelijke regeling met behulp van een 'merchant-clausule' niet mogelijk is, lijkt het gezien bovenstaande beslissing en strijdigheid met de wettelijke regeling onwaarschijnlijk dat een rechter bereid zal zijn om in de enkele aanname en doorverhandeling van het cognossement een stilzwij-

gende aanvaarding van het hierin behelste aanbod tot een hoofdelijke aansprakelijkheid te zien.¹⁰⁹

Waar het doorverhandelen (endossering) van het cognossement in ieder geval door de Duitse rechter niet als aanvaarding van het aanbod werd beschouwd zal de doorverhandeling van het cognossement naar Amerikaanse opvatting wel voldoende zijn om tot een aanvaarding van de cognossementvoorwaarden te komen.¹¹⁰ Het is naar Amerikaans recht daarentegen twijfelachtig of een FOB-verkoper, die het cognossement aanneemt en vervolgens overdraagt, onderworpen wordt aan de cognossementvoorwaarden.¹¹¹ In *The Roseline*¹¹² werd immers beslist dat het cognossement in de handen van de FOB-verkoper geen contractuele functie heeft waardoor het aannemen en doorgeven van het cognossement door de hierin als 'Shipper' vermelde FOB-verkoper niet kon leiden tot aanvaarding van de in het cognossement weergegeven plichten en aansprakelijkheden.¹¹³

Zoals eerder opgemerkt heeft de Nederlandse Hoge Raad het aannemen en doorverhandelen van het cognossement als aanvaarding van het derdenbeding aangemerkt en zal hiermee toetreding tot de vervoerovereenkomst plaatsvinden.¹¹⁴ Mocht in de toekomst echter vast komen te staan dat toetreding tot de overeenkomst slechts plaatsvindt door presentatie van het cognossement ter fine van aflevering dan kan desalniettemin verdedigd worden dat endossering van het cognossement als aanvaarding van het aanbod tot een hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden aangemerkt indien het cognossement een 'merchant-clausule' bevat. Volgens het Hof 's-Gravenhage¹¹⁵ kan de ondertekening van een aankomstbericht immers worden beschouwd als aanvaarding van de hierin opgenomen voorwaarden. Gezien deze beslissing lijkt het eveneens verdedigbaar om in de aanname en ondertekening (lees: endossement) van het cognossement een aanvaarding van het aanbod tot een hoofdelijke aansprakelijkheid te zien. Anderzijds kan tegen een dergelijke conclusie ingebracht worden dat vervoerders hiermee een dusdanig misbruik

103. Zie o.a.: Rb. Rotterdam 12 mei 1980, *S&S* 1981, 6 (*Nedlloyd Kyoto*); Rb. Rotterdam 27 juni 1977, *S&S* 1977, 97 (*Senmar*); Rb. Rotterdam 19 juni 1973, *S&S* 1973, 73 (*John Schebr*). Zie voor uitspraken waarin tevens sprake was van een 'accepting-clausule': Hof 's-Gravenhage 26 juni 2008, *S&S* 2008, 115 (*OPDR Lisboa*); Hof 's-Gravenhage 27 juni 1975, *S&S* 1976, 3 (*Velswijk*).

104. OLG Oldenburg 6 oktober 1977, *VersR* 79, 1052. Het OLG liet in zijn beslissing tevens meewegen dat het cognossement een 'freight prepaid' aanduiding bevatte. Derde-cognossementhouders mogen op een dergelijke aanduiding vertrouwen en derhalve behoefde de 'Shipper' geen rekening te houden met een in de cognossementclausules neergelegde hoofdelijke aansprakelijkheid. Een beroep op een dergelijke cognossementclausule diende volgens het OLG dan ook als strijdig met de goede trouw (*Treu und Glauben*) te worden aangemerkt.

105. OLG Bremen 2 november 1978, *VersR* 79, 667 (*Lucedy*).

106. Zie Gaskell a.w. 2000, p. 158.

107. Zie voor een meer uitvoerige bespreking van *The Berge Sisar*: D.R. Thomas, 'Review of Contemporary Legal Developments', *JIML* 2001, p. 165-170.

108. (1862) 11 CBNS 842, 142 ER 1026.

109. Dit is mogelijk anders indien het cognossement door een expediteur in de laadhaven wordt aangenomen. Zie § 7.3.3.

110. Zie bijv. *A.P. Moller-Maersk A/S trading v. Taiwan Glass USA Sales Corp.*, 2009 WL 3245826 (D.Or.) In deze casus wist Taiwan Glass dat zij als geadresseerde werd vermeld in het cognossement, maar was niet op de hoogte van de 'merchant-clausule' of de opgelegde plichten. Werknemers van Taiwan Glass stuurden de cognossementen dan ook zonder de achterzijde en hiermee de voorwaarden te lezen door naar hun klanten. Deze feiten waren voldoende om Taiwan Glass gebonden te achten aan het cognossement en de hierin opgenomen plichten waaronder de boeteclausule indien de containers te laat werden teruggeleverd.

111. Overigens wordt een FOB-verkoper onder normale omstandigheden niet als partij bij de vervoerovereenkomst beschouwd. Aldus: Tetley a.w. 2008, p. 399.

112. *Union Industrielle et Maritime v. Petrosul International Ltd.*, [1987] 1 *Lloyd's Rep.* 18 (*The Roseline*). Zie kritisch over de *The Roseline*: Carver a.w. 2005, p. 133-134.

113. Zie echter ook: *Lite-On Peripherals Inc. v. Burlington Air Express Inc.*, 255 F.3d 1189, 2001 AMC 2113. De FOB-verkoper, die in casu als 'Consignor' in het cognossement werd vermeld en derhalve onder de 'merchant-clausule' viel, werd wel het vorderingsrecht toegekend.

114. HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 327, *S&S* 1980, 63 (*Agatha*).

115. Hof 's-Gravenhage 28 juli 2009, *S&S* 2010, 108 (*MSC Claudia; Kapitan Kudlay*). In casu ontbrak het echter aan een ondertekening van het aankomstbericht.

maken van de functie die het cognossement in het handelsverkeer vervult dat een beroep op de hoofdelijke aansprakelijkheid in strijd dient te worden geacht met de goede trouw. Een koper van de goederen en tevens houder van een ordercognossement, die de goederen wil doorverhandelen, zal immers alleen de goederen kunnen leveren door het cognossement te endosseren en over te dragen.¹¹⁶ Endossement vereist echter een handtekening, wat tevens zal leiden tot aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Eenzelfde situatie zal zich voordoen met betrekking tot de banken. Een bank zal mogelijk een pandrecht op het cognossement willen vestigen, wat slechts mogelijk is indien het cognossement aan haar of in blanco is geëndosseerd.¹¹⁷ Zodra de bank het cognossement aan haar klant wil overdragen zal opnieuw endossement en dus ondertekening van het cognossement vereist zijn, wat mogelijk zal leiden tot aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Hoewel een dergelijke uitkomst onwenselijk mag zijn, kan, mede gezien de Amerikaanse rechtspraak, niet uitgesloten worden dat de 'merchant-clausule' dit mogelijk maakt. Tot slot kunnen als gedragingen, die in ieder geval in de Amerikaanse rechtspraak als aanvaarding van het aanbod tot een hoofdelijke aansprakelijkheid zijn aangemerkt, de uitoefening van enige controle over de lading door de cognossementhouder (bijv. door de plaats van aflevering te wijzigen)¹¹⁸ en het instellen van een vordering tot aflevering dan wel schadevergoeding door een 'merchant' worden genoemd.¹¹⁹

7.3.3. Binding van derden op grond van vertegenwoordiging

Een derde manier waarop een derde als 'merchant' aan het cognossement gebonden kan geraken is op basis van vertegenwoordiging. Als uitgangspunt heeft te gelden dat

een vertegenwoordiger (bijv. een expediteur) die 'in naam van' zijn principaal (de afzender) een overeenkomst sluit, een overeenkomst tussen de wederpartij (vervoerder) en de principaal (afzender) tot stand doet komen. De vertegenwoordiger is in beginsel niet gebonden aan de door hem gesloten overeenkomst.¹²⁰

Naar *common law* is het voor partijen in ieder geval mogelijk om af te wijken van het principe dat een vertegenwoordiger handelend 'in naam van' zijn principaal niet persoonlijk gebonden is. Hiertoe dient slechts aangetoond te worden dat partijen dit gewild hebben, waarbij de inhoud van het cognossement van doorslaggevend belang wordt geacht. Bevat het cognossement een 'merchant-clausule' en valt de vertegenwoordiger ook onder de definitie, dan zal de vertegenwoordiger zelfs wanneer hij 'in naam van' zijn principaal handelt gebonden zijn aan het cognossement.¹²¹ Aanvaarding van het aanbod namens de principaal wordt in een dergelijk geval tevens als aanvaarding 'in eigen naam' aangemerkt. Op grond van de contractvrijheid lijkt hetzelfde naar Nederlands recht mogelijk. De Nederlandse rechter lijkt echter niet bereid deze constructie snel te volgen. In een geval waar de vervoerder een expediteur hoofdelijk aansprakelijk hield voor de vrachtprijs aangezien de expediteur wellicht niet als afzender (*Absender*) maar in ieder geval wel als *Auftraggeber* onder de 'merchant-clausule' kon worden gebracht, bepaalde de Rechtbank Rotterdam dat onder de term *Auftraggeber* niet tevens degene die namens een ander handelt kon worden gebracht en wees derhalve de vordering af.¹²²

Naar *common law* zal een principaal echter ook gebonden kunnen zijn aan een overeenkomst die door een vertegenwoordiger 'in eigen naam' is aangegaan.¹²³ Uit de feiten en omstandigheden van het geval dient dan wel te blijken dat er daadwerkelijk bevoegdheid was om te vertegen-

116. Zoals volgt uit art. 8:417 BW jo. art. 3:93 BW.

117. Ingevolge art. 3:93 BW jo. art. 3:236 BW. Zie tevens: HR 27 januari 1995, *S&S* 1995, 40 (*Heliopolis Star*).

118. *Pacific Coast Fruit Distributors Inc v. Pennsylvania R.R. Co.*, 217 F. 2d 273. In casu was de verweerder na uitgave van het cognossement als ontvanger aangewezen en deze bepaalde waar de lading afgeleverd moest worden. Vervolgens endosseerde hij het cognossement en droeg deze over aan zijn koper, die uiteindelijk de lading in ontvangst nam.

119. *Polo Ralph Lauren, L.P. v. Tropical Shipping & Construction Co., Ltd.*, 215 F.3d 1217; *All Pacific Trading, Inc. v. Vessel M/V Hanjin Yosu*, 7 F.3d 1427; *Kujeje Hwajae Inc. Co Ltd v. M/V Hyuandai Liberty*, 408 F. 3d 1250. In tegenstelling tot bijv. het Nederlandse recht is het vorderingsrecht naar Amerikaans recht dan ook niet voorbehouden aan de recht- en regelmatig houder van het cognossement en de 'merchant-clausule' biedt een juridische grondslag voor het vorderingsrecht. Indien een partij onder de definitie van 'merchant' valt en schade of verlies heeft geleden dan is dit voldoende om deze partij het vorderingsrecht toe te kennen. Zie Tetley a.w. 2008, p. 506. Zie hieromtrent ook HR 1 juli 1976, *S&S* 1976, 63 (*Summit; Bienville*).

120. De principaal zal als afzender gebonden zijn aan het cognossement en de 'merchant-clausule'. Zie Amerikaans recht: Williston a.w. 2009, § 35:36; *Pemeno Shipping Co. Ltd. v. Louis Dreyfus Corporation*, 2006 WL 4036216; *Cigna Insurance Asia Pacific v. Expeditors International of Washington*, 2001 WL 34037360, 2002 AMC 1085; Nederlands recht: Asser/Kortmann 2-I, nr. 5; Hof 's-Gravenhage 17 december 1991, *S&S* 1992, 131 (*Golden Med*); Rb. Middelburg 8 februari 1989, *S&S* 1989, 109 (*Usaramo Hettstedt*); Rb. Rotterdam 22 juni 1965, *S&S* 1965, 68 (*Albena; Algol*).

121. Zie Engels recht: P. Watts & F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, Londen: Sweet & Maxwell 2010, § 9-005; H.G. Beale (red.), *Chitty on contracts – volume II Specific Contracts*, Londen: Sweet & Maxwell 2008, § 31-084 e.v.; Gaskell a.w. 2000, p. 158; Amerikaans recht: Williston a.w. 2009, § 35:37; *CTO International Ltd. v. Intercon Freight*, 56 F.TR. 94; *Kawasaki Kisen Kaisha Ltd and 'K'Line America Inc v. Plano Molding Co and CMT International Inc*, 2008 WL 1883466 (N.D.Ill.); voor een voorbeeld uit de Australische rechtspraak zie: *Australian Tallow & Agri-Commodities Pty Ltd v. Malaysia International Shipping Corporation*, 2001 WL 210351 (NSWCA).

122. Zie Rb. Rotterdam 25 juni 1963, *S&S* 1963, 58 (*Weerdesteyn*). Ingevolge de cognossementclausules waren zowel de *Absender* als de *Auftraggeber* hoofdelijk aansprakelijk voor de vracht. Met een beroep op deze clausule vorderde de vervoerder vervolgens betaling van de vrachtprijs. Het beroep op de clausule werd afgewezen en de expediteur kreeg een bewijsopdracht om aannemelijk te maken dat hij daadwerkelijk 'in naam van' had gehandeld.

123. Deze rechtsfiguur wordt in *common law* wel aangeduid als de 'doctrine of the undisclosed principal'. Zie Bowstead a.w. 2010, § 8-071/72 e.v.; Carver a.w. 2005, p. 111; Chitty a.w. 2008-II, § 31-064; *Western Digital Corp v. British Airways* [2001] Q.B. 733; Williston a.w. 2009, § 35:45. Naar Nederlands recht wordt deze 'rechtsfiguur' wel aangeduid als de 'middellijke vertegenwoordiging'. Zie hierover: Asser/Kortmann 2-I, nr. 102.

woordigen of de principaal dient de onbevoegd verrichte rechtshandeling naderhand te bekrachtigen.¹²⁴ Hiervoor werd al even de mogelijkheid genoemd dat de cognossementclausules bepalen dat de afzender als vertegenwoordiger van alle andere 'merchants' wordt aangemerkt en dat hij de hoofdelijke aansprakelijkheid mede namens hen aanvaardt.¹²⁵ Hoewel een dergelijke constructie naar *common law* mogelijk is, heeft als uitgangspunt te gelden dat een afzender niet handelt als vertegenwoordiger en dus zal bewezen dienen te worden dat de afzender deze bevoegdheid had.¹²⁶ Een dergelijke bevoegdheid volgt in ieder geval niet uit het enkele feit dat de afzender op grond van de koopovereenkomst het vervoer overeenkomt.¹²⁷

In de Amerikaanse rechtspraak zijn in ieder geval een tweetal voorbeelden voorhanden waarin de rechter bereid was om uit de feiten en omstandigheden van het geval een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid af te leiden. In de uitspraak *In re M/V Rickmers Genoa Litigation*¹²⁸ oefende een moederonderneming dusdanige controle uit op het handelen van de dochteronderneming, dat aanvaarding door de dochter tevens als aanvaarding door de moeder aangemerkt kon worden.

Het tweede voorbeeld betreft *Kawasaki Kisen v. Plano Molding*.¹²⁹ Hier sloot een NVOCC (*World*) in opdracht van ofwel de fabrikant dan wel de koper (tevens opdrachtgever van de fabrikant) een vervoerovereenkomst met vervoerder *KL*. In de ogen van de rechter kon uit het feit dat *World* aan beide partijen had medegedeeld een vervoerovereenkomst met *KL* te zullen sluiten, waar beide stilzwijgend dan wel uitdrukkelijk mee instemden, een bevoegdheid tot vertegenwoordiging worden afgeleid. Ook naar Duits recht is het mogelijk dat een vertegenwoordiger met een toereikende volmacht en handelend 'in eigen naam' tevens zijn principaal aan de overeenkomst bindt.¹³⁰ Waar het naar Amerikaans recht in ieder geval mogelijk wordt geacht om de principaal als 'merchant' aan het cognossement te binden indien de expediteur 'in eigen naam' een vervoerovereenkomst aangaat, maar zijn principaal als 'Shipper' in het cognossement laat vermelden, wordt deze mogelijkheid evenals door de Engelse¹³¹ rechter niet door de Duitse rechter aanvaard. Zo oordeelde het OLG Bremen¹³² dat wanneer een expor-

teur een vaste prijs overeenkomt met een expediteur en niet uitdrukkelijk verlangt in het cognossement genoemd te worden, er geen sprake kan zijn van bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de expediteur. Hoewel het Duitse recht de mogelijkheid kent om een onbevoegd verrichte rechtshandeling stilzwijgend dan wel uitdrukkelijk te bekrachtigen,¹³³ kon uit de aanname en doorverhandeling van het cognossement door de exporteur geen bekrachtiging worden afgeleid.

Ook het OLG Oldenburg¹³⁴ kwam in een vrijwel identieke casus tot een soortgelijk oordeel. Waar het OLG Bremen de gebondenheid van de principaal op grond van bekrachtiging van een onbevoegd verrichte rechtshandeling naging, stelde het OLG Oldenburg zich de vraag of er sprake was van een stilzwijgende aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid (*Schuldbeitritt*) door de opdrachtgever. Het OLG Oldenburg concludeert echter dat de aanname en doorverhandeling van een cognossement niet leidt tot de (stilzwijgende) aanvaarding van de hierin opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid.

Naar positief recht is vertegenwoordiging in Nederland beperkt tot de hierboven besproken directe vertegenwoordiging.¹³⁵ Het Nederlandse recht kent hiernaast echter wel de middellijke vertegenwoordiging. Hiervan zal sprake zijn indien een partij krachtens zijn bevoegdheid een rechtshandeling verricht 'in eigen naam', doch voor rekening van een ander.¹³⁶ In een dergelijk geval zal de middellijke vertegenwoordiger als partij bij de overeenkomst dienen te worden aangemerkt, maar kan het handelen van de vertegenwoordiger ook rechtsgevolgen voor de principaal hebben. Hiertoe is het echter wel vereist dat de vertegenwoordiger bevoegd was en handelde in zijn hoedanigheid als vertegenwoordiger.¹³⁷ Zoals reeds beschreven lijken vervoerders met behulp van de 'merchant-clausule' gebruik te willen maken van deze mogelijkheid en beschouwen zij de afzender in beginsel als de vertegenwoordiger van de overige 'merchants'. Aangezien het veelal zal ontbreken aan vertegenwoordigingsbevoegdheid zal de vervoerder ofwel aannemelijk dienen te maken dat de aangesproken 'merchant' de schijn van bevoegdheid heeft opgewekt dan wel dat er sprake is geweest van bekrachtiging door de 'merchant'.¹³⁸

Het ontbreekt aan gepubliceerde Nederlandse rechtspraak waarin een vervoerder daadwerkelijk een derde op grond

124. Zie Bowstead a.w. 2010, § 8-072; Chitty a.w. 2008-II, § 31-006/§31-026; Restatement (second) of Agency § 15. Zie voor voorbeelden waarin het ontbrak aan bevoegdheid: *Cho Yang Shipping Co. Ltd. v. Coral (UK) Ltd.* [1997] 2 Lloyd's Rep. 641; *Evergreen Marine Corporation v. Aldgate Warehouse (Wholesale) Ltd.*, [2003] EWHC 667 (Comm).

125. Zie par. 5.

126. *In re M/V Rickmers Genoa Litigation*, 622 F.Supp.2d 56, 2009 AMC 609.

127. J. Cooke e.a., *Voyage Charters*, London: Informa 2007, § 18.77.

128. 622 F.Supp.2d 56, 2009 AMC 609.

129. 2008 WL 1883466 (N.D.Ill.).

130. § 164 BGB jo. § 167 BGB.

131. *Cho Yang Shipping Co. Ltd. v. Coral (UK) Ltd.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 641.

132. OLG Bremen 2 november 1978, *VersR* 79, 667 (*Lucedy*).

133. § 177 BGB.

134. OLG Oldenburg 6 oktober 1977, *VersR* 79, 1052.

135. Asser/Kortmann 2-I, nr. 6.

136. Zie Asser/Kortmann 2-I, nr. 6 en nr. 102 e.v.

137. Asser/Kortmann 2-I, nr. 103-105.

138. Asser/Kortmann 2-I, nr. 103.

van vertegenwoordiging aan het cognossement gebonden achtte. Blijkens de Nederlandse rechtspraak zal een dergelijk beroep ook niet altijd nodig zijn. Zowel de Hoge Raad als het Hof 's-Gravenhage heeft bepaald dat wanneer een 'in eigen naam' handelende expediteur (afzender) zijn principaal in het cognossement laat vermelden (bijv. als 'Shipper') het cognossement een derdenbeding mede ten behoeve van de principaal bevat.¹³⁹ De aanvaarding van het derdenbeding en hiermee de toetreding tot de vervoerovereenkomst zoals neergelegd in het cognossement, met als gevolg de gebondenheid aan de 'merchant-clausule', werd vervolgens afgeleid uit het aannemen en doorverhandelen van het cognossement door de principaal.

7.4. Derden en (beperkingen aan) de werking van de 'merchant-clausule'

Op het moment dat de gebondenheid van de derde aan de 'merchant-clausule' vaststaat, rijst de vraag of de derde in alle gevallen als hoofdelijk schuldenaar beschouwd mag worden. Blijkens de jurisprudentie zal deze vraag op een drietal uitzonderingen na met 'Ja' beantwoord kunnen worden.¹⁴⁰ Zo zijn er in ieder geval in zowel de Nederlandse als de Amerikaanse rechtspraak voorbeelden voorhanden waarin met behulp van de 'merchant-clausule' een hoofdelijke aansprakelijkheid bewerkstelligd werd ten aanzien van de vrachtprijs, de *container-demurrage* en schade en kosten veroorzaakt door het onjuist stuwen van een container door de afzender.¹⁴¹

(a) Uitzondering 1: afwijkende afspraken (*freight prepaid*)

De eerste uitzondering op de hoofdelijke aansprakelijkheid betreft de situaties waarin partijen afwijkende afspraken hebben gemaakt die voorrang dienen te verkrijgen boven de 'merchant-clausule'.¹⁴²

Hetzelfde heeft te gelden indien het cognossement een *freight prepaid*-aanduiding bevat. Zoals blijkt uit de rechtspraak zal een derde-cognossementhouder in ieder

geval naar Nederlands, Duits en Engels recht op een dergelijke aanduiding mogen vertrouwen en verkrijgt deze aanduiding voorrang boven de 'merchant-clausule'.¹⁴³ Naar Amerikaans recht wordt als aanvullende voorwaarde gesteld dat er naast de *freight prepaid*-aanduiding tevens sprake is van andere feiten of omstandigheden waaruit de derde-cognossementhouder af mocht leiden dat de vracht daadwerkelijk betaald is.¹⁴⁴ Zo werd bijvoorbeeld in *Evergreen Line v. Interstate Paper Sales co. Inc.* het beroep op de 'merchant-clausule' afgewezen aangezien het cognossement niet alleen een *freight prepaid*-aanduiding bevatte, maar de ontvanger tevens aan de vervoerder had medegedeeld dat de vracht door de afzender voldaan zou worden en de vervoerder hier in eerste instantie geen bezwaar tegen maakte.¹⁴⁵

(b) Uitzondering 2: redelijkheid en billijkheid, goede trouw, bewuste roekeloosheid

Blijkens de rechtspraak zullen vervoerders tevens geen beroep op de met behulp van de 'merchant-clausule' bewerkstelligde hoofdelijke aansprakelijkheid kunnen doen indien dit als evident 'onredelijk' kan worden beschouwd. Onder welke omstandigheden een beroep op de clausule als 'onredelijk' dient te worden aangemerkt en welke juridische kwalificatie hieraan zal worden toegekend hangt echter af van het toepasselijke recht.

Naar Nederlands recht zal een beroep op de 'merchant-clausule' worden afgewezen indien de gevorderde kosten en/of schade het gevolg zijn van opzettelijk dan wel bewust roekeloos handelen van de vervoerder.¹⁴⁶ In die gevallen waarin het handelen van de vervoerder niet gekwalificeerd kan worden als opzettelijk dan wel bewust roekeloos, maar het wel het eigen falen van de vervoerder is geweest dat de kosten en/of schade heeft veroorzaakt, dan zal het beroep op de 'merchant-clausule' op grond

139. Zie HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 327, *S&S* 1980, 63 (*Agatha*); Hof 's-Gravenhage 14 december 1962, *S&S* 1963, 57 (*ZPC/Hudig & Veder*). Blijkens de parlementaire geschiedenis is het voor een expediteur handelend 'in eigen naam' dan ook mogelijk een derdenbeding mede ten behoeve van zijn principaal op te nemen, zie: *Parl. Gesch. Boek 8*, p. 112.

140. Ook in de literatuur wordt dit wel verdedigd, zie: Tetley a.w. 2008, p. 503, p. 1135, p. 2109; Güner-Özbek a.w. 2008, p. 175; Mildon & Scorey a.w. 1999, p. 94-104.

141. Nederlandse rechtspraak: HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 327, *S&S* 1980, 63 (*Agatha*) (vrachtprijs); Hof Amsterdam 25 juni 1976, *S&S* 1978, 69 (*Carter; Tor Line*) (vrachtprijs); Rb. Rotterdam 5 maart 1982, *S&S* 1982, 110 (*Eco Dorou*) (schade aan container en container-demurrage); Rb. Amsterdam 6 januari 1982, *S&S* 1982, 11 (*Seevetal*) (schade aan container). Amerikaanse rechtspraak: *CTO International Limited v. Intercon Freight and Ralph Devine and Mandev Inc.*, 56 F.T.R. 94 (vrachtprijs); *Eimskip v. Atlantic Fish Market Inc.*, 417 F. 3d 72, 2005 AMC 1817 (vrachtprijs); *A.P. Moller-Maersk v. Taiwan Glass USA Sales*, 663 F.Supp.2d 1011, 2010 A.M.C. 1079, 2009 WL 3245826 (container-demurrage); *In re M/V Rickmers Genoa Litigation*, 622 F.Supp.2d 56, 2009, AMC 609 (schade door afzender); *Kawasaki Kisen Kaisha Ltd and 'K'Line America v. Plano Molding Co. and CMT International Inc.*, 2008 WL 1883466 (schade door afzender); *APL Co. PTE Ltd. v. UK Aerosols LTD; UG. Co. Inc.; Universal Grocers Co.; Kamdar Global*, 582 F.3d 947, 2009 AMC 2234 (schade door afzender).

142. Zo bepaalde de Rechtbank Middelburg dat later toegevoegde clausules voorrang verkrijgen boven de standaardcognossementvoorwaarden en de 'merchant-clausule', zie: Rb. Middelburg 8 februari 1989, *S&S* 1989, 109 (*Usaramo Hettstedt*). Zie voor een Amerikaanse uitspraak: *Evergreen Line v. Interstate Paper Sales co. Inc.*, 1981 AMC 2146.

143. Zie Nederlands recht: Van de Laarschot a.w. 1996, p. 271 verwijzend naar Rb. Rotterdam 22 juni 1965, *S&S* 1965, 68 (*Albena; Algo*); Hof Amsterdam 23 september 2004, *S&S* 2005, 8 (*Altmuhl*); Engels recht: Gaskell a.w. 2000, p. 485; Duits recht: Herber a.w. 1999, p. 262; Rabe a.w. 2000, p. 628; Ramming a.w. 1994, p. 529; OLG Oldenburg 6 oktober 1977, *VersR* 79, 1052.

144. Tetley a.w. 2008, p. 2214; Schoenbaum a.w. 2004, p. 605-606; *National Shipping co. of Saudi Arabia v. Omni Lines Inc.*, 106 F.3d 1544; *Strachan Shipping Co. v. Dresser Indus Inc.*, 701 F.2d 483.

145. *Evergreen Line v. Interstate Paper Sales Co. Inc.*, 1981 AMC 2146.

146. Zie HR 12 maart 1954, *NJ* 1955, 386 (*Codam/Merwede*); Hof 's-Gravenhage 9 januari 1987, *S&S* 1989, 26 (*Katerina A*); Hof Amsterdam 26 oktober 1989, *S&S* 1990, 97 (*Realengracht*); Arbitrale beslissing 14 april 1988, *S&S* 1990, 53 (*Balder Jiangchow*).

van strijd met de redelijkheid en billijkheid desalniettemin afgewezen kunnen worden.¹⁴⁷

Ook de Duitse rechter heeft met betrekking tot het eigen falen van de vervoerder geoordeeld dat een vervoerder die aflevert aan de ontvanger zonder gebruik te maken van zijn zekerheidsrechten, hiermee het risico aanvaardt niet betaald te zullen worden voor zijn openstaande vorderingen. Het is dan ook in strijd met de goede trouw (*Treu und Glauben*) indien hij op basis van de 'merchant-clausule' de afzender aan zou spreken voor de vrachtprijs.¹⁴⁸

Een andere situatie waarin de Duitse rechter de goede trouw hanteerde om een door de vervoerder ingestelde vordering af te wijzen betrof het vervoer van kolenbrikettes die vlam vatten tijdens het vervoer wat resulteerde in schade voor de vervoerder. Blijkens de cognossementvoorwaarden was de ontvanger hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade veroorzaakt door de vervoerde goederen. Het beroep op deze clausule werd echter afgewezen aangezien de goede trouw in een dergelijke situatie vereist dat de vervoerder voor uitlevering aan de ontvanger, en dus voordat deze op grond van de wet (§ 614 HGB) gebonden zou zijn aan de cognossementvoorwaarden, dient mede te delen dat er zich daadwerkelijk schade heeft voorgedaan gedurende het vervoer en wat de omvang van de schade betreft. De keuze is vervolgens aan de geadresseerde of hij onder deze omstandigheden de goederen in ontvangst wenst te nemen en ten gevolge hiervan onderworpen zal zijn aan de cognossementvoorwaarden.¹⁴⁹

In gelijke zin als de Nederlandse 'redelijkheid en billijkheid' en de Duitse goede trouw (*Treu und Glauben*) zal een Amerikaanse rechter het beroep op de 'merchant-clausule' onder bepaalde omstandigheden als *fundamental unfair* aanmerken en de vordering afwijzen. Zo kwalificeerde het Amerikaanse *District Court*¹⁵⁰ de door de vervoerder ingestelde vordering tot voldoening van de vrachtprijs jegens de ontvanger als *fundamental unfair* nu de ontvanger aan de vervoerder had medegedeeld dat de afzender in zou staan voor de vrachtprijs en de vervoerder hier in eerste instantie mee instemde.

(c) Uitzondering 3: duidelijk kenbaarheidvereiste

Tot slot zal een beroep op de hoofdelijke aansprakelijkheid niet slagen indien het voor de 'merchant' niet kenbaar was waartoe hij verplicht werd gesteld en welke aansprakelijkheden hij op zich nam. De Nederlandse wetgever heeft deze verplichting doen opnemen in art.

8:441 lid 2 BW en alleen die rechten tot betaling die 'duidelijk kenbaar' zijn voor de derde-cognossementhouder kunnen tegen hem geldend worden gemaakt. Wanneer er aan dit duidelijk kenbaarheidvereiste voldaan is blijft enigszins onzeker. De toelichting op art. 8:441 en 8:415 BW leert in ieder geval dat de uitdrukking een met opzet aangebrachte versterking ten aanzien van het vereiste van bekendheid of kenbaarheid is, maar dient het uiteindelijk aan de beoordeling van de rechter te worden overgelaten of een beding 'duidelijk kenbaar' is.¹⁵¹ Hoewel er uit de rechtspraak omtrent art. 8:441 lid 2 en 8:415 BW niet of nauwelijks criteria zijn af te leiden, biedt het arrest van de Hoge Raad inzake de *Copiapo*¹⁵² wellicht uitkomst. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat er voldaan is aan het duidelijk kenbaarheidvereiste indien uit het cognossement als geheel duidelijk kenbaar is wat de verplichtingen van de cognossementhouder zijn en dient er op omstandigheden die niet uit het cognossement kenbaar zijn geen acht te worden geslagen.¹⁵³

Hierbij kan echter wel de vraag worden gesteld of het voldoende is indien uit het cognossement blijkt dat men als 'merchant' hoofdelijk aansprakelijk is of dat het cognossement tevens dient te vermelden of men daadwerkelijk wat verschuldigd is. En zo ja, hoeveel men verschuldigd is. De Hoge Raad heeft op deze vraag geantwoord dat de cognossementhouder, alvorens zich met het cognossement in te laten, de vordering van de vervoerder in het cognossement moet kunnen lezen. Tot betaling zal de cognossementhouder echter slechts gehouden zijn indien de vordering verschuldigd zal blijken te zijn, maar het cognossement hoeft het bewijs der verschuldigdheid niet te leveren.¹⁵⁴ Op dit punt wijkt het Nederlandse recht echter af van het Duitse recht. Zoals hierboven reeds uiteengezet brengt de goede trouw met zich mee dat een vervoerder naar Duits recht wel degelijk vooraf aan de ontvanger dient mede te delen of deze daadwerkelijk enig bedrag verschuldigd is.¹⁵⁵

8. CONCLUSIE

Vervoerders lijken met de 'merchant-clausule' wellicht geen machtig wapen, maar in ieder geval wel een nuttig instrument te hebben gevonden. Het aantal partijen dat op grond van de wettelijke regeling onderworpen is aan de cognossementvoorwaarden is in beginsel beperkt tot de afzender en de ontvanger van de goederen. De 'merchant-clausule' maakt het in ieder geval mogelijk om deze kring van schuldenaren uit te breiden en ook tussentijdse

147. Hof 's-Gravenhage 23 december 2003, *S&S* 2004, 39 (*Martha, Cornelis Verolme en Ellen Hudig*). In casu zorgde het faillissement van de vervoerder voor extra kosten die op grond van de 'merchant-clausule' voor rekening van de 'merchant' kwamen.

148. OLG Bremen 13 maart 1986, *TranspR* 86, 190 (*Denizati*).

149. Zie Rabe 2000 a.w., p. 636; RG 13 oktober 1942, *RGZ* 170, 233.

150. *Evergreen Line v. Interstate Paper Sales co. Inc.*, 1981 AMC 2146.

151. E.M. Meijers (Groene Boek), *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van prof. mr. E.M. Meijers, Toelichting vijfde gedeelte (Boek 8 verkeersmiddelen en vervoer) eerste stuk, opgesteld door prof. mr. H. Schadee*, 's-Gravenhage: staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1326 en p. 1315.

152. HR 14 februari 2003, *RvdW* 2003, 36, *S&S* 2003, 73, *JBPr* 2003, 52 m.nt. F.G.M. Smeele. Het ging in dit arrest echter wel om de geldigheid van een forumkeuzebeding ingevolge art. 629 lid 2 Rv.

153. Zie voor voorbeelden uit de Australische rechtspraak: *Australian Tallow & Agri-Commodities Pty Ltd v. Malaysia International Shipping Corporation* [2001] NSWCA 16; *Malaysia International Shipping Corp. Bhd v. ViSa Australia Pty Ltd.* [2003] VSCA 64.

154. HR 14 april 1932, *NJ* 1932, 1726 (*s.s. Louis de Geer*). Kritisch over dit arrest: R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1961, p. 640.

155. Zie Rabe a.w. 2000, p. 636; RG 13 oktober 1942, *RGZ* 170, 233.

houders van het cognossement en ingeschakelde hulppersonen aan de cognossementvoorwaarden te binden. Hiervoor is opneming van de 'merchant-clausule' alleen echter niet voldoende en zal er tevens sprake dienen te zijn van aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Zoals de rechtspraak aantoont behoeft het hier niet om een uitdrukkelijke aanvaarding te gaan en het is derhalve mogelijk dat partijen gebonden raken zonder dat hun wil hierop gericht zal zijn. Hoewel het nog niet lijkt te zijn voorgekomen dat een bank op grond van de 'merchant-clausule' werd aangesproken lijkt een dergelijke vordering niet bij voorbaat kansloos.

Ongeacht of partijen nu vrijwillig dan wel onbedoeld tot hoofdelijke schuldenaar uit het cognossement worden voor beide situaties geldt dat de omvang van de aansprakelijkheid veelal onbekend zal zijn en de risico's daarom groot. De 'merchant-clausule' slaagt in beginsel dan ook in het bewerkstelligen van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle kosten en schade. Het aanbieden of aanvaarden van het cognossement kan dan ook als een spelletje Russische roulette worden ervaren.