

Reactie op het ontwerp van wet tot wijziging van Boek 8 BW in verband de invoering van het elektronisch cognossement en het elektronisch CT-document

Het gewijzigd ontwerp elektronisch cognossement geeft mij aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Met waardering heb ik ervan kennisgenomen dat anders dan in het conceptwetsvoorstel van 2022 in het huidige voorstel niet langer wordt uitgegaan van de - één op één – implementatie van de artikelen uit de Rotterdam Rules die betrekking hebben op het elektronisch vervoerbestand. De fundamentele bezwaren tegen deze implementatie heb ik in mijn reactie van 22 juli 2022 op het eerdere conceptvoorstel uiteengezet. Deze koerswijziging betekent een belangrijke verbetering van het ontwerp.

Ook onderschrijf ik het uitgangspunt het voorstel te laten aansluiten op MLETR en de Rotterdam Rules.

Het vorenstaande neemt niet weg dat ook het huidige wetsvoorstel mij noopt tot een aantal kritische opmerkingen. Ik licht die als volgt toe.

1. *Functionaliteit van het cognossement*

1.1 Het voorstel beoogt te waarborgen dat het elektronisch cognossement functioneel equivalent is aan het daarmee corresponderende papieren document.¹

De functie van een (papieren) cognossement is met name:

- a. bewijsdocument (bewijs van ontvangst van de goederen door de vervoerder en het bestaan van de vervoerovereenkomst) (art. 8:399, 8:414 BW);
- b. noodzakelijk document om afgifte van de goederen te krijgen (art. 8:441 lid 1 BW);
- c. verhandelbaar document dat de daarin opgenomen zaken belichaamt (art. 8:417 BW).²

Volgens de Memorie van Toelichting kan een elektronisch cognossement niet worden aangemerkt als een waardepapier of een roerende zaak en valt het daarom niet onder art. 3:93 BW. Er is bewust van afgezien art. 3:93 BW tevens van toepassing te laten zijn op elektronische varianten van order-of-tonderpapieren.³

Omdat een elektronisch cognossement niet kan worden aangemerkt als een roerende zaak, bestaan er daarmee volgen de Memorie van Toelichting “goederenrechtelijke verschillen tussen (de overdracht, levering, verpanding en houderschap van) het papieren document en het elektronische bestand”.⁴

De Memorie van Toelichting wijst erop dat in de praktijk de rechtsgevolgen echter “niet noemenswaardig” uiteen hoeven te lopen, doordat een opvolgende houder van een elektronisch cognossement rechthebbende kan worden van de vordering tot aflevering van de zaken en tevens de eigendom van de vervoerde zaken kan verkrijgen. In dat verband wordt gesteld:

(i) dat de vordering tot aflevering van de zaken - in plaats van een goederenrechtelijke levering van het waardepapier op grond van art. 3:93 BW - ook op de opvolgende houder kan overgaan, doordat deze toetreedt tot de vervoerovereenkomst en in staat wordt gesteld het recht tot aflevering van de

¹ MvT, p. 3.

² Zie Dorhout Mees, Kort begrip van het Nederlands handels- en faillissementsrecht (1971), nr. 9.365; Haak in T&C aant. 1 bij art. 8:916. Buiten beschouwing laat ik de vraag of een cognossement op naam, dat niet verhandelbaar is, een waardepapier is.

³ MvT, p. 4.

⁴ MvT, p. 7.

zaken uit de vervoerovereenkomst uit te oefenen;

(ii) dat de vervoerde zaken zonder feitelijke handeling kunnen overgaan op een verkrijger, waarbij de vervoerder bij voorbaat erkent te gaan houden voor de houder van het elektronisch bestand (*traditio longa manu*);

(iii) dat de derde-houder van een elektronisch cognossement mag afgaan op de gegevens die daarin moeten worden vermeld.

Ad (i)

In het vervoerrecht geldt in het algemeen dat degene die als geadresseerde in een vrachtbrief is vermeld, recht op aflevering jegens de vervoerder heeft doordat hij via een derdenbeding toetreedt tot de overeenkomst⁵. Het recht op aflevering van de houder van een cognossement jegens de vervoerder vloeit dan ook niet noodzakelijkerwijs voort uit de hoedanigheid van het cognossement als waardepapier.⁶ Maar als waardepapier bevat het cognossement het exclusieve recht op aflevering dat door levering van het cognossement op de verkrijger overgaat.

Ad (ii)

Inderdaad kan - los van een cognossement - de levering van een zaak plaatsvinden op basis van een verklaring tussen de vervreemder en de verkrijger door middel van *traditio longa manu*. Daarvoor is de medewerking van de vervoerder vereist, die gaat houden voor de verkrijger.

Het kenmerk van een waardepapier is dat in een aan order of toonder gesteld papier rechten zijn vastgelegd. Het recht is belichaamd in het papier. In een cognossement is dat niet alleen het recht op aflevering van de zaken jegens de vervoerder; het behelst ook het recht op de zaken zelf. De overdracht, dus de bezitsverschaffing van de in het cognossement vermelde zaken geschiedt door aan de verkrijger het bezit van het cognossement te verschaffen, waarbij de vervoerder optreedt als houder van de zaken voor de verkrijger.⁷ Of zoals art. 8:417 BW het formuleert: "Levering van het cognossement vóór de aflevering van de daarin vermelde zaken, geldt als levering van die zaken". Het cognossement is dus niet een papier dat alleen een recht (op aflevering) geeft jegens de vervoerder; het (recht- en regelmatig) houderschap van het cognossement legitimeert in beginsel de houder ook als rechthebbende op de daarin vermelde zaken jegens eenieder. De aard van dat recht (eigendom of anderszins) hangt af van de rechtsverhouding die aan de levering ten grondslag ligt.

1.2 Volgens de Memorie van Toelichting kan een elektronisch cognossement niet worden aangemerkt als een waardepapier.⁸ Daaraan wordt de conclusie verbonden dat een elektronisch cognossement niet de specifieke kenmerken en functies zou kunnen hebben van een waardepapier zoals een cognossement, dus niet het recht op aflevering en het recht op de zaken zelf bevat.⁹ Indien deze opvatting juist is, brengt dit mee dat in het Ontwerp het elektronisch cognossement niet voldoet aan het kernelement van het order- en toondercognossement.

⁵ Zie o.m. Asser-Japikse 7-I, nr 155, die refereert aan de parlementaire verhandelingen over art 8:441, voor zover betrekking hebbend op de gebondenheid van de zeevervoerder jegens een derde -cognossementhouder onder een door hem uit te geven cognossement: "deze situatie – zo luidde de reactie op een desbetreffende vraag – beantwoordt aan de omschrijving van een derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 lid 1 hetgeen in verband met art. 6:254 meebrengt dat de cognossementhouder partij wordt bij de vervoerovereenkomst, ...".

⁶ Specifiek voor het cognossement geldt wel dat de houder krachtens wetsduiding (art. 8:441 lid 1) het *exclusieve* recht op aflevering heeft.

⁷ Zwitser, *Order- en toonderpapieren* (Mon. BW nr A28) 2017/11: "De eigendomsfunctie van het cognossement (...) berust op het gebruik maken van levering *longa manu* uit art. 3:115 sub c BW". Zie ook: Asser/Bartels&Van Mierlo 3-IV 2021/362: "De houder van een cognossement of een ceel aan toonder legitimeert zich met het papier als eigenaar van de vervoerde of opgeslagen zaken".

⁸ MvT, p. 4.

⁹ Deze conclusie is met name af te leiden uit hetgeen in de MvT is vermeld op p. 7 en volgt ook uit de toelichting op lid 4 van art. 400.

Daarmee kan naar mijn mening niet gezegd worden dat het elektronische cognossement een “functioneel equivalent” is van het papieren cognossement.

1.3 De hierboven geschetste opvatting dat een elektronisch cognossement niet kan worden aangemerkt als een waardepapier, is naar mijn mening niet vanzelfsprekend. Het feit dat een elektronisch cognossement niet kan worden aangemerkt als een roerende zaak en geen “papier” is als bedoeld in art 3:93 BW dwingt niet noodzakelijkerwijs tot deze opvatting.¹⁰ Ik acht het heel wel denkbaar dat een elektronisch cognossement de functie en kenmerken van een papieren cognossement kan hebben. Ik zal dit hieronder nader uiteenzetten.¹¹

1.4 Art. 400 lid 3 Ontw. verklaart de artikelen van afdeling 2 van titel 5 inzake de afgifte en het gebruik van het cognossement van overeenkomstige toepassing op de afgifte en het gebruik van een elektrisch cognossement, tenzij de aard van de bepaling zich daartegen verzet. Voor de reikwijdte van deze belangrijke bepaling is het noodzakelijk vast te stellen wat onder “gebruik van het cognossement” wordt verstaan. De wettekst vermeldt hierover niets en ook de Memorie van Toelichting verschaft niet veel opheldering. Volgens Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal is *gebruik* “het zich bedienen van iets als middel tot een zeker doel”. Het omvat dus alle handelingen met betrekking tot het cognossement: naast de afgifte door de vervoerder (art. 8:399 lid 1) is aannemelijk dat daaronder in ieder geval ook vallen het gebruik als bewijsmiddel (art. 8:399 en 8:414) en het aanbieden van het cognossement aan de vervoerder om aflevering van de zaken te verkrijgen (art. 8:441).

Wel geeft de Memorie van Toelichting aan wat in ieder geval *niet* onder een gebruik van het cognossement valt waarop afdeling 2 van titel 5 van overeenkomstige toepassing is, namelijk de *levering* van het cognossement (art. 8:416 en art. 8:417).¹² Daarover gaat de volgende paragraaf.

2. Overdracht van cognossement

2.1 De overdracht van de rechten uit een toondercognossement geschiedt door de levering van het papier; levering vindt plaats door middel van bezitsverschaffing, dat wil zeggen door de verkrijger in staat te stellen de macht over het goed uit te oefenen.¹³ Voor overdracht van een recht aan order is daarnaast tevens endossement vereist. De Memorie van Toelichting stelt dat deze leveringswijze niet mogelijk is bij een elektronisch cognossement, dat immers geen roerende zaak is.¹⁴

Wel gaat het Ontwerp ervan uit dat iemand *houder* van een elektronisch cognossement kan zijn: ingevolge art. 402 Ontw. geeft de vervoerder aan de afzender een elektronisch cognossement af en

¹⁰ Van Boom en De Graaf kwalificeren ook bitcoins als waardepapieren. W.H. van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2023, par. 3.6.5, p. 75-77; T.J. de Graaf, *De kwalificatie van bitcoins*, NJB 2019-1, p. 6-18. Vgl. ook R.E. van Esch, *Pecunia non olet. Van gelijke behandeling van elektronisch geld met waardepapieren* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001, waarin elektronisch geld wordt gelijkgesteld met waardepapieren.

¹¹ Zie in dit verband ook F. Stevens, *Elektronisch waardepapier: fata morgana of reële mogelijkheid?*, TVR 2019-2/3. Stevens wijst erop dat art. 3:93 BW gaat over de *levering* en de strekking van dit artikel niet is op te leggen dat waardepapieren enkel in papieren vorm gecreëerd zouden mogen worden (p. 126). Hij meent dat met een correcte technische benadering elektronische waardepapieren wel degelijk mogelijk zijn en deze kunnen worden ingepast in het bestaande juridische kader (p. 128 en 129).

¹² MvT, p 13: “Niet alle artikelen uit afdeling 8.5.2 omtrent het cognossement zijn ingevolge dit wetsvoorstel echter van overeenkomstige toepassing, bijvoorbeeld omdat ze niet relevant zijn voor het elektronisch cognossement. Dat geldt (...) eveneens voor de artikelen 8:416 en 417 BW. Deze laatstgenoemde artikelen hebben betrekking op de levering van een cognossement”.

¹³ Art. 8:417 in verbinding met art. 3:93, 3:90 en. 3:114 BW.

¹⁴ MvT, p. 4.

wordt deze afzender daardoor houder van het elektronisch cognossement. Voorts ligt in het Ontwerp besloten dat ook een ander dan de afzender houder kan worden van het elektronisch cognossement.¹⁵

Uitgangspunt naar Nederlands recht is dat “eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten” overdraagbaar zijn.¹⁶

2.2 De cruciale vraag *op welke wijze* het houderschap en, dus de rechten uit een elektronisch cognossement worden overgedragen, wordt in het Voorstel niet beantwoord. Het woord “overdracht” of “levering” zal men überhaupt tevergeefs in de tekst zoeken. De Toelichting vermeldt slechts dat de levering door middel van bezitsverschaffing niet mogelijk is bij een elektronisch bestand¹⁷ en dat art. 400 lid 4 in de plaats komt van art. 8:417¹⁸. Dat laatste is echter niet zonder meer evident. Art. 400 lid 4 Ontw. gaat immers niet over de levering van een elektronisch cognossement, maar bepaalt dat de *vervanging* van de houder van een elektronisch cognossement geldt als levering van de daarin vermelde *zaken*. “Vervanging” betekent volgens de Toelichting dat het elektronisch cognossement aan een ander wordt “verschafft”, een ander het “verkrijgt”.¹⁹ Maar hoe dat “verschaffen” en “verkrijgen” plaatsvindt wordt niet toegelicht.

Voor het verschaffen” en “verkrijgen” zal, hoe dan ook, een overdracht door levering moeten plaatsvinden²⁰, die inhoudt dat het bezit wordt overgedragen²¹, dat wil volgens art. 3:114 BW zeggen dat de verkrijger in staat wordt gesteld macht over het goed uit te oefenen die de bezitter zelf over het goed kon uitoefenen.

Dat levering door middel van bezitsverschaffing niet mogelijk is bij een elektronisch cognossement, is in zoverre juist dat dat er geen stoffelijk voorwerp kan worden overgedragen, zoals bij een papieren cognossement wel het geval is. Maar waar het uiteindelijk gaat om het in staat stellen “macht uit te oefenen”, rijst de vraag of dat bij een elektronisch cognossement toch niet mogelijk is.

2.3 In de digitale wereld is het, naar ik begrijp, technisch mogelijk dat aan een te identificeren persoon de exclusieve zeggenschap (*exclusive control*) over een elektronisch bestand wordt gegeven en het bestand wordt overgedragen door de overdracht van de zeggenschap over het bestand.²² Door de exclusieve zeggenschap aan een ander over te dragen is de verkrijger in staat de macht over de in het elektronisch cognossement belichaamde rechten uit te oefenen. Of iemand een goed²³ voor zichzelf houdt - en dus bezit - wordt ingevolge art. 3:108 BW naar verkeersopvatting beoordeeld en overigens op grond van uiterlijke feiten. Het is naar mijn mening aannemelijk dat degene die de exclusieve zeggenschap verkrijgt naar verkeersopvatting daarmee ook het bezit van die rechten verkrijgt.

¹⁵ MvT, p. 7: “ (...) doordat een *opvolgend houder* van een elektronisch cognossement (...) rechthebbende kan worden van de vordering tot aflevering van de zaken (...)”.

¹⁶ Art. 3:83 lid 1 BW.

¹⁷ MvT, p. 13 onderaan.

¹⁸ MvT, p. 14 (toelichting bij art. 400 lid 1).

¹⁹ MvT, p. 14 (toelichting bij art. 400 lid 4). Het houderschap en het kunnen “verschaffen” van een elektronisch cognossement aan een ander veronderstelt m.i. impliciet dat een elektronisch cognossement - met de daarin vervatte vermogensrechten - vatbaar is voor bezit en eigendom.

²⁰ Art. 3:84: “Voort overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel (...)”.

²¹ Art. 3:112 BW: “Bezit wordt verkregen door inbezitneming, door *overdracht* of door opvolging onder algemene titel” (cursivering, JT).

²² Voor een techniek van overdracht, zie Stevens, t.a.p. p. 127: “Het overdragen van een dergelijk waardepapier is dan ook niet het verzenden van een bestand als bijlage bij een e-mail aan de nieuwe houder, een elektronisch waardepapier wordt overgedragen door een instructie te sturen naar de database om het veld “houder” aan te passen van de huidige houder naar de nieuwe houder”.

²³ Volgens art. 3:1 BW zijn goederen alle zaken en alle vermogensrechten.

Deze benadering is ook terug te vinden in de MLETR en de Rotterdam Rules²⁴. Indien het elektronisch bestand exclusieve zeggenschap over dat bestand geeft aan een te identificeren persoon, wordt dit in de MLETR gelijkgesteld met het *bezit* (“possession”) van een overdraagbaar (papieren) document en de *overdracht* van de zeggenschap (“transfer of control”) over een elektronisch bestand wordt gelijkgesteld aan de overdracht van het bezit van een overdraagbaar papieren bestand. De Rotterdam Rules bepalen dat de afgifte van, *exclusieve zeggenschap* over of overdracht van een elektronisch vervoerbestand dezelfde werking hebben als de afgifte, het *bezit* of de overdracht van een vervoerdocument.

2.4 Vervolgens blijft nog te beantwoorden de vraag of er naar Nederlands recht formele eisen aan de levering worden gesteld. De te verrichten formaliteiten worden bepaald door de aard van de goederen: registergoederen (art. 3:89 BW), roerende zaken niet-registergoederen (art. 3:90-92 BW), toonder- en orderpapieren (art. 3:93 BW) en vorderingen op naam (art.3:94 BW). Tenslotte bevat art. 3:95 BW een restbepaling: “*Buiten de in de artikelen 89-94 geregelde gevallen (...) worden goederen geleverd door een daartoe bestemde akte*”.

Het is naar mijn mening aannemelijk dat de levering vereist voor de overdracht van rechten (aan order of toonder) in een elektronisch cognossement waarover de vervreemder de exclusieve zeggenschap heeft, buiten de in art. 3:89-94 geregelde gevallen valt.²⁵ Dat zou betekenen dat levering conform art. 3:95 zou moeten geschieden door een “daartoe bestemde akte”.²⁶ Daaraan worden geen hoge eisen gesteld. Voldoende is een enkel door de vervreemder ondertekende akte, mits de levering door de verkrijger (vormvrij) wordt aanvaard.²⁷ De tot levering strekkende verklaring behoeft niet met zoveel woorden in de akte te zijn opgenomen.²⁸ Ingevolge art. 156a Rv. kunnen onderhandse akten (en overeenkomsten ex art. 6:227a BW) ook elektronisch worden opgemaakt en worden voorzien van een elektronische handtekening in de zin van art. 3:15a BW.

Hoewel ik geen kennis heb van de technische aspecten van elektronische bestanden, komt het mij voor dat aan deze vereisten ten aanzien van de levering van (rechten neergelegd in) een elektronisch cognossement zal kunnen worden voldaan.

2.5 Zoals gezegd komt de term “overdracht” of “levering” van een elektronisch cognossement niet voor in het wetsvoorstel. Het lijkt erop dat de opstellers bewust ervoor hebben gekozen deze termen te vermijden omdat dit vragen zou doen rijzen over de wijze waarop deze overdracht/levering naar Nederlands recht kan plaatsvinden.

Maar door deze kwestie uit de weg te gaan, wordt de praktijk geconfronteerd met een grote mate van rechtsonzekerheid ten aanzien van een wezenlijke functie van het elektronisch cognossement. Ik zou daarom in overweging willen geven in het Ontwerp een bepaling op te nemen die de juridische grondslag voor de levering van een elektronisch cognossement versterkt, en meer algemeen de

²⁴ Zie art. 11 MLETR en art. 8 RR.

²⁵ Martius, *Elektronisch handelsrecht*, NTHR-reeks, deel 8 (2008), p. 199 meent dat het wettelijk vereiste van art. 3:93 en 8:416 BW een belemmering is voor de levering van rechten aan toonder of order in een eB/L. Zo ook M.A.W. Van Maanen, *Het elektronisch cognossement*, p. 80-81, in M.H. Claringbould (e.a.), *Het schip en zijn verdragen* (Paris: Zutphen 2020), die overigens levering van een elektronisch cognossement *op naam* wel mogelijk acht omdat volstaan kan worden met een onderhandse akte die ook in elektronische vorm kan worden opgemaakt (art. 6:227a BW). Maar dat kan m.i. dus ook bij de levering van een elektronisch cognossement aan order of toonder, en wel overeenkomstig art. 3:95 BW.

²⁶ Zie Asser/Bartels&Van Mierlo 3-IV 2021/327, die meent dat een tot levering bestemd ondertekend geschrift moet worden aangemerkt als een akte als bedoeld in art. 156 Rv.

²⁷ In dit verband zij opgemerkt dat het endossement op een ordercognossement ook geschiedt door een verklaring van de endossant op de achterzijde.

²⁸ Aldus Rank-Berenschot in T&C BW (2023), art. 3:93 BW, aant. 3

gelijkstelling van het elektronisch cognossement met een papieren cognossement benadrukt, zoals ook in de MLETR en de Rotterdam Rules is gedaan.

3. Suggesties voor aanpassing

3.1 Dit brengt mij tot het doen van de volgende tekstuele suggestie voor aanpassing van art. 400 Ontw. (waarbij de wijzigingen/aanvullingen zijn onderstreept).

Artikel 400

1. *Na de zaken ontvangen en aangenomen te hebben, geeft de vervoerder, de kapitein of de agent van de vervoerder aan de afzender een elektronisch cognossement af, indien de vervoerder en de afzender in de overeenkomst van goederenvervoer overeenkomen dat een elektronisch cognossement wordt afgegeven.*
2. *Een elektronisch cognossement is een elektronisch bestand dat dezelfde gegevens bevat die op grond van afdeling 2 van titel 5 vereist zijn voor een cognossement.*
3. *De afgifte van, exclusieve zeggenschap over of overdracht van een elektronisch cognossement heeft dezelfde werking als de afgifte, het bezit of de overdracht van een cognossement, op voorwaarde dat de afgifte, de exclusieve zeggenschap en de overdracht in overeenstemming zijn met de vereisten van artikel 401.*
4. *De artikelen uit afdeling 2 van titel 5 inzake de vervoerovereenkomst onder cognossement zijn van overeenkomstige toepassing op een elektronisch cognossement, tenzij de aard van de bepaling zich ertegen verzet.*

Artikel 401

1. *Het gebruik van een elektronisch cognossement geschiedt door een betrouwbare methode voor:*
 - a. *het afgeven en overdragen van een elektronisch cognossement;*
 - b. *het opnemen, het behouden en het wijzigen van de gegevens in het elektronisch cognossement;*
 - c. *het vaststellen van de identiteit van de houder van het elektronisch cognossement.*
2. *De gegevens in het elektronisch cognossement zijn raadpleegbaar door de houder van het elektronisch cognossement.*

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het niet nodig is om alle bepalingen van de MLETR of de Rotterdam Rules over te nemen in dit wetsvoorstel om inhoudelijke overeenstemming daarmee te waarborgen. De overeenstemming zou volgens de Toelichting ook kunnen volgen uit het van overeenkomstige toepassing verklaren van de artikelen inzake de afgifte en het gebruik van het cognossement op de afgifte en het gebruik van een elektronisch cognossement.²⁹

Ik meen dat dit echter niet toereikend is. Zo is bijvoorbeeld in het overzicht waaruit zou blijken dat het Voorstel aansluit op de MLETR en de Rotterdam Rules vermeld dat - onder meer - art. 11 lid 2 MLETR en art. 8, onderdeel b RR zouden overeenkomen met art. 401 lid 1 sub b. Genoemde bepalingen uit de MLETR en Rotterdam Rules betreffen evenwel de gelijkstelling van het bezit van een cognossement met de exclusieve zeggenschap over het elektronisch bestand resp. de gelijkstelling van de afgifte en de overdracht, terwijl art. art. 401 sub b gaat over het vereiste van een betrouwbare methode voor de vervanging van de houder van een elektronisch cognossement. Zoals gezegd komen de termen "overdracht", "bezit" en "zeggenschap" niet voor in het Voorstel, terwijl de term "vervanging" noch in de MLETR noch in de Rotterdam Rules voorkomt.

Ik vermag daarom niet in te zien dat door het van overeenkomstige toepassing verklaren van de

²⁹ MVT, p. 6.

artikelen inzake de afgifte en het gebruik van het cognossement de “inhoudelijke overeenstemming” met de MLETR of Rotterdam Rules is gewaarborgd, zoals de Toelichting stelt.

3.2 In paragraaf 2.2 kwam *art. 400 lid 4* reeds aan de orde. In aansluiting daarop veroorloof ik mij daarover nog het volgende op te merken.

Art. 400 lid 4 luidt:

“De vervanging van de houder van een elektronisch cognossement (...) geldt als levering van de zaken aan die houder”.

Hiermee wordt naar mijn mening een geheel nieuwe wijze van overdracht van zaken geïntroduceerd, die het Nederlandse recht niet kent. In plaats van levering door middel van bezitsverschaffing, vindt hier levering van zaken plaats door *vervanging van de houder*. Uit de Memorie van Toelichting valt echter af te leiden dat met “vervanging” bedoeld is dat het houderschap overgaat aan een ander, dus een ander het cognossement verkrijgt, hetgeen toch niet anders kan betekenen dan dat de overdracht van het elektronisch cognossement levering van de zaken meebrengt. Maar uit de Toelichting blijkt dat dit niet het geval is: lid 4 moet worden begrepen als een *bewijsbepaling*, waartegen tegenbewijs mogelijk is. De bepaling “draagt eraan bij dat de vervoerder en verkrijgers van een elektronisch cognossement ervan mogen uitgaan dat de houder van het elektronisch cognossement gerechtigd is op de zaken”³⁰. De verschaffing van een elektronisch cognossement betekent volgens de Toelichting “dus niet dat de regelmatig houder steeds ook eigenaar is van de vervoerde zaken”. Of dat werkelijk zo is hangt ervan af of “partijen bij de vervanging van de houder” op het elektronisch cognossement afspreken dat tevens de eigendom van de vervoerde zaken overgaat.

Als ik het goed begrijp, worden door de enkele overdracht van het elektronisch cognossement (“vervanging van de houder” in de woorden van lid 4) dus niet tevens de zaken geleverd. Daarvoor is nodig een daartoe strekkende verklaring tussen de vervreemder en de verkrijger op het cognossement.³¹ De levering van de zaken (ten titel van eigendom of anderszins) vloeit dus niet voort uit de overdracht van het cognossement; voor die levering is een afzonderlijke afspraak tussen vervreemder en verkrijger noodzakelijk die dan kennelijk in het elektronisch cognossement wordt opgenomen. Dat past in de opvatting dat het elektronisch cognossement geen waardepapier is dat door bezitsverschaffing kan worden geleverd waardoor de levering ervan geldt als levering van de vervoerde zaken (cfm. art. 8:417 BW). Maar zoals ik hierboven heb uiteengezet, is bezitsverschaffing van een elektronisch cognossement naar mijn mening wel mogelijk, en wel door aan de verkrijger de (exclusieve) zeggenschap over het gebruik ervan te verlenen.

3.3 Ook als de opvatting van het Ontwerp zou worden gevolgd, is het mijns inziens onwenselijk dat *lid 4* van art. 400 in zijn huidige formulering wordt gehandhaafd.

Terwijl er ondubbelzinnig staat dat de vervanging van de houder als levering van de zaken geldt, schept deze bepaling volgens de Memorie van Toelichting slechts een vermoeden dat dit het geval is. Dat slechts door raadpleging van de Memorie van Toelichting duidelijk wordt wat de ware bedoeling van de bepaling is, naar mijn mening zeer verwarrend. Mij is niet duidelijk waarom de ware bedoeling niet in de tekst is opgenomen.

Voorts is naar mijn mening de formulering dat “de vervanging van de houder geldt als levering van de zaken aan die houder” niet alleen een juridische rariteit, maar onduidelijk is ook wie “die houder” is. Grammaticaal kan “die houder” alleen de houder zijn die wordt vervangen (een ander houder wordt

³⁰ MvT, p. 14 (Toelichting op art. 400 lid 4). Op grond waarvan de vervoerder en de verkrijger ervan mogen uitgaan dat de houder gerechtigd is tot de zaken, wordt niet toegelicht.

³¹ Zie MvT, p. 7: “De vervoerde zaken kunnen zonder feitelijke handeling overgaan op een verkrijger op basis van een verklaring tussen de vervreemder en de verkrijger, waarbij de vervoerder bij voorbaat erkent te gaan houden voor de houder van het elektronisch bestand”.

niet genoemd), terwijl de bedoeling zal zijn dat “die houder” de nieuwe houder is die de eerste houder vervangt (dus de verkrijger), maar die nieuwe houder wordt niet genoemd.

3.4 Ook wijs ik erop dat taalkundig *lid 2* van art. 400 onvolkomen is. Naar mijn mening zou lid 2 moeten luiden”

“Een elektronisch cognossement is een elektronisch bestand dat dezelfde gegevens bevat die op grond van afdeling 2 van titel 5 vereist zijn voor een cognossement en waarvan de afgifte en het gebruik van het elektronisch cognossement in overeenstemming zijn³² met de vereisten van artikel 401”.

3.5 Wat betreft *lid 1* van art. 400 rijst de vraag waarom vereist is dat de vervoerder en de afzender de afgifte van een elektronisch cognossement overeenkomen “in de overeenkomst van goederenvervoer”. Waarom zou dit ook niet op enig ander moment in bijvoorbeeld een afzonderlijke e-mail mogen worden afgesproken? Wordt hiermee beoogd dat die afspraak in het cognossement moet zijn vermeld? Het lijkt mij een onnodige beperking in de handelingsvrijheid van partijen. Voorts bepaalt *lid 1* dat het elektronisch cognossement wordt afgegeven door de vervoerder, de kapitein of de agent van de vervoerder. Die formulering is in overeenstemming met art. 8:399 BW en art. 3 lid 3 en 7 HVR en in zoverre begrijpelijk (hoewel naar mijn mening niet noodzakelijk), maar zou het dan ook niet logisch zijn dat in art. 402, naast de vervoerder, ook de kapitein en de agent een vervangend cognossement mogen afgeven?

3.6 Wat betreft *art. 402 lid 1* en *lid 2* rijst de vraag of het niet wenselijk is in de eerste zin aan “de houder van een cognossement” toe te voegen dat het moet gaan om de “recht- en regelmatig” houder, zoals ook in art. 8:441 en 440 is bepaald ten aanzien van de houder die aflevering van de zaken verlangt.

4. Geen onderscheid verhandelbaar en niet-verhandelbaar elektronisch cognossement

Het eerste Ontwerp 2022 betrof een regeling van het “verhandelbare elektronisch vervoerbestand”. Het huidige Ontwerp betreft een regeling van het “elektronisch cognossement”.

In de Memorie van Toelichting wordt niet vermeld waarom deze keuze is gemaakt. De Rotterdam Rules kennen een regeling voor het verhandelbare (*negotiable*) vervoerbestand en de MLETR is van toepassing op “electronic transferable records”.

Nu het Ontwerp beoogt aan te sluiten op beide regelingen, zou een motivering van de gemaakte keuze wenselijk zijn.

5. CT-document

5.1 Hetgeen hierboven is opgemerkt geldt mutatis mutandis eveneens voor de regeling van het elektronisch CT-document. Daarnaast zou ik daarover nog het volgende willen opmerken.

5.2 Al naar gelang de modaliteit van het vervoertraject wordt ingevolge art. 8:46 BW het CT-document aangemerkt als zee- of binnenvaartcognossement of weg-, spoor- of luchtvrachtbrief. In art. 46 lid 1 Ontw. wordt voor het zeetraject het elektronisch CT-document aangemerkt als *elektronisch cognossement*. Met betrekking tot het vervoer over binnenwateren wordt het CT-document echter als cognossement aangemerkt, en ook met betrekking tot de overige delen van het

³² Alleen wanneer “de afgifte en het gebruik” als een combinatie wordt beschouwd die een eenheid vormt, is het enkelvoud “is” op zijn plaats.

vervoer die bestreken worden door een elektronisch CT-document, worden de documenten niet aangemerkt als *elektronisch* document.

Niet duidelijk is waarom het bijvoeglijk naamwoord “elektronisch” bij die documenten is weggelaten. Indien de reden zou zijn dat het elektronisch binnenvaartcognossement en de elektronische vrachtbrief niet in de wet worden geregeld, lost dat het probleem niet op. Wanneer een elektronisch CT-document op een bepaald traject wordt aangemerkt als een binnenvaartcognossement of vrachtbrief, dan kan het niet anders dan dat het betreffende document ook elektronisch is. Het zou wenselijk zijn dat de Memorie van Toelichting hierover opheldering verschaft.

6. IPR

In art. 10:162 BW wordt aan lid 1 toegevoegd dat dit lid van overeenkomstige toepassing is indien een elektronisch cognossement *als bedoeld in art. 400* van Boek 8 is afgegeven. Door deze beperking tot cognossementen die voldoen aan het bepaalde in art. 400, is de reikwijdte van art. 10:162 BW beperkt tot de gevallen waarin een “Nederlands” elektronisch cognossement is afgegeven. Elektronische documenten die naar buitenlands recht als elektronisch cognossement gelden, maar niet voldoen aan het bepaalde in art. 400 e.v. vallen erbuiten. Een rechtvaardiging voor deze beperking ontbreekt in de Toelichting.

7. Tot slot

7.1 De onderhavige materie is juridisch complex. De materie ligt op het snijvlak van goederenrecht en verbintenissenrecht. Daarbij komen dan nog de specifieke eigenaardigheden van de elektronische hoedanigheid van de documenten, waarop vertrouwde juridische begrippen niet of niet zomaar van toepassing zijn. Een elektronisch bestand is abstract, niet als vorm voorstelbaar. Weliswaar kent ons recht goederen die anders dan zaken geen stoffelijk object zijn, maar die plegen wel belichaamd te zijn in een stoffelijk object, zoals een (waarde)papier of akte. Bij een elektronisch bestand is, zou je kunnen zeggen, ook de “verpakking” abstract. Begrippen als afgifte, houderschap en overdracht laten zich veel makkelijker associëren met stoffelijke voorwerpen dan met elektronische data of bestanden die zich eventueel ook nog permanent in een database bevinden. Zij zijn onderworpen aan technische methodes, waarvan juristen maar mogen hopen dat zij passen binnen hun juridische begrippenkader en het juridische systeem.

7.2 Ik heb respect voor de wijze waarop de ontwerpers gepoogd hebben het elektronisch cognossement in wetgeving te vatten. Duidelijk is toch dat het Ontwerp worstelt met de materie en hier en daar lastige puzzels poogt te ontwijken. In het vorenstaande heb ik getracht juridisch te onderbouwen dat en op welke wijze bezit en overdracht van een elektronisch cognossement mogelijk is en dat een elektronisch cognossement daadwerkelijk een equivalent van het papieren cognossement kan zijn.

7.3 Wat node gemist wordt is een algemene wetgeving waarin het elektronische bestand in brede zin een juridische grondslag zou krijgen met een eigen begrippenkader. Het maken van wetgeving die betrekking heeft op specifieke elektronische bestanden, zoals een elektrisch cognossement zou daardoor een stuk eenvoudiger worden en ook meer gericht kunnen zijn op internationale uniformiteit.

Rotterdam, 31 januari 2024
J.H.J. Teunissen,
oud-advocaat

