

Scheepsraad

een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8
Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder
auspiciën van de Vereeniging
"Handelsrecht" en de Nederlandse
Vereniging voor Zee- en Luchtrecht

W. E. J. TJEENK WILLINK - ZWOLLE

THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY
AND
ZOOLOGY
OF THE
SMITHSONIAN INSTITUTION
WASHINGTON, D. C. 20560

Scheepsraad

B.O.2

HAN

73

2 R x pl

2550

een bundel opstellen, **BLACKSTONE, RUEB**
Nieuw Burgerlijk Wetb. **& VAN BOESCHOTEN**
auspiciën van de Vereen- Amsterdam
"Handelsrecht" en de Nederlandse Advocaten
Vereniging voor Zee- en Luchtrecht

W. E. J. TIENKE PILLINKA - ZWOLLE - 1973

DE BRAUW BLACKSTONE
WESTBROEK
ADVOCATEN EN NOTARISSEN
'ATRIUM - 7^e VERDIEPING
STRAWINSKYLAAN 3115
1077 ZX AMSTERDAM

12546-2001

ISBN 90 271 0913 3

Secretariaat van de Vereeniging "Handelsrecht":

Mr. H. Beekhuis
Pieter Zeemanstraat 6
Eindhoven
tel.: 040-783603

Secretariaat van de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Lucht-
recht :

Mr. L. Hardenberg
van Nijenrodeweg 892
Amsterdam
tel.: 020-429269.

I

W. E. J. TJEENK WILLINK - ZWOLLE - 1973

INHOUD

mr. P. L. Wery	
COGNOSSEMENTSVERDRAG EN ONTWERP-SCHADEE	1
mr. W. E. Haak	
HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT EN BOEK 8	29
mr. B. C. J. Sjollema	
DE MOORD OP DE REDER	54
mr. M. E. Jonker	
GEMENGD GOEDERENVERVOER IN HET ONTWERP B. W.	62
mr. T. W. Mertens	
DE EXPEDITEUR: HIJ DOET MAAR	80
mr. A. Borst	
DE REISOVEREENKOMST	
Een gereguleerd avontuur	103
mr. S. Royer	
PAARDESPRONGEN IN BOEK 8	119
mr. A. E. Driessen	
OVERLIGGELD EN OVERLIGTIJD	133
mr. L. H. W. van Sandick	
WIE IS DE DEBITEUR VAN DE VRACHT ?	141
mr. L. S. C. Heyning-Plate	
RETENTIERECHTEN IN HET	
8e BOEK VAN HET ONTWERP B. W.	152
mr. L. Hardenberg	
HULPVERLENING	165
mr. L. Hardenberg	
AVARIJ GROSSE	179
mr. P. P. Vreede	
SLEEPOVEREENKOMST	189

1	Mr. F. J. Wey	COGNOSCEMENTEN EN ONTWIK-SELINGEN
25	Mr. W. E. H. van	HET INTERNATIONAAL RECHT EN DE RECHTSPRAKES
35	Mr. H. C. A. Spilhaus	DE MOEDER OF DE ALDER
55	Mr. M. E. J. van	DE MOEDER EN DE ONTWIK-SELINGEN
65	Mr. T. W. van	DE EXPEDIENTIE VAN HET RECHT
75	Mr. A. J. van	DE RECHTSPRAKES
105	Mr. E. J. van	DE RECHTSPRAKES
115	Mr. E. J. van	DE RECHTSPRAKES
125	Mr. A. E. van	OVERLEGING EN OVERLEGING
135	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
145	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
155	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
165	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
175	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
185	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
195	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
205	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
215	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
225	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
235	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
245	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
255	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
265	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
275	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
285	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
295	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
305	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
315	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
325	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
335	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
345	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
355	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
365	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
375	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
385	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
395	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
405	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
415	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
425	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
435	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
445	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
455	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
465	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
475	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
485	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
495	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
505	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
515	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
525	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
535	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
545	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
555	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
565	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
575	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
585	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
595	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
605	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
615	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
625	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
635	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
645	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
655	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
665	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
675	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
685	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
695	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
705	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
715	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
725	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
735	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
745	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
755	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
765	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
775	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
785	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
795	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
805	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
815	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
825	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
835	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
845	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
855	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
865	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
875	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
885	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
895	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
905	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
915	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
925	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
935	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
945	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
955	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
965	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
975	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
985	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES
995	Mr. J. E. W. van	DE RECHTSPRAKES

In de "inleidende opmerkingen" van zijn Toelichting op Boek 8 (T 1217/8) geeft Schadee o. a. de beginselen aan die hem hebben geleid bij de inpassing in het ontwerp van de vele door Nederland goedgekeurde verdragen die internationale eenvormigheid beogen. Deze beginselen kunnen als volgt worden geresumeerd: 1^o Opneming der verdragsbepalingen in een vorm, passend bij de Nederlandse wetgeving en op de daarvoor juist geachte plaats, ook al worden daardoor soms de verdragsartikelen niet in hun oorspronkelijke volgorde gelaten; 2^o Woordelijke overneming der verdragsbepalingen in zoveel mogelijk letterlijke vertaling en 3^o Open laten van ook door het verdrag niet opgeloste moeilijkheden.

Terecht stelt de ontwerper dat de nationale rechter een open oog moet hebben voor de internationale ontwikkelingen waaraan de verdragsmaterie is onderworpen, en dat slechts het vermijden van iedere wettelijke verdragsinterpretatie de rechter de vrijheid geeft zich te conformeren aan zich elders aftekenende koerontwikkelingen en tevens de mogelijkheid zelf op deze koersrichting invloed uit te oefenen. "Door het niet beantwoorden van vragen van verdragsinterpretatie beoogt het ontwerp derhalve de internationale rechtseenvormigheid te versterken".

Doel van dit opstel nu is te onderzoeken hoe de ontwerper met de genoemde beginselen voor ogen te werk is gegaan met betrekking tot het verdrag dat toch wel als het belangrijkste kan worden beschouwd, het Brussels Cognossementsverdrag van 25 augustus 1924, waartoe Nederland op 18 augustus 1956 is toegetreden krachtens de goedkeuringswet van 15 augustus 1955, Stb. 399, en dat in het WvK werd verwerkt bij de wet van 15 augustus 1955, Stb. 398, die op 26 augustus 1956 in werking trad (Kamerstukken 3520) (1).

Vooraf twee opmerkingen van algemene aard:

1^o. Het ontwerp (T 1291) gaat uit van de veronderstelling dat Nederland het te Brussel op 23 februari 1968 ondertekende Protocol tot wijziging van het Cognossementsverdrag heeft geratificeerd,

(1) Trb. 1953-109 bevat de enige authentieke, Franse tekst, Trb. 1957-24 een vertaling daarvan. Aangezien de Franse tekst in hoofdzaak een vertaling is van de Hague Rules, is ook de Engelse "vertaling", die praktisch met de Hague Rules overeenstemt, van belang. Franse en Engelse teksten naast elkaar in Doc. CMI 1970/V, 70/71.

en incorporeert derhalve "Bruscon" met inbegrip van "Brusconprot" (2). Naar ik verneem is inderdaad een ontwerp-goedkeuringswet in voorbereiding.

2^o. De in het verdrag opgenomen regels - de Hague Rules - hebben volgens het Portalon-arrest, HR 8 november 1968, NJ 1969-10 (GJS) geen rechtstreekse werking. Van des te meer belang is het dat de hierboven sub 2^o en 3^o aangegeven beginselen bij de inpassing in de Nederlandse wetgeving in acht worden genomen, daar immers bij niet inachtneming daarvan onze rechter niet gerechtigd is de tekst van de verdragsbepalingen boven die van de Nederlandse wet te doen prevaleren (art. 66 Gw).

Met Romeinse cijfers geciteerde artikelen zijn die van het verdrag; art. 1-68 zijn die van afd. 8.5.2; driecijferartikelen zoals 468 zijn die van het WvK. Voor verkort weergegeven literatuur e. d. zij verwezen naar T 1427.

1. Wijze van uitvoering van het verdrag.

Het Ondertekeningsprotocol bij het verdrag geeft de verdragsstaten de keus om aan het verdrag gevolg te geven hetzij door er kracht van wet aan te geven, hetzij door de regelen, in het verdrag aanvaard, in hun nationale wetgeving op te nemen in een bij die wetgeving passende vorm. Onze wetgever van 1955/56 heeft na rijp beraad voor de tweede mogelijkheid geopteerd (3). Nederland trad wel tot het verdrag toe, maar gaf er niet uitdrukkelijk als geheel "kracht van wet" aan. De eigenlijke Rules II-IX werden (met uitzondering van enkele waarvan de overneming overbodig werd geacht of ten aanzien waarvan een voorbehoud was gemaakt) letterlijk, "behoudens enkele afwijkingen van voornamelijk redactionele aard", overgenomen in zes artikelen van het WvK: art. III en IV zijn goed te herkennen in art. 468 en 469, met dien verstande dat enkele leden van art. III werden overgebracht naar art. 504 en 506, leden 4 en 5, omdat ze meer thuis horen in de regeling van het cognossement; art. 470 en 471 bevatten de door het verdrag toegelaten uitzonderingsregeling voor levende dieren, deklading, periode vóór inlading en na lossing, en exceptionele lading. Hoewel dus enige "verknipping" plaats had, is de wetgever daarbij niet consequent te werk gegaan, want er staat in het allegaartje van art. III en IV wel méér dat systematisch niet bijeenpast. Men was er kennelijk op bedacht de herkenbaarheid van het eenvormig verdragsrecht zoveel mogelijk te bevorderen.

Ook het Wijzigingsprotocol van 1968 bevat in zijn art. 16 de genoemde keuzemogelijkheid.

(2) Van Brusconprot zijn de Franse en Engelse teksten beide authentiek. Vindplaatsen o. a.: Doc. C. M. I. 1970/V, 92/93; DMF 1968, 387-405 met commentaar van C. Legendre. Zie ook H. E. Scheffer, NJB 1968, 545-549.

(3) Kamerstukken 3520 no. 6, par. 4.

Het ontwerp nu houdt zich aan de destijds gedane keuze, het aanvaardt deze incorporatiemethode immers, zoals reeds vermeld, als beginsel voor de inpassing van alle zeerechtelijke verdragen. Schadee heeft echter de schaar radicaler gehanteerd dan de wetgever van 1955/56 en - gegeven eenmaal de tweede keuze - ook consequenter, want aan die keuze is inherent dat elke verdragsbepaling haar in het nationale rechtssysteem passende plaats krijgt. In verband hiermee nu eerst enkele opmerkingen over de systematiek van het ontwerp.

Het is m.i. één van de grote verdiensten van het ontwerp, dat het zijn rijke inhoud aanbiedt binnen het raam van een strakke, eenvoudige en consequent volgehouden systematiek. Dit blijkt reeds uit het overzicht van titels en afdelingen achterin: zo bestaat het zeerecht uit vijf titels in plaats van het dubbele aantal waarin dezelfde stof in de huidige wet is geregeld; en dezelfde titels, verdeeld in dezelfde afdelingen - met één toevoeging: de sleepovereenkomst - vindt men in het binnenvaartrecht terug.

Mij verder beperkend tot het goederenvervoer over zee constateer ik dat dit binnen de titel "Exploitatie" is geregeld in slechts één afdeling van 68 artikelen. Een niet geringe prestatie, want ditzelfde vervoer is momenteel nog geregeld in twee titels van in totaal zeven paragrafen die 168 artikelen bevatten. Deze enorme vereenvoudiging werd verkregen door een driedledige chirurgische ingreep. In de eerste plaats werd de overeenkomst tot terbeschikkingstelling van een schip voor andere doeleinden dan vervoer uit het begrip "bevrachting" afgezonderd en als onbenoemd contract in één artikel (8.5.4.2) ondergebracht; met als consequentie dat tijd- en reisbevrachting beide voortaan steeds vervoerovereenkomsten zijn (8.5.2.2) en tezamen met stukgoederenvervoer konden worden geregeld; waarbij zij aangetekend dat daarnaast een nieuwe bevrachting, de rompbevrachting (bareboat charter), haar intree doet, eveneens in slechts één artikel (8.5.4.1; rompvervrachter is de eigenaar oftewel reder nieuwe stijl (8.1.1.9), rompbevrachter is de exploitant-niet-reder). De tweede ingreep is, dat zeer vele in verschillende paragrafen van het WvK opgenomen artikelen inzake bevrachting, die als regelend recht tevens "dood recht" waren en voor de praktijk van geen belang, zonder pardon zijn verwijderd: afd. 8.5.2 bevat nu slechts 13 speciaal aan bevrachting gewijde artikelen. En ten derde werd het specieuze onderscheid tussen stukgoederenvervoer al dan niet per lijndienst opgeheven. Zie voor dit alles T 1275-1278 en 1295.

De indeling van afd. 8.5.2 is bijzonder overzichtelijk. Men vindt haar weergegeven in T 1290/1: art. 1-4 bevatten inleidende bepalingen; 5-16 de algemene verplichtingen van de vervoerder; 17-68 de rechten en verplichtingen die zich gedurende het chronologisch verloop van de uitvoering der overeenkomst opdoen, nl. achtereenvolgens vóór de inontvangstneming der goederen (17-25), ná die inontvangstneming (26-53, o.a. cognossement, belading, reis,

recht op aflevering, lossing) en bij of na de aflevering (54-68, o.a. de vracht, moeilijkheden bij of na aflevering).

Thans terug tot de schaar van Schadee. De onderdelen van de kern-Rules III en IV zijn tezamen met de overige Rules over 15 artikelen verspreid en wel aldus dat elke verdragsbepaling dáár is komen te staan waar zij volgens de zojuist gegeven indeling in de afdeling thuis hoort. Hier volgt een overzicht (4):

Algemene verplichtingen van de vervoerder (art. 5-16):

- 8 leden 1 en 2: de twee zorgverplichtingen (III, leden 1 en 2; 468, leden 1 en 2);
- 9, lid 1: het (half)dwingend-recht-beginsel, dat geen contractuele aansprakelijkheidsvermindering, wél -vermeerdering toelaat (III, lid 8; 468, lid 9);
- 9, lid 2: drie uitzonderingen op dat beginsel, nl. geoorloofd avarij-grossebeding, levende dieren en deklading (V lid 2 tweede zin, I-c; 469 lid 7, 470);
- 10, leden 1, 2 en 4: aansprakelijkheidsontheffingen (IV leden 1, 2 en 4; 469, leden 1, 2 en 4);
- 10, lid 3: aansprakelijkheid afzender voor schade aan vervoerder of schip (IV, lid 3; 469, lid 3);
- 11: herhaling in andere bewoordingen van het (half)dwingend-recht-beginsel (V, lid 1; in huidige wet niet opgenomen);
- 12: contractsvrijheid voor exceptionele lading onder niet-verhandelbaar document (VI; 471);
- 13: idem voor de periode vóór inlading en na lossing (I-e en VII; 470);
- 15, leden 1-7: nieuwe regeling van de omvang der schadevergoeding, waarbij o.a. de aansprakelijkheidslimiet is gedifferentieerd en in Poincaréfranken uitgedrukt (IV, lid 5, sub a-e, g-h Bruscon(prot); thans nog 469, lid 5); met uitzondering evenwel van IV, lid 5, sub f, dat van bewijsrechtelijke aard is en daarom is overgebracht naar het artikel over de bewijskracht van het cognossement, art. 33, lid 4.

Het cognossement (art. 28-36):

- 28, lid 1: verplichting om een cognossement af te geven en daarin bepaalde gegevens te vermelden (III, lid 3; 504, lid 1);
- 28, lid 2: verplichting inzake "geladen"-cognossement (III, lid 7; 506, lid 4);
- 30: garantieverplichting afzender t. a. v. gedane opgaven (III, lid 5; 468, lid 3);
- 33, lid 1: verbod tegenbewijs tegen derde verkrijger te goeder trouw (III, lid 4, tweede zin Bruscon(prot); vgl. thans nog 510, lid 2);
- 33, lid 4: bewijskracht aard- en waarde-opgave (IV, lid 5, sub f Bruscon(prot)).

(4) Zie ook de vergelijkingstabel in T 1439, welke uitgaat van de verdragsartikelen.

Bevoegdheid inzake ingeladen gevaarlijke lading:

-- 42 (IV, lid 6; 469, lid 6).

Verplichtingen bij of na aflevering (art. 54-68):

-- 62: kennisgeving van schade (III, lid 6, al. 1-3; 468, leden 4-6);

-- 63: wederzijdse verplichting om onderzoek mogelijk te maken (III, lid 6, al. 5; 468, lid 8);

-- 67: buitencontractuele vorderingen tegen vervoerder (IVbis, lid 1 Bruscon(prot));

-- 68, leden 1-3: idem tegen ondergeschikten van vervoerder (IV bis, leden 2-4 Bruscon(prot)).

Eén belangrijke regeling ontbreekt: die inzake de verjaringstermijn volgens de nieuwe bepalingen van III, lid 6, al. 4 en III, lid 6bis Bruscon(prot). Deze regeling (thans nog 468, lid 7) zal haar plaats vinden in de laatste titel van Boek 8, betreffende verval en verjaring (zie de vóór het ontwerp afgedrukte aanbiedingsbrief aan de Minister van Justitie). De stippellijntjes in sommige artikelen (bijv. 9, lid 1) hebben hierop betrekking.

Zoals gezegd: deze verknipping is de consequentie van de gekozen wijze van incorporatie. Men went er spoedig aan.

Maar zij heeft toch wel enige bezwaren. Zo maakt zij nogal wat verwijzingen nodig, waarvan ik er enkele opvallende noem. De zinsnede "sous réserve des dispositions de l'article IV" in art. III, lid 2 moest worden "vertaald" in art. 8, lid 2 middels een verwijzing naar de vier artikelen waarin art. IV is opgedeeld. En omdat art. III, lid 8 spreekt van verplichtingen en verbintenissen "édic-tés dans cet article", moet art. 9, lid 1 verwijzen naar zeven artikelen en bovendien nog naar "deze afdeling" ("la présente Convention"). Art. 11 verwijst weer naar die zeven in art. 9 genoemde artikelen en bovendien nog naar zes andere. Hiermee hangt samen dat men aan verschillende artikelen van de afdeling op zich zelf niet kan zien dat zij voor cognossementsvervoer van dwingend recht zijn, terwijl toch in het algemeen deze afdeling als contractenrecht van regelend recht is: zo zijn art. 30, 33, lid 1, 62 en 63 voor cognossementsvervoer van dwingend recht krachtens art. 9, lid 1, welke essentiële bepaling men dus goed in het achterhoofd moet hebben.

Dit brengt mij op een belangrijker bezwaar tegen de gevolgde methode: het eenvormig verdragsrecht is als zodanig niet meer herkenbaar, het gaat naar de vorm in het nationale rechtssysteem op. Het gevaar bestaat nu dat wetstoepassers dit verdragsrecht ook naar de inhoud als deel van dat systeem zullen gaan behandelen, met name: interpreteren. En dat laatste zou ik onjuist achten. Want zoals ik elders uitvoeriger heb betoogd (5) vormt elk verdrag,

(5) In mijn Leidse openbare les De autonomie van het eenvormig privaatrecht (1971), hierna aan te halen als Autonomie. Verscheidene aldaar geuite gedachten zijn ook naar voren gebracht en voor het i.p.r. uitgewerkt door J. P. Verheul, Rechtsvinding in het in-

houdende eenvormig privaatrecht, weliswaar een onderdeel van het nationale recht van elke staat die het heeft geïncorporeerd, maar - juist omdat het aan meerdere staten gemeenschappelijk recht is - niet een onderdeel van elk nationaal rechtssysteem, doch een autonoom systeem(pje) dat door de nationale rechter los van zijn nationale systeem moet worden geïnterpreteerd, zulks in dialoog met de rechters in de andere verdragsstaten, die alle bij de toepassing van het verdrag een internationale functie vervullen. Zo mag bijv. een verdragsartikel nimmer leiden tot a contrario redeneringen bij de toepassing van louter nationaal recht, en omgekeerd. Intussen: de Nederlandse rechter die deze opvatting aanvaardt, zal in de regel wel op zijn hoede zijn. Kiest men de eerste mogelijkheid van het Ondertekeningsprotocol, dan bestaat echter het hier gesignaleerde gevaar in veel mindere mate, omdat dan het verdrag als één geheel bijeenblijft.

Voor buitenlandse rechters is de herkenbaarheid van het verdragsrecht in het ontwerp praktisch verdwenen. Zij zullen ons wel op ons woord willen geloven dat wij de Rules nauwgezet hebben geïncorporeerd, maar de zo gewenste dialoog tussen de rechters der verdragsstaten is er toch wel mee gebaat, wanneer zij allen spreken over artikelen van dezelfde vertrouwde nummering.

Ik kom hier straks (sub 7) nog op terug.

2. Toepassingsgebied van het verdrag. Afbakeningsprobleem.

Het verdrag heeft in twee opzichten een beperkte betekenis. In de eerste plaats is de rechtsstof die het regelt, de "verdragsmaterie", beperkt: het geeft immers slechts "enige regelen", zij het zeer belangrijke; zij zijn vrijwel alle van (half)dwingend recht. Niet-verdragsmaterie kan de nationale wetgever regelen zoals hij wil; die materie valt buiten mijn onderzoek.

Maar - de tweede beperking - ook ten aanzien van de verdragsmaterie zelf heeft het verdrag slechts beperkte betekenis, doordat de artikelen I en X de werking der verdragsregels beperken, afbakenen, weshalve men deze artikelen de "afbakeningsartikelen" van het verdrag kan noemen. In dit verband pleegt men te spreken van het (beperkte) toepassingsgebied (geldingsomvang, werkingssfeer) van het verdrag. Art. I beperkt de gelding der verdragsregels door aan enige daarin gehanteerde begrippen een beperkte betekenis toe te kennen: het verdrag geldt slechts voor bepaalde vervoerovereenkomsten ("verdragsovereenkomsten"), het regelt, grof gezegd, alleen cognossementsvervoer; daardoor heeft vanzelf ook het begrip vervoerder een beperkte betekenis; voorts geldt het niet voor elke lading in elk schip en evenmin voor de gehele periode gedurende welke de vervoerder de goederen onder zich kan hebben. Men kan deze begrippen aanduiden als "afbake-

ternationaal privaatrecht, Preadvies Calvinistische Juristen Vereniging 1973.

ningsbegrippen". Daarnaast beperkt art. X dan nog de ruimtelijke werking van het verdrag: het geldt niet voor vervoer tussen alle havens ter wereld.

Buiten het aldus afgebakende toepassingsgebied is de nationale wetgever óók met betrekking tot verdragsmaterie vrij. Deze vrijheid kan hij in beginsel op drie wijzen gebruiken. Om ons even te beperken tot het belangrijkste afbakeningsbegrip, de vervoerovereenkomst: hij kan vooreerst de verdragsbepalingen niet alleen voor verdragsovereenkomsten maar ook voor andere overeenkomsten, zoals bevrachtingen, als dwingend recht in de wetgeving opnemen; aldus de wetgever van 1955/56. Hij kan ook - tweede mogelijkheid - de verdragsbepalingen voor verdragsovereenkomsten dwingend overnemen doch voor andere overeenkomsten niet-dwingend; aldus de strekking van de op 1 maart 1969 in werking getreden wetwijziging van 1968. De derde mogelijkheid is dat hij de verdragsbepalingen alleen overneemt voor verdragsovereenkomsten en deze materie voor andere overeenkomsten anders regelt of niet regelt (zodat het gemene recht toepasselijk is). Dit laatst doet het ontwerp met betrekking tot enkele verdragsbepalingen, voor het overige volgt het de wetgever van 1968/69; het kiest dus een combinatie van de twee laatstgenoemde systemen, met het accent op het tweede.

Kiest de wetgever het eerste systeem, dan doet zich geen enkele moeilijkheid voor: het dwingend verdragsrecht wordt eenvoudig opgerekt tot dwingend algemeen vervoersrecht. Volgt hij echter het tweede systeem, dan zal hij t. a. v. alle aan het verdrag ontleende bepalingen duidelijk moeten maken dat zij voor verdragsovereenkomsten dwingend, voor andere overeenkomsten niet-dwingend gelden. In het door het ontwerp gekozen systeem zal t. a. v. elke aan het verdrag ontleende bepaling duidelijk moeten blijken of zij uitsluitend geldt voor verdragsovereenkomsten (en dan uiteraard dwingend) dan wel óók voor andere overeenkomsten (maar voor deze niet-dwingend). Anders gezegd: in de twee laatstgenoemde systemen moet de wetgever dwingend tegenover niet-dwingend recht afbakenen; en dit is alleen mogelijk door het verschil tussen verdragsovereenkomsten en niet-verdragsovereenkomsten duidelijk te formuleren.

Nu is de voor de hand liggende en m. i. enig juiste bij deze afbakening te volgen methode deze, dat de wetgever de formulering waarmee het verdrag zelf zijn begrip vervoerovereenkomst omschrijft, overneemt. Merkwaardigerwijs heeft noch de wetgever van 1968/69 noch het ontwerp dit gedaan, hetgeen consequenties blijkt te hebben die m. i. ongewenst zijn. Dit zal hieronder sub 3 uitvoerig worden toegelicht.

Ook met betrekking tot de andere genoemde afbakeningsbegrippen zal de wetgever moeten kiezen, hoe hij de hem gelaten vrijheid zal gebruiken. Hier rijzen echter minder problemen en daarover kan ik dus, evenals over art. X, korter zijn (sub 4-5).

3. De vervoerovereenkomst als afbakeningsbegrip.

Wij zullen nu eerst sub (a) het door het verdrag gehanteerde begrip vervoerovereenkomst bespreken. Daarna zullen wij sub (b) nagaan hoe onze huidige wetgeving verdragsovereenkomsten tegenover andere overeenkomsten afbakt, om tenslotte sub (c) hetzelfde met betrekking tot het ontwerp te doen.

(a) Het verdrag bepaalt in art. I aanhef en sub b:

"Dans la présente Convention les mots suivants sont employés dans le sens précis indiqué ci-dessous:

b) "Contrat de transport" s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer; il s'applique également au connaissance ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissance."

Deze bepaling bestaat uit twee delen, gescheiden door een puntkomma. Het eerste deel bevat de hoofdregel, terwijl het tweede een bijzonder geval op het oog heeft, nl. chartervervoer; waaruit weer volgt dat het eerste deel het oog heeft op stukgoederenvervoer. Het taalgebruik doet vreemd aan: immers volgens het eerste deel slaat de term vervoerovereenkomst op een bepaald soort overeenkomsten, volgens het tweede ook op het cognossement, afgegeven krachtens een bepaald soort overeenkomst. In wezen gaat het echter om de vraag, in welke rechtsverhoudingen (tussen welke personen) die uit een vervoerovereenkomst of uit (de overdracht van) een cognossement kunnen voortvloeien, de verdragsbepalingen gelden. Bij de uitleg doen we goed vooral te letten op de Engelse opvatting, omdat daaraan om overbekende redenen in het algemeen bij de uitleg van dit verdrag bijzondere betekenis toekomt.

Volgens die opvatting (6) vallen onder de in het eerste deel genoemde contracten alle overeenkomsten tot vervoer van goederen over zee, behalve die waarbij de afzender krachtens gebruik of overeenkomst niet gerechtigd is afgifte van een cognossement te eisen (hetgeen een enkele keer wel eens voorkomt) (7). De overeen-

(6) Zie bijv. Carver par. 58-67, 222-223, 232-234, 251-253, 404-406, 1045 vlg.; Scrutton p. 45-60, 395-397. De Engelse leer is in de meeste andere verdragsstaten aanvaard, behalve, voorzover ik kon nagaan, in België (waarover straks). Zie de literatuur genoemd in T 1299, noot 114.

(7) De Engelse leer verworpt de opvatting dat onder het eerste deel van art. I-b alleen die vervoerovereenkomsten zouden vallen, waarvoor reeds een cognossement is afgegeven: immers in die opvatting zou art. III, lid 3, dat aan de vervoerder de verplichting oplegt een cognossement af te geven, zinloos zijn. Aldus ook Markianos, p. 63, noot 1.

komst gaat altijd aan de afgifte van het cognossement vooraf, zij kan tot uiting zijn gebracht in een of ander stuk (bijv. een booking note) óf stilzwijgend tot stand zijn gekomen door aanbrengen en aanvaarden van de lading (in welk geval het cognossement haar inhoud nader bepaalt). Het cognossement vervult zijn drie functies van 1^o ontvangstbewijs, 2^o bewijsstuk van het contract en deszelfs inhoud, en 3^o "document of title", hetgeen wil zeggen dat het aan de afzender een "right to possession of the goods on discharge" geeft, dat hij door overdracht en endossement (we spreken gemakshalve slechts over ordercognossementen) kan overdragen; door die overdracht van de possession draagt hij sinds de Bills of Lading Act van 1855 tevens de rechten en verplichtingen uit het contract over. De aan het cognossement ten grondslag liggende overeenkomst nu is dwingend onderworpen aan de Rules: "they become, by law, part of the terms of contract for the carriage of goods by sea evidenced by bills of lading" (Carver par. 222); zij beheersen dus in de eerste plaats de verhouding tussen vervoerder en afzender (zelfs vóórdat het cognossement is afgegeven) en aldus wordt krachtens statute een uitzondering gemaakt op het beginsel van de contractsvrijheid volgens de common law (Carver par. 232 slot). Maar aangezien door overdracht van het cognossement sinds 1855 ook het gehele contract overgaat, gaan de Rules na die overdracht ook de verhouding tussen vervoerder en derde-cognossementhouder beheersen.

Op deze hoofdregel maakt volgens de Engelse leer het tweede deel van art. I-b in zoverre een uitzondering dat een bevrachtings-overeenkomst niet door de Rules wordt beheerst. Tussen vrachter en bevrachter bestaat volkomen contractsvrijheid. De vrachter heeft dus niet de zorgverplichtingen van art. III, leden 1 en 2, mag bijv. zijn aansprakelijkheid voor schade wegens gebrek aan zorg voor de lading beperken of uitsluiten (zo'n clause noem ik hierna korthedshalve een no-diligence clause); en hij mag zich, na de aflevering door de bevrachter tot schadevergoeding aanspreken, op die clause beroepen, ook al komt die exceptie niet in de lijst van art. IV, lid 2 voor. Wordt aan de bevrachter een cognossement afgegeven, dan strekt dit hem niet tot bewijs van het contract (dit heeft hij geheel in de charterpartij), maar slechts tot ontvangstbewijs en tot document of title (Carver par. 404). Overdracht van dit document betekent dan ook wél overdracht van de possession van de goederen, maar niet overdracht van de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst. Daarnaast gebeurt er echter door die overdracht nog iets anders: "A new contract appears to spring up between the ship and the consignee on the terms of the bill of lading" (8); en de betekenis van art. I-b tweede deel is nu dat de in het cognossement neergelegde "terms" van dit

(8) Aldus Lord Atkin in een uitspraak van 1936, geciteerd bij Carver par. 67 en 406.

"nieuwe contract" wél door de Rules worden beheerst, zodat de vervrachter op een in de charterpartij opgenomen en in het cognossement overgenomen no-diligence clause geen beroep kan doen tegenover de derde houder. Ditzelfde geldt ook wanneer door of namens de kapitein een cognossement aan een derde is afgegeven.

Wordt door of namens de bevrachter een cognossement aan een derde afgegeven, dan komt het tweede deel van art. I-b in het geheel niet aan de orde: dit geval ressorteert onder het eerste deel van de bepaling.

Hoe wanneer na een bevrachting de verkoper-aflader in de laadhaven een kapiteinscognossement ontvangt en dit endosseert aan de bevrachter (koper) in de bestemmingshaven? Geldt nu tussen vervrachter en bevrachter-cognossementhouder de charterpartij of is de bevrachter als derde te beschouwen? Tot voor kort werd in Engeland het laatste aangenomen, maar sinds een uitspraak van de Court of Appeal van 1968 geldt het eerste, en Carver-Colinvaux zwaait dan ook in par. 405 van zijn 12e editie (1971) om. Hieruit blijkt dat er over de uitwerking van de weergegeven beginselen nog onzekerheid kan bestaan (9).

Regelrechte afwijking van de Engelse leer bestaat er in de Belgische literatuur en rechtspraak (10). Daar leert men dat de Hague Rules uitsluitend ten doel hadden de belangen van de derde-cognossementhouder te beschermen en dat daarom óók bij een simpele cognossementsovereenkomst (waaronder ik versta een stukgoederenvervoerovereenkomst die alleen uit het cognossement is te kennen) tussen vervoerder en afzender contractsvrijheid bestaat, zodat de afzender-cognossementhouder er zich tegenover de vervoerder niet op kan beroepen dat een clause in strijd is met art. 91 Bk II WvK, waarin het verdrag is geïncorporeerd. Aldus zeer duidelijk Hof van Verbreking 11 september 1970, EVR p. 1355. Men zou kunnen zeggen: het tweede deel van art. I-b wordt hier tot stukgoederenvervoer uitgebreid (11). Ik ga hier niet op in, maar constateer

(9) Dit blijkt ook hieruit dat Rb. Rotterdam 27 oktober 1970, S. & S. 1971-18 (Evie W) deze rechtsvraag wegens de omstandigheden van het geval m.i. terecht anders besliste.

(10) Wildiers nos. 63 vlg.; R. de Smet in Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé (1970), p. 381. Voor rechtspraak zie de tekst.

(11) De argumentatie van de Belgische leer lijkt mij zwak. Ook al is bescherming van derde houders het voornaamste doel geweest, dit wordt in het verdrag bereikt "as a consequence" van de inperking der contractsvrijheid tussen partijen: Carver par. 222. Zie ook Devlin J. in *Pyrene Comp., Ltd. v. Scindia Steam Navigation Comp., Ltd.* (1954) 1 Ll.Rep. 321, op p. 330 (rechter kolom): het tweede deel van art. I-b ziet uitsluitend op cognossementen, uitgegeven krachtens een bevrachting, en mag dus niet worden toegepast bij een stukgoederenvervoerovereenkomst.

wel dat er over de interpretatie van art. I-b geen internationale eenstemmigheid bestaat.

De strekking van mijn verdere betoog noopt mij nog even bij art. I-b te blijven en de vraag op te werpen wat krachtens deze bepaling rechtens is, indien een stukgoederenvervoerovereenkomst is neergelegd in een uitvoerig stuk, bijv. in algemene voorwaarden van een lijnrederij; of in een "general freight agreement" (12) of "Mengekontrakt" (13), dit zijn contracten waarbij de vervoerder op zich neemt in een bepaalde periode een grote hoeveelheid goederen te vervoeren zonder dat in de overeenkomst enig schip wordt genoemd: bij elke aflading zullen aan de afzender één of meer cognossementen worden afgegeven. Is nu volgens het verdrag een nodiligence clause in zo'n contract tussen partijen geldig evenals in een charterpartij? (Tussen vervoerder en derde-cognossementhouder zeker niet). De vraag is vooral interessant wanneer de clause - uitdrukkelijk of door verwijzing naar het contract - ook in het cognossement voorkomt, zodat niet kan worden gesteld dat partijen hun oorspronkelijke overeenkomst bij de cognossementsuitgifte hebben gewijzigd. Ik heb deze vraag in de geraadpleegde internationale literatuur niet behandeld gezien, misschien omdat men het antwoord vanzelfsprekend vindt. De Belgische rechter zal de clause ongetwijfeld tussen partijen geldig achten, de Engelse waarschijnlijk niet, omdat hij de overeenkomst waarschijnlijk onder het eerste deel van art. I-b zal brengen en dan geldt volgens hem geen contractsvrijheid. Persoonlijk zou ik zeker niet voor geldigheid voelen, wanneer het om een adhesie-contract gaat, want aan het verdrag ligt juist een strijd tegen adhesiecontracten ten grondslag (14). Zou echter zo'n contract in volkomen vrij partijoverleg of, nog beter, in internationaal overleg tot stand zijn gekomen, dan zou de ratio die voor de verdraggever gold toen hij de bevrachting vrij liet, ook hier kunnen gaan gelden; maar deze overweging geeft de rechter op zich zelf nog geen vrijbrief om nu maar de bevrachtingsregel analogisch op deze vorm van stukgoederenvervoer toe te passen. De vraag zal van geval tot geval door de rechters in de verdragsstaten in onderlinge dialoog over de interpretatie van art. I-b moeten worden beslist.

(b) Onze huidige wetgeving. Ter inleiding hierop eerst iets over die van 1955/56. Het toen ongewijzigd gelaten art. 466 bevatte een

(12) Carver par. 47; H. Tiberg in Six Lectures on the Hague Rules (1967), p. 134.

(13) Schadee, De grote lijnen in het voorontwerp voor een nieuw Nederlands zeerecht, JPA 1972, 307.

(14) Rodière I, 221/2, schrijft i. v. m. de tegenstelling tussen adhesiecontracten en charterpartijen: "La loi protège les chargeurs; elle n'a pas à protéger les affréteurs". In het ontwerp zijn algemene voorwaarden voor stukgoederenvervoer ingevolge art. 4, lid 2 slechts in verzwakte mate adhesiecontracten.

ruimere omschrijving van "vervoerder" (en daardoor impliciet van "vervoerovereenkomst") dan het verdrag, daar zij ook de bevrachting omvatte. Door nu in alle van het verdrag overgenomen bepalingen de woorden vervoerder en vervoerovereenkomst zonder meer te handhaven, werd het dwingende verdragsrecht tot dwingend algemeen vervoersrecht opgerekt. Een no-diligence clause was krachtens art. 468, lid 9 (oud: ieder beding in een vervoerovereenkomst) juncto 468, lid 2 en ook juncto 469, lid 2 nietig zowel in de verhouding tussen partijen als in die tussen vervoerder en derde-cognossementhouder, en onverschillig of zij was opgenomen in een simpele cognossementsovereenkomst, in algemene voorwaarden voor stukgoederenvervoer, in een Mengekontraakt of in een bevrachtingsovereenkomst. Weliswaar kon krachtens art. 511, lid 1 (oud) de tot schadevergoeding aangesproken vervoerder de onderliggende vervoerovereenkomst tegenwerpen aan de cognossementhouder die tevens zijn oorspronkelijke wederpartij (de afzender) was, en ook aan een derde-cognossementhouder indien en voorzover het cognossement naar die onderliggende overeenkomst verwees (15), maar dit beroep ging natuurlijk alleen op voorzover die onderliggende overeenkomst geldig was.

Bij de op 1 maart 1969 in werking getreden wet van 11 december 1968 (Stb. 658, Kamerstukken 9436) werd dit anders. Uit de wetsgeschiedenis van deze wijziging blijkt dat zij ten doel had tegemoet te komen aan de verlangens van de Nederlandse bevrachters, wier internationale concurrentiepositie werd bemoeilijkt doordat bevrachtingsovereenkomsten in ons recht, anders dan elders, aan het dwingende Hague Rules recht waren onderworpen, tengevolge waarvan bepaalde, de aansprakelijkheid van de vervrachter beperkende clausules in standaard-charterpartijen, die overal ter wereld worden aanvaard, naar Nederlands recht nietig waren. De wetgever heeft toen overwogen de verdragsbepalingen zelfs niet meer als regelend recht voor bevrachtingen te doen gelden, maar deze gedachte werd verworpen, vooral omdat het wenselijk werd geacht dat de vervrachters de algemeen als redelijk geaccepteerde excepties van art. 469, lid 2 zouden kunnen blijven invoeren, zij het dat afwijking daarvan mogelijk zou worden. Besloten werd dus het verdragsrecht wel voor bevrachtingen te handhaven doch voortaan slechts als regelend recht.

De door deze beslissing noodzakelijk geworden afbakening van dwingend tegenover regelend recht werd als volgt bewerkstelligd. De ruime omschrijving van "vervoerder" in art. 466 werd ook nu gehandhaafd en alle uit het verdrag overgenomen bepalingen bleven gelden voor alle vervoerovereenkomsten, maar in de bepaling die het dwingend karakter dier bepalingen vaststelde, art. 468, lid 9,

(15) Of indien die derde desbewust ten nadele van de vervoerder had gehandeld: art. 510, lid 2. Deze bepaling laat ik verder kortheidshalve buiten beschouwing.

werd het woord "vervoerovereenkomst" vervangen door "cognossement". Dientengevolge is thans bijv. een no-diligence clause in een charterpartij geldig, doch in een cognossement nietig. Tevens werd art. 511, lid 1 aldus gewijzigd dat wanneer een cognossement naar een charterpartij verwijst, de bedingen in die charterpartij deel uitmaken van het cognossement. De bedoeling van deze wijziging was ervoor te zorgen dat wanneer een charterpartij een (voortaan geldige) no-diligence clause bevat en het cognossement naar die charterpartij verwijst, die clause tevens cognossements-clause wordt, die dan echter als zodanig krachtens art. 468, lid 9 nietig is, zodat de vervrachter haar niet jegens derde-cognossementhouders kan inroepen. Tussen vervrachter en bevrachter gelden echter krachtens het tweede deel van het nieuwe art. 511, lid 1 "steeds" (d. w. z. daargelaten of het cognossement naar de charterpartij verwijst) de bedingen van de charterpartij en niet die van het cognossement, ook al komt de bevrachter als cognossementhouder op.

Door deze ingenieuze combinatie van wijzigingen in art. 468, lid 9 en 511, lid 1 werd bereikt wat de wetgever zich voorstelde: enerzijds het van de Hague Rules "vrij maken" van de bevrachting tussen partijen, anderzijds het aan de Rules gebonden blijven van de verhouding tussen vervrachter en derde-cognossementhouder; een en ander conform het verdrag. Maar er is méér bereikt, nl. 66k het tussen partijen vrij maken van elke andere aan de uitgifte van een cognossement ten grondslag liggende vervoerovereenkomst zoals een Mengekontract of algemene voorwaarden voor stukgoederenvervoer of zelfs een eenvoudige booking note voor zulk vervoer. Ook in deze overeenkomsten kan voortaan worden afgeweken van de zorgplichten van art. 468 en een dergelijke afwijking kan door de vervoerder jegens de afzender-cognossementhouder worden ingeroepen: art. 511, lid 1 noemt immers tot tweemaal toe naast elkaar een "vervoerovereenkomst" en een charterpartij. Dat de regering zich hiervan terdege bewust is geweest, blijkt op p. 6 van de MvT, waar zij, na het nieuwe art. 511 met betrekking tot bevrachtingen te hebben toegelicht zoals ik dat aan het slot van de vorige alinea deed, schrijft: "Het laatste zal gelden ook voor de bepalingen van een niet in een charterpartij neergelegde vervoerovereenkomst". Doordat echter het wijzigingswetje primair was gericht op de algemeen gewenste vrijmaking van het chartervervoer en de algemene beschouwingen in de MvT slechts dááaraan waren gewijd, heeft de in dit zinnetje aangegeven wijdere strekking van de wijziging geen aandacht getrokken, althans niet van de Staten-Generaal. Toch is hiermee een zeer belangrijke wijziging in ons stukgoederenvervoersrecht tot stand gekomen (16). Alleen dán wanneer een stukgoederenvervoerovereenkomst uitsluitend uit het cognossement is te kennen (dus bij wat ik noemde een simpele cognossementsovereenkomst) is verdedigbaar dat een no-dili-

(16) Ik signaleerde dit reeds in Autonomie, noot 57.

gence beding niet alleen jegens derden-cognossementhouders, maar ook tussen partijen nietig is (17).

Het is echter, naar ik hierboven sub (a) heb betoogd, zeer twijfelachtig, of het verdrag deze vrijmaking van het stukgoederenvervoer toelaat: naar Engelse opvatting waarschijnlijk niet, naar Belgische wél. De in het nieuwe art. 468, lid 9 geformuleerde afbakening tussen dwingend en niet-dwingend recht (en de uitwerking daarvan in het nieuwe art. 511, lid 1) komt dan ook naar mijn mening neer op een wettelijke verdragsinterpretatie. Juister was het geweest die afbakening te bewerkstelligen met behulp van de formule van art. I-b Bruscon, want dan waren alleen die vervoerovereenkomsten "vrij gemaakt" die volgens het verdrag vrij gemaakt mogen worden; en dan was het de rechter geweest die door interpretatie van die formule, rekening houdend met elders geldende opvattingen, zou hebben te beslissen welke overeenkomsten dat zijn; en daarbij zou hij dan op de aangegeven meningsverschillen zijn gestuit. Het is niet aan de nationale wetgever om in meningsverschillen over de uitleg van een verdragsbepaling een keuze te doen, vooral niet nu onze rechter aan de nationale wet gebonden is omdat de verdragsbepalingen niet zelfwerkend zijn.

(c) Nu het ontwerp. Ook dit geeft een ruimere omschrijving van vervoerovereenkomst dan het verdrag, daar zij de bevrachtingen omvat: zie art. 1, lid 1. De vraag of het verdragsrecht ook voor niet-verdragsovereenkomsten moet gelden, wordt in beginsel op dezelfde wijze beantwoord als in de huidige wet: "Het ontwerp doet vele artikelen van Verdrag en Protocol als regelend recht gelden voor vervoer dat niet onder cognossement plaats vindt" (T 1292). Op dit beginsel wordt echter in zoverre een uitzondering gemaakt dat de zorgverplichtingen van art. III, leden 1 en 2 in art. 8 slechts worden opgelegd aan de vervoerder onder cognossement en derhalve niet aan de vervrachter, zelfs niet als regelend recht. Als argument hiervoor wordt vooreerst aangevoerd dat de vervoerder voor schade tengevolge van het niet betrachten van de hier bedoelde zorg óók aansprakelijk is zónder dat deze zorg hem in de wet wordt opgelegd, omdat hij dan zijn in art. 5 omschreven hoofdverplichting tot conforme aflevering niet kan nakomen. (M. a. w.: de onderhavige zorgbepalingen zijn eigenlijk overbodig, maar moeten voor verdragsovereenkomsten wel worden overgenomen omdat het verdrag ze nu eenmaal bevat). Partijen kunnen echter, aldus resumeer ik verder, die vervoerdersaansprakelijkheid bij bevrachtingen anders regelen door een bepaalde mate van zorg te eisen en dat gebeurt in de charterformulieren in onderling vrij verschillende bewoordingen. Het leek de ontwerper ongewenst naast deze contractuele regelingen, die in zorgvuldige internationale onderhandelingen tot

(17) Hoewel dogmatisch ook verdedigbaar is dat ook dán het beding tussen partijen geldig is, omdat het cognossement nu eenmaal niet de overeenkomst is.

stand zijn gekomen, een - zij het ook niet-dwingende - wettelijke omschrijving van de vereiste zorg te handhaven die oorspronkelijk niet voor vervoer in een bevracht schip werd opgesteld; de internationale dialoog van de rechters over de interpretatie der charter-formulieren zou daardoor worden belemmerd. Dit laatste betoog voor uniforme interpretatie van contractueel uniform recht spreekt mij sterker aan dan de eerstgenoemde stelling dat regeling van zorgverplichtingen bij resultaatsverbintenissen overbodig is, waarop m.i. wel wat valt af te dingen (18).

Consequentie van de beperkte toepasselijkheid van art. 8 is dat ook de exceptie van redelijke zorg voor de zeewaardigheid in art. 10, lid 1 alleen geldt voor verdragsovereenkomsten.

Er zijn nog enkele andere bepalingen die uitsluitend voor verdragsovereenkomsten gelden, maar deze staan als aan het verdrag ontleende *leges speciales* naast soortgelijke voor alle overeenkomsten geldende bepalingen. Dit zijn art. 10, lid 3 (aansprakelijkheid afzender voor schade aan vervoerder of schip) en 42 (bijzondere bevoegdheid vervoerder t.a.v. gevaarlijke lading na inlading) naast art. 26 en 27; en art. 67 en 68 (Himalaya-regeling) naast de ruimere regeling in afdeling 8.5.1. In deze gevallen wilde de ontwerper de materie iets anders (uitvoeriger) regelen dan in het verdrag, maar hij achtte het terecht noodzakelijk daarnaast de verdragsteksten voor verdragsovereenkomsten woordelijk over te nemen.

Resumerend: 1955/56 nam alle verdragsbepalingen voor alle overeenkomsten dwingend over (monisme); 1968/69 nam alle verdragsbepalingen voor alle overeenkomsten over, maar alleen voor verdragsovereenkomsten dwingend, althans dit was de bedoeling (dualisme); het ontwerp wil enkele verdragsbepalingen alleen voor verdragsovereenkomsten overnemen en dan uiteraard dwingend, de overige voor alle overeenkomsten, maar dan alleen voor verdragsovereenkomsten dwingend (pluralisme). Zo geldt bijv. art. 10, lid 2 (aansprakelijkheidsontheffingen) voor alle overeenkomsten, maar alleen voor verdragsovereenkomsten dwingend. Daarnaast bevat de afdeling natuurlijk talloze bepalingen betreffende niet-verdragsmaterie, waarvan de meeste gelden voor alle overeenkomsten, maar sommige alleen voor bevrachtingen; zij zijn van reglend recht, tenzij anders blijkt.

Hoe geeft nu het ontwerp aan dat een uit het verdrag overgenomen bepaling voor verdragsovereenkomsten dwingend geldt doch voor andere hetzij in het geheel niet hetzij slechts aanvullend? Er blijken vier afbakeningsformules te worden gehanteerd:

1. De meeste alleen voor verdragsovereenkomsten geldende bepalingen - nl. art. 8, leden 1 en 2, 10, lid 1, 10, lid 3, en 42 -

(18) Ik volsta hier met erop te wijzen dat art. 6.1.6.1 de zorgverplichting van art. 1271 BW handhaaft teneinde buiten twijfel te stellen dat de schuldeiser zich reeds vóór de aflevering over het niet nakomen dezer verplichting kan beklagen (T 506).

bevatten de formule: indien de overeenkomst wordt beheerst door de bepalingen van een cognossement.

Deze formule wordt echter óók wel gebruikt om aan te geven dat een uit het verdrag overgenomen regel voor verdragsovereenkomsten dwingend, voor andere niet-dwingend geldt, met name in art. 15, lid 6.

2^o. Het belangrijkste artikel dat aangeeft dat een reeks bepalingen voor verdragsovereenkomsten dwingend, voor andere niet-dwingend geldt, is natuurlijk de nieuwe versie van art. III, lid 8: art. 9, lid 1. Dit begint aldus: Nietig is ieder beding in een vervoerovereenkomst, die is neergelegd in een cognossement, waar-door..... enz.

3^o. De alleen voor verdragsovereenkomsten ontworpen Himalaya-artikelen 67 en 68 spreken over zaken onder cognossement vervoerd.

4^o. Het ontwerp regelt het vervoer van reizigersbagage in afdeling 8.5.3 (personenvervoer), maar vervoer van bagage onder cognossement moet onder het dwingend verdragsrecht worden gebracht, daar het verdrag deze goederen niet van zijn werking uitsluit. Daarom worden in de definitie van bagage in art. 8.1.1.7 niet als bagage beschouwd zaken, waarvoor een cognossement is afgegeven.

Ik bepaal mij voorshands tot de eerste twee formules. Men vraagt zich uiteraard af, of het ontwerp aan het verschil tussen deze formules (de "beheers-formule" en de "neerleg-formule") juridische betekenis toekent. M.i. is dit niet het geval en hebben we hier slechts te doen met een lichte terminologische inelegantie. Hiervoor pleit vooreerst dat beide formules kunnen worden beschouwd als vertalingen van "contrat de transport constaté par un connaissance" in art. I-b; dit wordt bevestigd door T 1299, waar zowel bij art. 8 (in noot 112) als bij art. 9 (in de tekst) naar art. I-b wordt verwezen. Bovendien beogen beide formules kennelijk hetzelfde, nl. aan te geven dat zekere bepalingen alleen (in art. 8 en 10, lid 1) of alleen dwingend (in art. 9, lid 1, en 15, lid 6) voor verdragsovereenkomsten gelden. En tenslotte kan men opmerken dat art. 15, lid 6 met zijn beheers-formule in wezen slechts een toepassing inhoudt voor een bijzonder geval (unit limitation) van het algemene, in art. 9 met zijn neerleg-formule omschreven verbod van aansprakelijkheidsvermindering "op andere wijze dan in deze afdeling voorzien".

Consequentie van de gelijkstelling van beide formules is, dat de bij art. 8 gegeven toelichting op de beheers-formule ook geldt voor de neerleg-formule van art. 9. Deze toelichting (p. 1299) zet de verschillende verhoudingen uiteen die uit vervoerovereenkomsten kunnen voortvloeien, en verklaart wanneer deze wel of niet door een cognossement worden beheerst. En daarbij wordt verband gelegd met art. 29, dat als volgt luidt:

Art. 29: Indien een vervoerovereenkomst is gesloten en

bovendien een cognossement is afgegeven, wordt de verhouding tussen vervoerder en afzender door de bepalingen van de vervoerovereenkomst en niet door die van dit cognossement beheerst. Het cognossement strekt hun dan slechts tot bewijs van de ontvangst der zaken door de vervoerder.

De toelichting bij dit artikel (p.1313) zegt o.m. dat het tot dezelfde gevolgtrekkingen leidt als het huidige art.511, lid 1. Bij de bestudering lette men ook op art.33, lid 1 (tegenbewijs tegen cognossement niet toegelaten tegen derde-verkrijger te goeder trouw; dit ziet óók op de vervoersvoorwaarden) en 34 (verwijzingen in het cognossement worden geacht slechts die bedingen daarin in te voegen, die voor de houder ervan duidelijk kenbaar zijn), voorts op art.47, lid 2 (aangevende welke verweren en rechten een aangesproken vervoerder jegens cognossementhouders geldend kan maken) en 49, lid 2 (gevolgen van afgifte van een kapiteinscognossement). Men krijgt dan het volgende beeld:

1°. Bij stukgoederenvervoer wordt de verhouding tussen vervoerder en afzender in beginsel beheerst door het cognossement. Men denke hier echter uitsluitend aan een simpele cognossements-overeenkomst, want:

2°. Anders is het indien tussen hen nog "een andere overeenkomst" werd aangegaan (T 1299), waarmee wordt bedoeld een min of meer gesubstantieerde aan het cognossement ten grondslag liggende overeenkomst zoals algemene voorwaarden, een booking note of zelfs een mondelinge overeenkomst: dan wordt hun verhouding beheerst door die overeenkomst en niet door het cognossement. Daar art.29 van regelend recht is, kan de rechter bij verschil tussen de "andere overeenkomst" en het cognossement concluderen dat partijen in het cognossement van hun oorspronkelijke overeenkomst hebben willen afwijken.

3°. Bij bevrachting is er altijd een "andere overeenkomst", nl. de charterpartij, en deze beheerst in beginsel de verhouding tussen vervrachter en bevrachter (ook al is deze cognossementhouder), tenzij uit de omstandigheden blijkt dat zij daarvan in het cognossement (ook wat hun onderlinge verhouding betreft) hebben willen afwijken.

4°. De verhouding tussen stukgoederenvervoerder of vervrachter en derde-cognossementhouder wordt door het cognossement beheerst, behalve indien en voorzover dit op duidelijk kenbare wijze naar de onderliggende overeenkomst verwijst of indien de derde niet te goeder trouw is.

Met dit systeem kan ik instemmen voorzover het regelt, wát in welke rechtsverhouding moet prevaleren, het cognossement of de onderliggende overeenkomst. Het is immers een oude rechtsregel, gegrond in het waardepapierenrecht, dat in de verhouding tussen vervoerder en afzender in beginsel de onderlinge overeenkomst geldt, doch in de verhouding tussen vervoerder en derde-cognossementhouder in beginsel het cognossement (tenzij dit

naar de onderliggende overeenkomst verwijst of de derde niet te goeder trouw is). Deze regel van waardepapierenrecht, die zowel voor verdragsmaterie als voor niet-verdragsmaterie geldt, heeft echter niets te maken met de verdragsregel van art. I-b, die vaststelt in welke rechtsverhoudingen het verdrag geldt en die daardoor mede bepalend is voor de vraag, in welke rechtsverhoudingen de zorgverplichtingen van art. III, leden 1 en 2 gelden en in welke rechtsverhoudingen bepaalde bedingen nietig zijn krachtens art. III, lid 8. Het ontwerp evenwel legt tussen beide rechtsregels wél verband, verstrengelt ze als het ware, doordat het in art. 8, leden 1 en 2, die de verdragsregels van art. III, leden 1 en 2 willen weergeven, werkt met een afbakeningsformule die ons (ook blijkens de Toelichting) verwijst naar de waardepapierregel die in hoofdzaak in art. 29 is neergelegd, terwijl art. 9, lid 1, dat het dwingend-recht-beginsel van art. III, lid 8 wil weergeven, werkt met een afbakeningsformule die weliswaar iets anders luidt maar die toch, zoals wij zagen, precies hetzelfde bedoelt als de formule van art. 8 en die dus eveneens naar art. 29 verwijst. Aldus krijgt de waardepapierregel van art. 29 (het oude 511, lid 1) er in het ontwerp een functie bij, die hij historisch nimmer heeft gehad en ook niet behóórt te hebben, nl. om te bepalen, in welke rechtsverhoudingen bepaalde bedingen nietig zijn; terwijl het zo zou móeten zijn dat bij de toepassing van art. 29 de al dan niet geldigheid dier bedingen reeds van elders - nl. uit de te incorporeren regel van art. III, lid 8 - vast staat (19).

Ter illustratie van het ongewenste van deze verstrengeling van twee verschillende rechtsregels kiezen wij weer het reeds eerder gegeven voorbeeld, dat een charterpartij of een Mengekontraakt of algemene voorwaarden voor stukgoederenvervoer een no-diligence clause bevat en deze uitdrukkelijk of door verwijzing in het cognossement is overgenomen. Ook nu weer blijkt dat volgens het ontwerp - evenals in het huidige recht sinds 1969 - zo'n beding in dit voorbeeld niet alleen in een charterpartij, maar ook in de genoemde stukgoederenvervoerovereenkomsten tussen partijen geldig is, en wel omdat hun rechtsverhouding niet door het cognossement wordt beheerst (20). En zoals gezegd: dit resultaat moge

(19) Vgl. wat hierboven in de tekst onder dit nummer (3) sub (b) werd geschreven onder de wetgeving van 1955/56, i. h. b. de onderstreepte zinsnede aan het slot van de desbetreffende alinea (p. 105)

(20) Een en ander wordt ook met nadruk door Schadee gesteld in zijn op 22 november 1972 te Gothenburg gehouden lezing: The Draft Maritime Code of the Netherlands (1973), p. 11/12.

Indien de no-diligence clause niet in het cognossement is overgenomen, geldt in beginsel hetzelfde als in het in de tekst gegeven voorbeeld, maar dan rijst de feitelijke vraag, of partijen wellicht bedoeld hebben in dat cognossement van hun oorspronkelijke overeenkomst af te wijken.

voor bevrachting in overeenstemming zijn met het verdrag, voor stukgoederenvervoer is dit op zijn minst twijfelachtig. Ook hier hebben wij m.i. te doen met een wettelijke verdragsinterpretatie.

Hoe zou ik het dan wensen? Het beginsel werd reeds aangegeven: de afbakening van dwingend tegenover niet-dwingend recht zou ik geheel buiten art. 29 om willen bewerkstelligen en wel met behulp van de verdragsformulering. Dit kan m.i. het beste door:

1^o die afbakening in alle betreffende artikelen aan te geven met behulp van één korte formule, waarvoor ik aanbeveel de formule een vervoerovereenkomst onder cognossement. Dus bijv. in art. 8: Indien een vervoerovereenkomst onder cognossement is gesloten; en in art. 9: Nietig is ieder beding in een vervoerovereenkomst onder cognossement, waardoor... Deze formule sluit aan bij de gebruikelijke, ook in het ontwerp gebezigde termen "vervoerder onder cognossement" (art. 47 en 49) en "zaken onder cognossement vervoerd" (art. 67) (21);

2^o na art. 4 (nl. aan het eind van de inleidende bepalingen van afd. 8.5.2) een artikel in te voegen waarin de sub 1^o gekozen term wordt verklaard in een woordelijke vertaling van art. I-b:

Art. 4a. De term "vervoerovereenkomst onder cognossement" is in deze afdeling uitsluitend toepasselijk op een vervoerovereenkomst waarvan blijkt uit een cognossement of elk soortgelijk document dat een titel vormt voor het vervoer van zaken over zee; hij is eveneens toepasselijk op het cognossement enz. enz.

Het is dan de rechter die, rekening houdend met internationale opvattingen, de afbakeningsformule moet interpreteren. Zulks óók met betrekking tot de term "document similaire". Het ontwerp neemt die term niet over en motiveert dit (T 1299 en 1312) aldus dat het geen definitie geeft van het cognossement, zodat de rechter vrij is aan een document similaire dezelfde rechtsgevolgen te verbinden als aan een cognossement. In het zuiver nationale recht bestaat daartegen geen bezwaar, maar in bepalingen van internationaal eenvormig recht lijkt het beter de beide begrippen te blijven onderscheiden evenals het verdrag dit nu eenmaal doet.

4. Overige afbakeningsbegrippen.

(a) Vervoerder omvat blijkens art. I-a de eigenaar of de bevrachter die een vervoerovereenkomst (uiteraard in de zin van art. I-b) met een afzender sluit. Volgens geldende opvatting is deze definitie blijkens het woord "comprend" ("includes") niet uitputtend: ook andere personen dan eigenaar of bevrachter kunnen vervoer-

(21) Wil men perfectionistisch zijn, dan zou men deze laatste term moeten vervangen door "zaken vervoerd krachtens een overeenkomst onder cognossement". Deze uitdrukking verdient ook de voorkeur in art. 8.1.1.7, mede omdat zij beter aansluit bij art. 1 Tokyopass.

der in de zin van het verdrag zijn (22). Waar het om gaat is dat vervoerder degeen is die de vervoerovereenkomst sloot.

Nu is het bekend dat de cognossementhouder dikwijls niet uit het cognossement kan opmaken wie zijn wederpartij is, van wie hij uitlevering en (belangrijker) schadevergoeding kan vorderen. Het verdrag verzet er zich m.i. niet tegen dat de nationale wetgever voor zulke gevallen door ficties of vermoedens een bepaalde persoon aanwijst die als vervoerder zal gelden. En evenmin dat hij naast de eigenlijke contractant één of meer personen als vervoerder aanwijst die in feite géén overeenkomst in de zin van art. I-b sloten: de werkingsomvang van het verdragsrecht wordt dan tot meerdere personen uitgebreid.

Gezien in dit licht kan ik in art. 49, dat bepaalt wie als "vervoerder onder het cognossement" wordt beschouwd, geen strijd met het verdrag ontdekken. Het valt buiten mijn bestek om deze dwingendrechtelijke regeling, die wat ingewikkeld aandoet maar praktische oplossingen voor de moeilijkheden biedt, geheel te bespreken. Zij komt erop neer dat, indien niet uit het cognossement voor de houder daarvan duidelijk kenbaar is wie als vervoerder moet worden beschouwd, een aantal personen als zodanig worden aangewezen. Daarbij zijn als nieuwigheden van belang: 1^o dat naast degeen die het cognossement ondertekende - of voor wie een ander dit bevoegdelijk deed - óók degeen wiens formulier werd gebruikt, als vervoerder geldt, tenzij hij bewijst dat zulks zonder zijn toestemming is gebeurd (23); en 2^o dat een lijnvervoerder die duidelijk zélf een vervoerovereenkomst sloot, zijn aansprakelijkheid niet meer door een vage Identity of Carrier clause kan afschuiven op een niet bij name genoemde owner of demise-charterer (rompbevrachter) wiens schip hij eventueel heeft bevracht (24).

(b) Lading. Art. I-c zondert levende dieren en deklading van de werking van het verdrag uit. Ons huidige recht geldt voor alle goederen (art. 466) maar staat voor de genoemde goederen vrijtekening van de dwingende aansprakelijkheid toe (art. 470). Het ontwerp doet hetzelfde in resp. art. 1, lid 1, en 9, lid 2, sub b en c.

Met betrekking tot exceptionele lading, d.i. die welke door karakter of gesteldheid en door de bijzondere omstandigheden waaronder zij moet worden vervoerd een bijzondere overeenkomst rechtvaardigt, volgt art. VI een ander systeem: zij valt wél onder het verdrag (is dan ook géén "afbakeningsbegrip"), maar het ver-

(22) Scrutton, p. 405; Tiberg a.w., p. 141.

(23) Hierop gebaseerde vorderingen werden niet ontvankelijk verklaard door Rb. Rotterdam 4 februari 1969 S. & S. 1970-68 (St. Essylt) en 29 juni 1971 S. & S. 96 (Luise Bornhofen).

(24) Zie voor deze clause M. E. Jonker, NJB 1968, 1053-1065, 1086-1092, die aan het slot de wens uit "dat de nationale en (liefst) internationale wetgever de eis gaat stellen dat in het cognossement op duidelijke wijze de naam van de vervoerder vermeld wordt".

drag laat partijen vrij om onder bepaalde voorwaarden van het dwingend verdragsrecht af te wijken. Evenals art. 471 geeft art. 12 dit zeer omslachtig geformuleerde art. VI verkort weer, doch ditmaal wordt het woordje "et" in VI, lid 3 letterlijk vertaald, hoewel ongetwijfeld "ou" werd bedoeld (25): deze interpretatie wordt terecht aan de rechter overgelaten.

(c) Vervoerperiode, d.i. de periode waarop de vervoerovereenkomst betrekking heeft. Krachtens art. I-e is het verdragsrecht beperkt tot de periode tussen inlading en lossing. In aansluiting daarop bepaalt art. VII nog eens dat terzake van schade, vóór inlading en na lossing ontstaan, contractsvrijheid bestaat. De vervoerperiode volgens het ontwerp is die tussen inontvangstneming en aflevering, zoals blijkt uit art. 5 (zie ook T 1229 bij art. 8.2.1.2). De overgenomen verdragsbepalingen gelden dus voor deze gehele periode, maar voor de periode "before and after" zijn zij, evenals onder het huidige recht (art. 470), slechts van regeland recht: zie art. 13, dat voornamelijk de tekst van art. VII volgt.

5. Ruimtelijke werking van het verdrag.

Naast het in de vorige nummers besproken art. I is ook art. X een "afbakeningsartikel" doordat het de werkingsomvang van het verdrag beperkt en wel in ruimtelijke zin: volgens de thans nog geldende tekst zijn de verdragsbepalingen van toepassing op elk cognossement, uitgegeven in één der verdragsstaten. Het protocol van 1968 heeft art. X gewijzigd, het toepassingsgebied verruimd, maar de nieuwe tekst is niet van belang voor mijn betoog.

Ontwerp en Toelichting zwijgen over dit artikel. Dit berust ongetwijfeld op het ook met betrekking tot de andere Boeken van het nieuwe BW ingenomen standpunt dat het ontwerp geen bepalingen van internationaal privaatrecht dient te bevatten. Zie de aanbiedingsbrief van Schadee aan de Minister van Justitie, waarin hij tevens opmerkt dat alvorens invoering van het ontwerp kan worden overwogen hierin voorzien zal moeten worden.

Wij zullen dit standpunt moeten eerbiedigen en de bedoelde voorziening moeten afwachten, maar ik kan niet nalaten hier toch één kanttekening te plaatsen, nl. dat art. X niet een bepaling van i.p.r. is in de gebruikelijke zin, met name niet een conflictenregel, doch een bepaling van eenvormig privaatrecht (e.p.r.). Het artikel beantwoordt immers niet de vraag of in bepaalde gevallen het nationale recht van staat A dan wel van staat B toepasselijk is, maar of een stuk aan staat A, B en nog andere staten gemeen privaatrecht al dan niet toepasselijk is. Het is niet - zoals i.p.r.-regels in het algemeen zijn - een regel van (louter) nationaal recht, maar een waarlijk internationale, d.w.z. aan meerdere staten gemene

(25) Vgl. Royer, p. 110.

rechtsregel (26); zij het in zoverre een bijzondere e.p.r.-regel, dat hij niet een rechtsverhouding regelt, maar bepaalt wanneer uniforme regels die wél rechtsverhoudingen regelen, toepasselijk zijn. Het is een afbakeningsartikel, te vergelijken met (bijv.) art. 2 van de Grondwet.

Dit heeft de volgende consequentie. Men kan desnoods een geheel Boek BW invoeren zonder tegelijk geschreven regels van i.p.r. in de zin van conflictenrecht in te voeren: de rechter zal dan volgens elders te vinden geschreven of ongeschreven regels van i.p.r. moeten beslissen of een geval met aanknopingspunten aan verschillend recht door regels van dat Boek wordt beheerst. Maar de uit het Cognossementsverdrag overgenomen bepalingen mogen niet worden ingevoerd zonder dat tegelijk aan art. X gelding wordt gegeven, want wij hebben ons volkenrechtelijk verplicht die verdragsbepalingen toe te passen in de in art. X omschreven gevallen. Daarom is er misschien toch wel iets voor te voelen art. X maar aanstonds in het ontwerp te verwerken.

Nu is die verwerking overbodig indien men de laatstelijk door Haak verdedigde opvatting huldigt, dat het in mijn inleiding genoemde Portalon-arrest van 1968 blijkens zijn hoofdoorweging slechts aan de eigenlijke Rules, dus niet aan art. X rechtstreekse werking ontzegt, en dat art. X die werking wél heeft (27). Maar het is onzeker of de Hoge Raad die opvatting zal aanvaarden en zij is bovendien niet onbestreden gebleven (28). Daarom lijkt verwerking in het ontwerp toch wel verstandig.

Dan stuit men echter op de opvatting dat art. X zich niet leent voor inpassing in de nationale wetgeving (Haak), althans niet ongeschonden (Swart) (29). Deze, althans de eerste opvatting is mij niet duidelijk geworden. Wanneer men een verdrag uitvoert door zijn regels in de wet op te nemen, kan men toch ook overeenkomstig dat verdrag bepalen, wanneer die regels toepassing vinden? Evenals het afbakeningsbegrip "vervoerovereenkomst" kan, ja moet ook de afbakeningsregel van art. X worden geïncorporeerd. Bijv. aldus (volgens Brusconprot): "De artikelen... (volgen alle overgenomen verdragsbepalingen)... zijn toepasselijk op elk cognossement betreffende vervoer onder cognossement tussen havens in twee verschillende staten indien: a) het cognossement is afgegeven in één der staten die partij zijn bij het verdrag van 24

(26) Uit een oogpunt van doelmatige begripsvorming lijkt het gewenst de begrippen i.p.r. en e.p.r. gescheiden te houden. Vgl. over de verhouding tussen beide: Autonomie, noot 36.

(27) W. E. Haak, De Hague Rules en het Alnati-arrest (1969) p. 18, en NJB 1970, 350-352. Zie bij het in de tekst sub (5) en (7) geschrevene ook Haak in zijn bijdrage in deze bundel.

(28) P. J. Swart, Het Cognossementsverdrag en rechtstreekse werking (bijlage S. & S. april 1971) p. 12.

(29) Haak, NJB 1970, 352, Swart t. a. p.

augustus 1924... enz."

Het effect van een dergelijke inpassing is dat onze rechter steeds de Nederlandse tekst van het verdrag toepast. Dat zal voor velen een bezwaar zijn, omdat zij rekening willen houden met het nu eenmaal door het vermaledijde Ondertekeningsprotocol geschapen feit dat er meerdere Hague Rules-rechten zijn. Maar ten eerste weegt dit bezwaar minder onder de werking van het Wijzigingsprotocol, omdat dit het voornaamste verschil tussen die wetgevingen - t.w. de hoogte van de aansprakelijkheidslimiet - doet vervallen (30). En ten tweede: wanneer wij aan onze verdragsverplichting voldoen door een uiterst nauwkeurige en letterlijke overneming, zijn wij m.i. volkenrechtelijk en *règle*, indien wij geen rekening houden met versies in andere staten die blijkbaar minder nauwkeurig zijn. De rechtsgrond voor het i.p.r. ontbreekt hier naar mijn mening (31).

6. Enkele bepalingen.

De ontwerper heeft de vertaling der verdragsbepalingen aan een nauwkeurige revisie onderworpen, waardoor op vele plaatsen verbeteringen ten opzichte van de huidige teksten zijn ontstaan, niet zelden met pregnante termen zoals "natuurgebeuren" (act of God) en "laadkist, laadbord of soortgelijk vervoergerei". In vele artikelen is nu sprake van aansprakelijkheid van de vervoerder of het schip (zie hiervoor T 1300 bij art. 9, lid 1). Het Franse "agent" wordt niet meer vertaald met "vertegenwoordiger" maar met "agent", daar het hier gaat om het Engelse begrip "agent", dat ziet op ieder die bij de uitvoering der overeenkomst wordt gebruikt (32). Aan een drietal bepalingen moge ik iets meer aandacht schenken:

Art. 10, lid 2, sub c-p. Achter deze bepalingen geeft het ontwerp uitvoering aan het voorbehoud dat Nederland in 1956 krachtens het Ondertekeningsprotocol heeft gemaakt, nl. om te "préciser" dat in de gevallen c-p de cognossementhouder de persoonlijke schuld van de vervoerder of de schuld van zijn ondergeschikten, niet vallend onder die sub a, mag aanvoeren. Het ontwerp volgt hierbij niet de Franse tekst maar de Engelse vertaling, hoewel die hier niet op de oorspron-

(30) Zij het niet geheel, omdat art. IV, lid 5-d de bepaling van de omrekeningsdatum der goudfranken overlaat aan het recht van de forumstaat. Bovendien is er de problematiek, behandeld door Royer in NJB 1973, 601 vlg., maar deze is van interpretatieve aard en zal door de rechters der verdragsstaten in onderlinge dialoog moeten worden opgelost.

(31) Ook verschil in rechtspraak tussen verdragsstaten t.a.v. uniform recht levert m.i. geen grond op voor inschakeling van het i.p.r. Vgl. Autonomie, noot 68.

(32) Aldus reeds H. Drion, NJB 1956, 257.

kelijke Hague Rules berust. Verdedigbaar lijkt dat de Franse tekst de rechter meer vrijheid laat voor nuancering, bijv. tot verdeling van aansprakelijkheid indien de schuld van de vervoerder of zijn personeel slechts tot schade heeft bijgedragen (33). Voorts zou ik in plaats van "afzender" willen lezen: "de cognossementhouder in de gevallen bedoeld onder c tot p".

Art. 15 (omvang schadevergoeding) geeft de tekst van het nieuwe art. IV, lid 5 (Prot) op verscheidene plaatsen niet feilloos weer. Ik volsta met twee opmerkingen over lid 2:

1°. Het verdrag geeft hier (sub b) nogal summier aan hoe - behoudens de limiet - de voor vergoeding in aanmerking komende schade moet worden berekend, nl. par référence à de waarde der goederen ter plaatse waar en ten tijde waarop zij volgens de overeenkomst zijn of hadden moeten worden gelost; waarna dan nog wordt bepaald dat die waarde wordt vastgesteld d'après de beurskoers of anders de gangbare marktwaarde of anders de normale waarde van dergelijke goederen. T 1302/3 betoogt terecht dat, met name de eerstgenoemde onderstreepte uitdrukking ruimte laat voor nadere berekeningen waarbij diverse bijzonderheden kunnen worden vercalculeerd. Zo laat die uitdrukking toe wat wel vanzelfsprekend is, nl. dat de in de verdragsbepaling omschreven "verwachte waarde" moet worden verminderd met de "aangekomen waarde" en bovendien met hetgeen is bespaard. Maar, hoe vanzelfsprekend dit ook moge zijn, toch lijkt het minder juist deze verdragsinterpretatie in de wet op te nemen zoals in de tweede zin van lid 2 is geschied. Voorstel: het woord "naar" in de eerste zin van lid 2 worde vervangen door "met inachtneming van", en de tweede zin worde geschrapt.

2°. "afgeleverd" in lid 2 klopt niet met "déchargées" ("discharged from the ship"). Dit kan geen vergissing zijn, maar illustreert m.i. de moeilijkheid waarvoor men komt te staan indien men een dwingende verdragsbepaling ook voor niet-verdragsovereenkomsten, maar dan niet-dwingend, in één wetsbepaling wil overnemen: voor verdragsovereenkomsten eindigt de vervoerperiode bij de lossing, voor andere overeenkomsten bij de aflevering; dit geeft echter geen vrijheid om het laatste begrip ook voor verdragsovereenkomsten als beslissend voor de schadeberekening in te voeren. Voorstel: in plaats van "afgeleverd" te lezen: afgeleverd of, indien de vervoerovereenkomst onder cognossement is gesloten, gelost.

Art. 33, lid 1. Het verdrag bepaalde oorspronkelijk in art. III, lid 4, dat het cognossement geldt als vermoeden, behoudens tegenbewijs, van de ontvangst door de vervoerder van de goederen zoals omschreven overeenkomstig lid 3. Nederland maakte bij de toetreding t.a.v. de onderstreepte woorden een voorbehoud ten einde tegenbewijs tegen derden te goeder trouw te kunnen verbieden in het belang van de verhandelbaarheid van het cognossement;

(33) Vgl. Cleveringa, p. 497.

die gedachte werd in art. 510 uitgewerkt, waarbij aansluiting werd gezocht bij het wisselrecht (art. 116). Het Wijzigingsprotocol heeft dat voorbehoud overbodig gemaakt door aan art. III, lid 4 een zin toe te voegen die tegenbewijs tegen derde verkrijgers te goeder trouw verbiedt. Art. 33, lid 1 nu neemt de eerste zin van art. III, lid 4 niet over, omdat die bepaling ook reeds volgens het gemene recht geldt (tegenbewijs tegen een akte is in beginsel altijd mogelijk), doch wél de toevoeging. Daarmee wordt dan met één bereikt dat het hier bedoelde tegenbewijs niet alleen ziet op de feitelijke opgaven in het cognossement, maar op de gehele inhoud daarvan, dus ook op de vervoersvoorwaarden. Deze uitbreiding is niet in strijd met het verdrag, schrijft T 1315 terecht; maar ik vraag mij - vooral om didaktische redenen - wel af of zij niet in de bepaling zelf tot uiting zou kunnen worden gebracht, bijv. aldus: "Tegenbewijs tegen de in het cognossement opgenomen opgaven en voorwaarden. . . enz."; te meer nu de overige leden van art. 33 alleen betrekking hebben op de feitelijke gegevens in het cognossement. Tenslotte zij opgemerkt dat de bewijspositie van de vervoerder, vergeleken met art. 510, lid 2, wordt verlicht, daar hij niet meer behoeft te bewijzen dat de derde desbewust te zijnen nadele heeft gehandeld, maar slechts dat deze objectief niet te goeder trouw was.

7. De keuze van het Ondertekeningsprotocol.

De ontwerper heeft geopteerd voor de tweede door het Ondertekeningsprotocol geopende mogelijkheid: incorporatie der verdragsregels in de nationale wetgeving in een bij die wetgeving passende vorm. Ongetwijfeld heeft hij dit systeem op de meest consequente wijze uitgewerkt en voorzover ik onvolkomenheden meende te ontdekken - het bespreken van een wetsontwerp is nu eenmaal mede een harmatologische bezigheid - gaf ik aan hoe deze binnen dat systeem verholpen zouden kunnen worden. Toch dient de vraag te worden gesteld of de andere keuze - aan het verdrag kracht van wet geven - niet de voorkeur verdient. Persoonlijk zou ik die vraag bevestigend willen beantwoorden. Laat ik ter adstructie van deze opvatting eerst de argumenten bespreken die Schadee voor zijn keuze aanvoert (T 1217).

Ten eerste de traditie: Nederland heeft deze methode steeds gevolgd met betrekking tot unificerende verdragen op het gebied van het zee- en binnenvaartrecht. Dit argument is voor het Cognossementsverdrag weinig overtuigend, indien men bedenkt dat de regering en de haar adviserende commissies in de vijftiger jaren sterk over de keuze hebben gearzeld en onderling van mening verschilden. Daar komt nog bij dat de uitwerking van de toen uiteindelijk gedane keuze weinig moeilijkheden schiep doordat het dwingend verdragsrecht tot algemeen dwingend vervoersrecht werd opgerekt. Sinds 1968 bestaat echter het probleem van de afbakening van dwingend tegenover regelend recht en ik heb getracht

aan te tonen dat dit probleem in het ontwerp juist wegens de gekozen methode grote moeilijkheden schept, doordat dikwijls dwingend en regelend recht tezamen in één bepaling worden opgenomen én afgebakend. Hierdoor en ook door het grote aantal verwijzingen dat door de verknipping in meerdere artikelen noodzakelijk werd, krijgt de zo harmonieus opgebouwde afdeling toch iets ingewikkelds, geforceerds. Indien dit bij een andere methode kan worden vermeden, mag de traditie geen rol spelen.

Ter rechtvaardiging van de gevolgde methode wordt voorts verwezen naar het codificatiebeginsel, neergelegd in art. 164 van de Grondwet. Dit argument wordt in de Toelichting niet uitgewerkt. Het artikel bepaalt dat o.m. het privaatrecht in beginsel in algemene wetboeken wordt geregeld. Verdedigbaar lijkt mij dat dit beginsel eist dat ook het in uniformerende verdragen neergelegde privaatrecht zijn plaats in - bij rechtstreeks bindende verdragen mede in - ons nieuwe BW moet vinden, opdat de Nederlandse burger aldus het gehele hier te lande geldende privaatrecht, met inbegrip van het uniforme, bij één kan vinden. Maar dit zegt niets over de vorm waarin verdragen in het wetboek moeten worden opgenomen. Art. 164 eist geenszins dat de wetgever de verdragsteksten, vermengd met louter nationaal recht, als deel van één rechtssysteem over een titel of afdeling verspreidt in plaats van ze binnen het wetboek tezamen te houden in dezelfde vorm als waarin ze in het verdrag staan.

Dit laatste zou als volgt kunnen worden bereikt:

1^o. Nederland zou moeten overschakelen op de eerste keus van het Ondertekeningsprotocol. Dit zou op eenvoudige wijze kunnen geschieden doordat de regering bij de toetreding tot het Wijzigingsprotocol van 1968 een verklaring aflegt (uiteraard daartoe gemachtigd door de goedkeuringswet) dat het verdrag met inbegrip van het Wijzigingsprotocol in Nederland kracht van wet heeft en wel met voorrang boven met het verdrag niet verenigbare andere bepalingen van Nederlands recht. De wetgever doet dan wat de Hoge Raad in het Portalon-arrest meende niet te mogen doen. Dit komt op hetzelfde neer als wat reeds door Haak in NJB 1970, p. 356/7, is voorgesteld (34).

2^o. Daarnaast zouden de verdragsteksten in vertaling opgenomen moeten blijven in het nationale wetboek; nu echter niet meer ingevolge de (tweede) keus van het Ondertekeningsprotocol, maar opdat het gehele Nederlandse privaatrecht uit dat wetboek te kennen is. Zolang het WvK nog van kracht is, kunnen de door de toetreding tot het Wijzigingsprotocol noodzakelijke wijzigingen en aanvullingen het best tot stand worden gebracht door wijziging en

(34) Aflegging van een dergelijke verklaring wordt voorgesteld in art. 2 van het ontwerp van Rijkswet 10.797 (R 747) dd. 28 augustus 1970 tot goedkeuring van het verdrag van 1962 inzake de aansprakelijkheid van exploitanten van nucleaire schepen.

aanvulling van de betreffende bepalingen van dat wetboek. Maar voor het nieuwe BW zou ik een andere methode willen bepleiten dan die in het WvK en in het ontwerp wordt toegepast. Ik zou in overweging willen geven een letterlijke vertaling van de artikelen I-X (met achter art. IV, lid 2-p het schuldvoorbehoud) op te nemen in een afzonderlijke afdeling, bijv. afd. 8.5.1a of 2a, onder het hoofd "Enige eenvormige regelen betreffende het cognossement", en onder toevoeging dat andere bepalingen van het wetboek geen toepassing vinden indien zulks niet verenigbaar is met de bepalingen van deze afdeling. Aldus zou een soort Nederlandse Carriage of Goods by Sea Act (Cogsa) in Boek 8 worden opgenomen. Dit Cogsa-systeem biedt de volgende voordelen:

Ten eerste wordt dan het eenvormig verdragsrecht naar de vorm beter herkenbaar als een los van het nationale rechtssysteem staand autonoom internationaal systeem, dat dan ook gemakkelijker los van het nationale recht zal worden geïnterpreteerd. Men kan in onze tijd art. 164 Gw niet meer aldus lezen dat het de codificator opdraagt een zuiver nationaal rechtssysteem in een wetboek neer te leggen. De gedachte dat het nieuwe BW nog een symbool van nationale rechtseenheid zou kunnen zijn heb ik reeds eerder een mythe genoemd waarvoor wij ons moeten hoeden: ook het nieuwe wetboek zal, evenals het oude, het aanzien krijgen van een "lappendeken", maar dan in andere zin dan waarin Meijers dit woord in 1932 gebruikte, nl. in die zin dat op het nationale kleed van ons nieuwe BW internationale stukken zullen worden opgestikt (35). Het is het zuiverst, die realiteit zoveel mogelijk ook naar de vorm te erkennen, waarmee ik overigens niet wil zeggen dat dit voor elk stuk eenvormig recht op dezelfde wijze zou moeten geschieden.

Het tweede voordeel, samenhangend met het eerste, is dat de zo noodzakelijke internationale rechterlijke dialoog aldus gemakkelijker, nl. op basis van dezelfde wetsartikelen, kan plaats vinden.

Derde voordeel is dat dan de louter nationale afdeling 8.5.2. vergeleken met het huidige recht nóg meer aan eenvoud kan winnen dan zij al doet. De artikelen 8, 9, 10, lid 1, 10, lid 3, 11, 12, 13, 15, lid 6, 42, 67 en 68 zouden kunnen vervallen. De afdeling zou nog wel een aantal verdragsbepalingen blijven bevatten, nl. voorzover zij ook voor niet-verdragsovereenkomsten nuttig zijn, maar deze bepalingen zouden in deze afdeling in beginsel van regeland recht zijn. Er zou geen afbakeningsprobleem meer bestaan, immers het verdragsvervoer zou haar eigen dwingende regeling in de afzonderlijke afdeling vinden, waarnaast afd. 8.5.2 ook voor dat vervoer aanvullend zou werken.

En tenslotte: in afd. 8.5.2 behoeft de wetgever zich dan niet meer angstvallig te hoeden voor wettelijke verdragsinterpretatie:

(35) Autonomie, p. 30.

hij kan de overgenomen artikelen naar hartelust bekorten of aanvullen.

Slotwoord.

Nu dit preadvies, zij het met toestemming van de redacteur van deze bundel, langer is geworden dan oorspronkelijk in ons beider bedoeling lag, zie ik af van het formuleren van een samenvatting en beperk ik mij tot het volgende.

De aard van mijn onderwerp bracht mee dat ik slechts schreef over de inpassing in het ontwerp van verdragsbepalingen waarvan de inhoud niet door Schadee is bedacht. Dat is in zoverre jammer dat ik daardoor geen gelegenheid had mijn grote bewondering te uiten voor de talloze wél door hem bedachte bepalingen die fraaie, nieuwe en bovenal praktische oplossingen bieden. Dit ontwerp bevestigt wat wij allen tóch al wisten: dat alleen hij bij uitstek bevoegd was en is om het grootse door Meijers begonnen werk op dit onderdeel te voltooien. Ik moge eindigen met mij aan te sluiten bij wat hij zelf aan het slot van één van zijn opstellen schreef: "De klim naar één zeerecht is moeizaam en een beetje mopperen geeft weleens opluchting, maar het uitzicht onderweg is mooi en zal van de top af prachtig zijn" (36)

(36) NJB 1959, 386.

1. De Staatscourant van 18 juni 1973 bevat een korte aankondiging over Boek 8 N.B.W. De Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer verzoekt aldaar iedere belanghebbende commentaar te geven over de te volgen procedure bij het voorbereidend onderzoek van het eerste gedeelte van het ontwerp van Boek 8. Naar luid van een door de Minister van Justitie aan deze Commissie gerichte brief ligt het in de bedoeling zo spoedig mogelijk het eerste gedeelte van Boek 8 in te voeren zonder te wachten op het gereedkomen van het tweede stuk, waarvan de inhoud voornamelijk zal worden gevormd door het vervoer over de weg en het lucht-recht. De Vaste Commissie sluit zich hierbij aan en eindigt haar aankondiging met de mededeling, dat de commissie zich voorstelt om "gelet op het feit, dat bij de samenstelling van het betrokken ontwerp nauw overleg en uitvoerige samenspraak met de organisaties van alle betrokkenen heeft plaatsgevonden alsmede dat de kennis van de samensteller op dit gebied van het recht er borg voor staat, dat de ontworpen regelingen volledig doordacht en gericht zijn op een maximale praktische bruikbaarheid, bij het voorbereidend onderzoek een verslag op het nog in te dienen regeringsontwerp uit te brengen dat in hoofdzaak zal bestaan uit de mededeling, dat het voorliggend ontwerp de commissie geen aanleiding geeft tot het maken van opmerkingen doch dat de commissie voornemens is om over 5 jaar met de Minister van Justitie overleg te plegen over de vraag, of in de praktijk gebleken is, dat wijzigingen alsnog wenselijk zijn."

De opzet van mijn bijdrage is de aandacht te vestigen en commentaar te leveren op een gedeelte van Boek 8 dat uitdrukkelijk is weggelaten, te weten bepalingen van internationaal privaatrecht. Wat is het gevolg, als dit gedeelte van Boek 8 wordt ingevoerd zonder dat bepalingen van internationaal privaatrecht het "begeleiden?"

In de aanbiedingsbrief van prof. Schadee, die het Groene Boek voorafgaat, wordt hieromtrent door hem het navolgende gesteld: "Evenmin als in de overige ontwerpen voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek bevat het onderhavige bepalingen van internationaal privaatrecht: alvorens invoering kan worden overwogen zal hierin moeten worden voorzien" (1). Deze alinea roept twee vragen op: Wat wordt bedoeld met 'bepalingen van internationaal privaatrecht',

(1) Voorafgaand aan het Ontwerp Boek 8, pag. I, achtste alinea.

en is het noodzakelijk, dat zodanige bepalingen moeten worden gecreëerd tegelijkertijd met de invoering van Boek 8?

2. Kolléwijn's uitspraak (2) dat zeerecht internationaal recht is parafraserend, moge hier uitgangspunt van mijn betoog zijn, dat vervoersrecht internationaal recht is. Beziét men de titels van Boek 8, dan kan gerust worden gesteld, dat het voor een groot deel geschreven is voor grensoverschrijdend vervoer. De bepalingen van zeerecht houden zich niet allereerst bezig met het vervoer van Vlissingen naar Delfzijl. In de binnenvaart liggen de verhoudingen iets anders, maar ook daar heeft het Ontwerp niet in de laatste plaats aan de internationale binnenvaart gedacht. Bij het wegvervoer is het al niet anders. En zou het Ontwerp bij de Algemene bepalingen betreffende vervoer, bij de reisovereenkomst en de overeenkomst van personenvervoer slechts groepsreises naar de Veluwe voor ogen hebben gehad?

Het commentaar spreekt geheel andere taal (3). Bij de overeenkomst van goederenvervoer (8.2.1.1.-14) wordt zelfs over interplanetair vervoer gesproken, dat, "mocht dit vervoer tot ontwikkeling komen (...) in afwachting van eventueel noodzakelijke afzonderlijke regelingen, bijna geheel geregeerd (wordt) door afdeling 8.2.1."

Ook in andere zin is het vervoersrecht uit Boek 8 internationaal recht. Het is niet alleen geschreven voor internationaal vervoer, maar het bevat grote delen internationaal recht, uniform recht uit verdragen die wel, niet of nog niet door Nederland zijn geratificeerd. Voegt men daar aan toe de vele rechtsvergelijkende notities, aanhalingen en verwerking van comparatistische gegevens (kijk bijv. alleen al naar de voetnoten in het commentaar die wijzen op een enorme beheersing van het rechtsvergelijkende vervoersrecht bij de opsteller van het Ontwerp), dan kan het Ontwerp Boek 8 waarlijk internationaal recht worden genoemd, dat in beginsel zonder grove onrechtvaardigheden te scheppen door de Nederlandse rechter zou kunnen worden toegepast, wanneer hij een internationale vervoerszaak ter beoordeling voorgelegd krijgt.

Hier begint het internationaal privaatrechtelijke gedeelte. Een internationale vervoerszaak heeft aanknopingspunt met meer dan een nationaal rechtstelsel, en de rechter zal hieruit een keuze moeten doen. Boek 8 geeft vrij nauwkeurig aan welke bepalingen dwingend recht zijn en welke niet. Nu de aard der stof internationaal recht is, d.w.z. stof geschreven voor internationale situaties, zal de ontwerper, toen hij aangaf dat bepaalde artikelen dwingend zijn, ook aan een zekere internationale dwingendheid gedacht moeten hebben. Alweer: zou het de bedoeling zijn geweest, dat nu bij de reisovereenkomst het reisbureau niet ongestraft verkeerde

(2) W.P.N.R. 4596.

(3) Zie Toelichting, p.1236 ad 8.2.2.1 onder 7.

verwachtingen mag wekken in een prospectus, omdat naar luid van art. 8.2.6.7 lid 3 nietig is ieder beding, waarbij van dit artikel wordt afgeweken, alleen is gedacht aan Nederlandse reisbureaus die boottochtjes naar Marken annunceren en de teleurgestelde tourist in de Bijlmermeer afzetten? Ik overdrijf en simplificeer. Of omgekeerd, moet de Nederlandse rechter dit artikel ook dwingend toepassen op een in Frankrijk gevestigd reisbureau, dat een Duitse tourist valselijk heeft voorgelicht, in het overigens denkbare geval, dat in Nederland wordt geprocedeerd (4)? Wanneer een voorschrift dwingend is, dient bij wetsvoorschriften die grensoverschrijdende feiten beslaan de dwingendheid gekanaliseerd te worden door nadere voorwaarden aan te geven voor deze dwingendheid; bijv. de dwingende artikelen uit 8.2.6. zijn van toepassing op in Nederland opererende reisbureaus. Het stellen van die nadere voorwaarden gebeurt nu door regels van internationaal privaatrecht. De huidige artt. 468-480 W.v.K. bevatten bijv. in het algemeen dwingend recht, doch door art. 517 d wordt deze dwingendheid gekanaliseerd, omdat het alleen geldt voor vanuit Nederland uitgaand vervoer.

Ik voeg hier aanstonds aan toe, dat niet altijd nadere regels van i.p.r. gegeven hoeven te worden. De aard en mate van dwingendheid kan volgen uit het artikel zelf (5). Het zal duidelijk zijn, dat art. 318 W.v.K., handelende over de levering van teboekgestelde schepen, alleen betrekking heeft op de levering van Nederlandse schepen; een nadere bepaling die dit aangeeft is niet nodig. Art. 341 a W.v.K., bepalende dat op Nederlandse schepen alleen Nederlanders als kapitein in dienst mogen worden gesteld, geeft uit zichzelf reeds de reikwijdte der dwingendheid aan. Ook kan de dwingendheid volgen uit algemene geschreven of ongeschreven regels van internationaal privaatrecht.

Tot nog toe is gesproken over het scheppen van internationaal privaatrechtelijke regels om aan te geven wanneer en in hoeverre dwingende regels dienen te worden toegepast. Daarnaast kan de wetgever natuurlijk internationaal privaatrechtelijke regels geven,

(4) Denk bijv. aan art. 18 van het EEG-Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, hierna EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag te noemen.

(5) Hiervan te onderscheiden zijn de internrechtelijke regels, die door hun aard en verknoping met de internationale casus exportpretentie verkrijgen. De artikelen in het vervoersrecht hebben naar hun aard reeds een zekere exportpretentie. De wijze van deze exportwaarde blijkt uit het artikel zelf of uit een internationaal privaatrechtelijke begeleidingsregel die het, als eenzijdige bepaling van i.p.r., van internationale openbare orde verklaart, cf. Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts, 1956.

die niet dwingend zijn en die door partijen opzij gezet kunnen worden door een ander recht te kiezen. Deze regels zijn meer richtlijnen voor de rechter hoe te handelen in geval partijen zelf geen andere keuze hebben gedaan. Een goed voorbeeld levert art. 518 g W.v.K., dat op de tijdbevrachting van een Nederlands schip bepaalde artikelen van het Wetboek van Koophandel van toepassing verklaart, voorzover partijen niet anders zijn overeengekomen. Geeft de wetgever deze richtlijnen niet, dan zal de rechter deze moeten halen uit algemene geschreven of ongeschreven internationaal privaatrechtelijke regels, dan wel regels creëren (denk bijv. aan de Katsedijk-regel voor zeevervoersrecht onder cognossement (6)).

3. Maar hoe nu ten aanzien van Boek 8? Waar de grens te trekken tussen het opstellen van speciale i.p.r.-regels en het overlaten aan reeds bestaande geschreven en ongeschreven regels?

Alvorens hierop in te gaan, is het dienstig eerst te bezien hoe de wetgever het heeft geregeld in het huidige vervoersrecht. Alleen het zee- en binnenvaartrecht heeft in het Wetboek van Koophandel enige artikelen over internationaal privaatrecht. In de eerste titel van het tweede boek 'Van zeeschepen en hunne lading' zou men de artikelen 311 (Nederlandse schepen), 318 t (executie in het buitenland van een Nederlands schip) en 318 v (gerechtelijke verdeling van de opbrengst van een buitenlands schip) daaronder kunnen rekenen. Verder in de derde titel (kapitein) het reeds door mij genoemde art. 341 a. Eigenlijke bepalingen van internationaal privaatrecht komen echter eerst bij vervoer en bevrachting aan de orde. Art. 517 d verklaart bepaalde artikelen dwingend van toepassing voor vervoer vanuit Nederland, art. 518 g verwijst voor de tijdbevrachting van een Nederlands schip naar bepaalde artikelen uit het W.v.K., voor zover partijen niet anders zijn overeengekomen, terwijl art. 520 f zulks doet voor reisbevrachting, hetzij van een Nederlands schip, hetzij voor het vervoer van en naar een Nederlandse haven; bij het stukgoederenvervoer worden door art. 520 t bepaalde artikelen van toepassing verklaard zowel op het vervoer van, als op dat naar een Nederlandse haven, art. 533 c (vergelijkbaar met art. 517 d - oud) verklaart bepaalde artikelen van toepassing voor uit- en ingaand vervoer, behalve dat enkele artikelen buiten toepassing blijven voor zover de daarin bedoelde bedingen enz. geldig zijn in het land van inscheping, terwijl lid 2 de artikelen betreffende de in- en ontscheping van toepassing verklaren als deze plaatsvindt in een Nederlandse haven. Tenslotte art. 533 p voor tijdbevrachting personenvervoer vergelijkbaar met 518 g. De binnenvaart heeft, naast de artt. 749 (teboekstelling Nederlandse binnenschepen) en 755 (Nederlandse wet is van toepassing op zakelijke rechten op Nederlandse binnenschepen) als enig eigenlijk

(6) N.J.1971, 299, W.L.G.L.

internationaal privaatrechtelijk artikel art. 854, dat de bepalingen nopens inlading of lossing van toepassing verklaart als deze plaatsvindt in een Nederlandse haven.

Dat is alles, althans voor wat het Wetboek van Koophandel betreft. Daarnaast zijn er verdragen die tot op zekere hoogte in hun reikwijdte-bepalingen (oneigenlijke) regels van i.p.r. bevatten, in zoverre als deze aangeven wanneer het (Nederlandse) uniforme recht wordt toegepast. Ik denk bijv. in het zeerecht aan het Aanvaringsverdrag en dat betreffende Hulp en Berging, en niet te vergeten het Brusselse Cognossementsverdrag. Bij het vervoer over land denk ik aan het C.M.R. verdrag, en de C.I.M. en C.I.V.-verdragen. Bij luchtvervoer kan het Verdrag van Warchau worden genoemd. Deze verdragen geven in hun reikwijdte-bepalingen slechts oneigenlijke regels van i.p.r., omdat de reikwijdteregel een andere functie vervult dan een verwijzingsregel in het i.p.r., op welke kwestie ik hier nu niet inga (7). De reikwijdteregels bestrijken ook een beperkt gebied omdat het uniforme recht bijv. slechts van toepassing wordt verklaard tussen twee verdragslanden, of bij vervoer van of naar een verdragsland, of wanneer de schepen in kwestie de vlag voeren van een verdragsland. Daarbuiten blijft dan het ongeregelde gebied over, dat wordt overgelaten aan regels van i.p.r.

Tenslotte de door de jurisprudentie gevormde regels van i.p.r. Ik denk hierbij aan de Hoge Raad: het Katsedijkarrest (8) voor het zeevervoer, aan het Neska-arrest (9) voor wat het binnenvaartvervoer betreft, terwijl de lagere rechters, in deze veelal de Rechtbanken van Rotterdam en Amsterdam, en de Hoven in 's-Gravenhage en Amsterdam, in het vervoersrecht bij ontbreken van geschreven regels in het algemeen aan de hand van algemene regels van i.p.r. toch duidelijk voorspelbare i.p.r.-beslissingen kunnen nemen. Met het voorgaande bedoel ik dit: wie de jurispru-

(7) Een verwijzingsregel verwijst naar een bepaald toepasselijk recht, terwijl de reikwijdteregel een afbakeningsregel is, welke aangeeft wanneer het bepaalde uniforme verdragsrecht wordt toegepast. In het laatste geval wordt eigenlijk boven-nationaal recht toegepast, en als de forumstaat aangesloten is bij het desbetreffende verdrag de (uniforme) *lex fori*.

Zie voor de reikwijdtebepalingen van de hier genoemde en andere verdragen F. Rigaux en M. Verwilghen, *Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel*, in: *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, 1970, p. 217 e.v., voorts W. E. Haak en P. M. Storm, *The spatially conditioned scope of uniform substantive private law in force in the Netherlands*, in: *Netherlands reports to the VIIIth international congress of comparative law*, Pescara 1970, p. 183 e.v.

(8) N.J. 1971, 299, W. L. G. L.

(9) N.J. 1973, 121, H. B.

dentie in de N.J. en S. & S. nagaat krijgt niet de indruk, dat de praktijk (op enkele kwesties na, waarop ik hierna terugkom) geleiden heeft door een schaarste in geschreven i.p.r.-regels in het vervoersrecht.

In de contractuele sfeer heeft, ook vóór het Alnati-arrest in 1966, de veelal gedane rechtskeuze het pad geëffend voor het toe te passen recht, waarbij dwingend nationaal of verdragsrecht zijn werking bleef behouden (10). Van de door mij opgesomde eigenlijke i.p.r.-regels in het W.v.K. zijn alleen art. 517 d en 533 c dwingend (11). Van deze twee artikelen is in vergelijking met de andere i.p.r.-regels slechts rondom 517 d enige uitvoerige jurisprudentie ontstaan, doch tot twijfel heeft dit artikel geen aanleiding gegeven (12). In de minder voorkomende gevallen dat geen rechtskeuze is gedaan kon, wanneer geen geschreven regel de weg wees, aan de hand van algemene regels het toepasselijke recht vrij voorspelbaar worden aangewezen.

In de ongevallensfeer geeft alleen de aanvaring op volle zee, en dan nog voornamelijk tussen twee schepen van verschillende vlag, die niet behoren tot landen die het Aanvaringstraktaat hebben geratificeerd, reden tot twijfel: moet het recht van de vlag van het aangevaren schip, het aanvarende schip of de *lex fori* worden gevolgd (13)? Voor die zeldzame gevallen heb ik in de jurispruden-

(10) Behalve naar de diss. van Deelen, *Rechtskeuze in het Nederlands internationaal contractenrecht*, 1965, kan worden verwezen naar *De Nederlandse rechtspraak inzake contracten in het internationaal privaatrecht 1963-1971* van de hand van drs. R. van Rooij, uitgave T. M. C. Asser Instituut, waar, zij het vanaf 1963, de vervoersrechtelijke jurisprudentie chronologisch is gerangschikt.

(11) Ook art. 520 f K. wordt niet dwingend geacht, vgl. Cleveringa, *Zeerecht*, p. 749, nt. 5 met verwijzing naar *Rb. R'dam*, S. & S. 1958, no. 72.

Kist-Loeff, p. 421 vermeldt t. a. v. art. 520 f: "Waarom juist voor deze bepalingen op een Nederlandsch schip altijd Nederlandsch recht is toe te passen is niet in alle onderdelen duidelijk; wel is daarvoor veel te zeggen bij voorvallen gedurende de reis, dus in volle zee of in allerlei vreemde havens, en bij molest, dat nauw samenhangt met het publiekrecht en waarbij de vlag van het schip van groot belang is".

(12) Ik bedoel hiermede twijfel omtrent het dwingende karakter. Wel heeft de Rotterdamse rechtbank uit 517 d een tweezijdige dwingende verwijzingsregel willen destilleren, doch deze poging is nimmer door het Hof 's-Gravenhage gehonoreerd, zie hiervoor mijn artikel in *R. M. Themis* 1971, p. 99 e. v. Zie ook Kollewijn, *W. P. N. R.* 4427.

(13) Zo simpel als ik het hier zeg is het nu ook weer niet. Het Aanvaringsverdrag geeft bijv. geen uitleg over het begrip schuld. Hiervoor moet men te rade bij de toepasselijke wet. Frankrijk en

tie het gemis aan een gecodificeerde regel (indien al beknopt codificeerbaar) niet opgemerkt. Hulpverlening geschiedt nagenoeg altijd op basis van een Lloyd's Open Form met arbitrage in Londen (en diensgevolge toepassing van Engels recht (14)), terwijl averij grosse in de praktijk pleegt te worden afgewikkeld volgens de York-Antwerp Rules (15).

Het zijn de randgebieden die lacunes lieten: verdragen wier reikwijdte-artikel vragen oproept (denk bijv. aan het Verdrag tot beperking van aansprakelijkheid van eigenaren van zeeschepen (16),

Engeland passen in de zojuist beschreven situatie van aanvaring tussen twee schepen met verschillende vlag op volle zee enz. de lex fori toe, vgl. Pierre Bonassies, *La loi du pavillon*, R. d. C. 1969, III, p. 511 e.v.; Marsden, *British Shipping Laws, Collisions at Sea*, p. 188 e.v.

De hang naar de lex fori in een dergelijke situatie bestaat reeds lang. E.J. Korthals Altes, *Internationale rechtsconflicten op het gebied van het zeerecht*, diss. 1891 merkt op (p. 91 e.v.) dat een ontwerp-verdrag van 1885 te Antwerpen de aanvaring in volle zee tussen twee schepen met verschillende vlag als volgt oploste: "Si les navires sont de nationalité différente, chacun est obligé dans la limite de la loi de son pavillon et ne peut recevoir plus que cette loi lui attribue". Met name Asser en Clunet vielen deze bepaling aan en opteerden voor de lex fori. Asser zei: "A mon sens cependant, quand il y a conflit entre deux lois du pavillon, il ne reste d'autre issue que de les écarter l'une et l'autre pour appliquer la loi du tribunal saisi. Il en est ainsi aujourd'hui en règle générale ...", aldus geciteerd bij Korthals Altes, a.w. p. 106.

Zie voorts Dubbink, *De onrechtmatige daad in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, diss. 1947, p. 97, 98 en A. Korthals Altes, N.J.B. 1967, p. 909 e.v., 937 e.v.

(14) Hetgeen Hardenberg in zijn bijdrage in deze bundel ook bevestigt. Buitendien hebben nagenoeg alle zeevarende landen het Verdrag van 1910 over Hulp en Berging geratificeerd, zodat een i.p.r.-kwestie zeldzaam zal zijn. Het Verdrag, hoewel slechts certaines règles gevend, bevat materieelrecht genoeg. Vgl. A. Korthals Altes, *Prijs der zee, raakvlak van redding, strandrecht en wrakwetgeving*, diss. 1973, p. 277 e.v.; R. Jambu-Merlin, *Répertoire de droit international* (1968), pp. 177-179, *Assistance et Sauvetage*.

(15) Vgl. hetgeen Hardenberg in zijn bijdrage in deze bundel hierover zegt.

(16) De neiging bestaat het Verdrag zodanig te interpreteren, dat de lex fori dient te worden toegepast, cf. Haak en Storm, t.a.p., p. 191, 192; Pierre Bonassies, t.a.p., p. 571, 572; N. Trotz, D. Richter-Hannes, A. Hauer, *Zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts aus der Sicht des Seetransportrechts*, in: *Neue Justiz* 1969, p. 526 e.v., ad p. 531.

Zie ook Gerhard Kegel, *l'Abordage en haute mer en droit interna-*

en niet te vergeten het Brusselse Cognossementsverdrag (17)), en vragen in deelgebieden als: volgens welk recht worden de voorrechten beoordeeld bij de executie van een schip (18), welk recht beheerst de vraag wie uit een vervoersovereenkomst mag ageren (19), welk recht is van toepassing op de verval- en verjaringstermijn (20)? Die randgebieden zijn gezien de door mij opgesomde kwesties niet onbelangrijk, zeker niet wat betreft de lacunes in uniform verdragsrecht, maar, alweer, het aantal gevallen in de jurisprudentie wekt bij mij het gevoel op, dat codificatie van regels hier wenselijk is, zoals bijv. bij de internationale echtscheiding.

4. Nu keer ik terug naar het nieuwe vervoersrecht. Het systematisch opgezette, gepolijste en het gehele vervoer omvattende Boek 8 is een werkstuk, dat rechtsvergelijkend zijn weerga niet vindt. Alleen al het feit, dat elke internationaal privaatrechtelijke regel eruit is weggelaten, terwijl anderzijds steeds duidelijk is aangegeven welke bepalingen dwingendrechtelijk zijn en welke niet, is als uitgangspunt duidelijk. Een puur stuk materieel recht wordt aangeboden met de aantrekkelijke uitnodiging: wat zou jij nu doen, als je internationaal privaatrechtelijke regels zou moeten opstellen ter begeleiding van dit vervoersrecht. De neiging bestaat om met verwijzingsregels te gaan schuiven als met timmen soldaatjes om na te gaan wat telkens het resultaat is in de internationale feitenveldslag in dat kinderlijke rijk der verbeelding, waarvan H. Drion eens zei dat de liefhebbers van het internationaal privaatrecht zich aldus vermijden in een "sprookjesland, waar alle sou-

(17) In de bijdrage van Wery in deze bundel is alle recente literatuur ten deze verwerkt.

(18) En ook: volgens welk recht gaat de rangregeling. Zie Verheul, in: Overzicht der Ned. rechtspraak inzake int. priv. recht 1968-1969, T.M.C.Asser Instituut, p.200.

(19) Zie Van Rooij, a.w.ad p.171 e.v., voorts mijn commentaar in Overzicht der Ned. rechtspraak inzake int. priv. recht 1968-1969, T.M.C.Asser Instituut, p.153.

Deze kwestie gaf H. Franken aanleiding om als stelling III bij zijn diss. Vervolgingsbeleid, 1973, te formuleren: "Op de actie, welke de regelmatige cognossementshouder bij schade aan de in het cognossement omschreven goederen jegens de vervoerder toekomt, is toepasselijk het recht van de plaats, waar het goed door de vervoerder werd afgeleverd."

(20) In Nederland wordt veelal de contractswet toegepast, anders dan in Frankrijk, waar in de nieuwe zeevervoerswet van 1966 is bepaald, dat op deze vragen de *lex fori* wordt toegepast.

vereiniteiten van de wereld in een voortdurende strijd zijn gewikkeld (zonder het zelf te weten) en waar hele gemeenschappen op het laatste nippertje voor ineensinking worden behoed door de reddende hand van die verguisde Don Quichotte van een 'openbare orde' (21).

Drion's ironie moge dan voor mij als waarschuwing gelden om niet te vervallen in irreëel gefantaseer, zijn (begin 1949 gemaakte) opmerking kan thans niet meer slaan op de rechtsvinding in het internationaal privaatrecht, omdat deze, zeker na 1949, nieuwe wegen heeft gevonden, waarbij allengs achter de verwijzingsregels naar het toe te passen recht wordt gekeken, en waarbij veel eer de verwijzingsregels in de steek worden gelaten om plaats te maken voor een vrijere rechtsvinding met toepassing op een internationale casus van (aanvullend) nationaal recht voor lacunes, van direct toegepaste nationale wetsvoorschriften zonder daartoe door een verwijzingsregel aangewezen te zijn, al naar gelang de internationale casus meer attaches heeft met een bepaald nationaal recht en van een internationale openbare orde die niet uiteenvalt in evenzovele gedaantes als er landen zijn (22). Een internationalisering van het 'nationale' internationaal privaatrecht (23).

(21) R.M. Themis, 1949, p.4.

(22) In deze internationale openbare orde zijn positieve en negatieve openbare orde elkaars gelijken, omdat, wanneer als correctie op het resultaat van een verwijzingsregel een bepaalde rechtsregel uit het vreemde recht niet wordt toegepast op grond van de (internationale) openbare orde als schild, het standpunt òók kan zijn, dat de doorzetting van een bepaald (ongeschreven) (internationaal) rechtsbeginsel op grond van de (internationale) openbare orde als zwaard voorrang heeft op dit punt.

(23) Zie bijv. Deelen, *Internationale Contracten*, in: Mededelingen van de Ned. Ver. voor Int. Recht, no. 63, 1971, p. 69 e.v., in het bijzonder p. 79; voorts de diss. van Jessurun d'Oliveira, *De antikiesregel*, een paar aspecten van de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk proces, en het hierna te noemen preadvies van Verheul. Bij Sijthoff is zojuist een boek van de hand van Eugen Langen verschenen, *Transnational Commercial Law*, die in het internationale handelsrecht een rechtsvindingsmethode voorstaat, die m.i. raakt aan de antikiesregel van d'Oliveira. Op p. 33 geeft Langen een samenvatting van zijn daarne uiteen te zetten methode: "To summarize, by transnational commercial law we mean the aggregation of all those rules which hold good in the same or a very similar way for a given concrete legal situation in two or more spheres of national jurisdiction. If the parties have explicitly or implicitly chosen transnational commercial law, or if it appears prima facie that transnational commercial law can apply, then the following, according to the new method, should be the sequence of judicial assessment: First, the judge may take his own domestic

Het is overigens verrassend te lezen hoe Cleveringa in 1947 in het spoor van universalisten als Mancini, Hamaker, Asser en Josephus Jitta dit thema weer heeft opgevat (24), dat onlangs door Verheul in zijn preadvies voor de Calvinistische Juristen Vereniging weer verder is uitgewerkt, waarbij laatstgenoemde helder nieuwe stromingen in het i.p.r. samenvat en eigen ideeën naar voren brengt (25).

Verheul wijst erop, dat een nationale rechter, die in een internationaal geval recht spreekt, als orgaan van een internationale rechtskring optreedt bij gebreke van een internationale rechter (26). Toegespitst op het vervoersrecht zou dit betekenen, dat de Nederlandse rechter in zeer veel gevallen recht doet als 'internationale' rechter, omdat, zoals ik hiervoor reeds zei, het vervoersrecht uit de aard der zaak zich bijna altijd bezighoudt met internationale gevallen.

Hoe moet het ten eerste nu met het 'kanaliseren' van de dwingende bepalingen uit Boek 8, ten aanzien waarvan hiervoor werd vastgesteld, dat de ontwerper, nu het vervoersrecht internationale stof bevat, ook een bepaalde internationale dwingendheid voor ogen heeft moeten staan, anders dan bij het overige nationale recht

law as the point of departure. At the same time, however, he must test the decision he would give under that law for compatibility with the foreign law. If it is so compatible, he applies his domestic law, but in so doing refers to its compatibility in order that his judgment may carry due conviction. Should the domestic law not appear compatible with the foreign law, the judge must endeavour to pinpoint the difference and to strike a balance, so long as it is possible to do so within the ambit of the non-mandatory rules of both laws concerned. A decision of this kind is not a decision in pursuance of the foreign law but remains a decision in pursuance of the domestic law, because it stays within the domain of the domestic non-mandatory rules. Only in certain cases, comparatively rare in commercial law, where considerations of domestic or foreign ordre public preclude a decision in accordance with transnational commercial law, is the judge compelled to make a choice of national law and to proceed accordingly."

(24) In zijn bekende rectorale rede artikel 517 d W.v.K. Hetgeen Cleveringa daarin heeft uiteengezet, heeft hij herhaald in de inleiding van zijn Zeerecht, p. 35 e.v. Omdat dit een handboek is zal deze beschouwende inleiding helaas zelden worden gelezen. Vgl. voorts Dubbink, Internationaal privaatrecht in de Eerste Kamer, in: N.J.B. 1949, p. 681 e.v., i.h.b. p. 685, ad Aard van het IPR.

(25) Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht, preadvies Calvinistische Juristen Vereniging 1973. Nagenoeg gelijklopende ideeën formuleerde Deelen in zijn lezing voor de Offerhauskring in mei 1973. Zie voor een bespreking van nieuwere stromingen in het i.p.r. eveneens G.O.Z. Sundström, Three discussions on the conflict of laws, in samenwerking met o.a. H. Eek, A. Ehrenzweig,

waarbij dwingend recht op uitzonderingen na slechts nationaal en niet internationaal dwingend recht is?

De tweede opmerking is: welke internationaal privaatrechtelijke richtlijnen zijn wenselijk ter begeleiding van Boek 8?

Wat het eerste betreft: In het overmatig extern dwingend verklaren van bepaalde dwingende bepalingen onder meer door het opstellen van verwijzingsregels die aangeven welke voorwaarden vervuld moeten worden om deze bepalingen van toepassing te doen zijn, schuilt reeds het door Cleveringa gesignaleerde gevaar, dat "dit zou beteekenen, dat in een dergelijke zaak Nederland's Koningin en Staten-Generaal het laatste woord in de wereld spreken" (27).

Ten tweede: Het gevaar van het teveel willen geven van internationaal privaatrechtelijke richtlijnen is, dat juist deze tak van het recht onderhevig is aan sterke getijwisselingen, zodat de ontwikkeling niet bij gehouden kan worden.

Op beide opmerkingen zal ik iets dieper ingaan.

5. Slechts die bepalingen mogen door een verwijzingsregel op een bepaalde wijze extern dwingend worden verklaard, wanneer uniform verdragsrecht daartoe verplicht of wanneer internationale rechtsbeginselen in het geding zijn. Een schoolvoorbeeld levert het Brussels Cognossementsverdrag. De materiële artikelen uit dit verdrag, de zogenaamde Hague Rules zijn verwerkt in Boek 8 rondom de artt. 8.5.2.1. Het is dwingend uniform recht, doch niet is aangegeven in Boek 8 op welke wijze deze bepalingen extern dwingend zijn.

Art. X van het Verdrag en art. 5 van het Protocol tot wijziging van het Cognossementsverdrag stellen deze voorwaarden, te weten dat de bepalingen van toepassing zijn op elk cognossement betreffende vervoer van goederen tussen havens in twee verschillende Staten, indien het cognossement is afgegeven in een Verdragsland, dan wel het vervoer plaatsvindt vanuit een haven in een Verdragsland, dan wel indien in het cognossement naar het Verdrag wordt verwezen. Deze reikwijdteregel die de externe dwingendheid van de Hague Rules aangeeft is een noodzakelijke begeleidingsregel van de in Boek 8 verwerkte Hague Rules. Wordt deze regel niet met het in werking treden van Boek 8 tegelijkertijd gecreëerd, dan heeft dit tot gevolg dat (het Verdrag nu even weggedacht) in het midden wordt gelaten op welke wijze het dwingende Hague Rules-recht uit Boek 8 extern dwingend is. Is het altijd extern dwingend, of slechts wanneer algemene regels van i. p. r.

Ch. Fragistas, D. Lando, A. Philip, M. Rheinstein, I. Schwarz en T.S. Schmidt; Stockholm, 1970

(26) p. 32 en 52.

(27) Art. 517 d, p. 5.

(bijv. keuze van Nederlands recht) deze regels van toepassing verklaren (28)?

Nu maak ik een terzijde, die meer het uniforme recht dan het internationaal privaatrecht betreft. Hoe wordt de reikwijdteregel in Boek 8 opgenomen? Eerder heb ik wel eens betoogd, dat het niet wel mogelijk is om een reikwijdteregel uit een verdrag in een nationale wet op te nemen. Redactioneel is het mogelijk, maar fraai is het niet (29). Wie voorts nagaat hoe het Verdrag in Boek 8 is opgenomen zal zien, dat het geheel logisch en systematisch is ingepast, zowel wat taal als opstelling der artikelen betreft, maar het resultaat is, dat het Verdrag eigenlijk is verdwenen in de nationale wet. Dat is maar een theoretisch bezwaar, want het blijft uniform recht, waarvan het commentaar zegt, "dat de nationale rechter een open oog zal moeten hebben voor de internationale ontwikkeling waaraan de onderhavige materie zal zijn onderworpen". Een voortdurend rechtsvergelijkend vingers op de pols houden dus (30).

In de praktijk zal blijken, dat dit zware eisen stelt. Dit vereist minst genomen, dat de rechtstoepasser bij het hanteren van de artikelen uit Boek 8 voortdurend moet nagaan welke artikelen (zelfs in enkele gevallen: welke gedeelten van artikelen) rechtstreeks afkomstig zijn uit Verdragen. Afgezien van het feit, dat dit voor de Nederlandse rechtstoepasser een praktisch bezwaar is, zal de vreemde rechter die Nederlands recht moet toepassen moeilijk kunnen zien wat wel en wat niet Verdragsrecht is. Slechts wanneer het uniforme recht duidelijk herkenbaar in de wet zijn plaats krijgt (als een soort Fremdkörper zoals in het Belgisch W. v. K. in art. 91 het Cognossementsverdrag woordelijk en artikelsgewijs is overgenomen (31)) kan het des te gemakkelijker rechtsvergelijkend worden geïnterpreteerd en door de (vreemde) rechter die het moet toepassen worden herkend, terwijl de reikwijdteregel dan naar Verdragsrecht verwijst en niet naar nationaal uniform recht. Nogmaals: het is een theoretisch bezwaar, maar in de praktijk zal het zwaar wegen. Het resultaat is immers, dat bij vervoer 'buitenom' in een niet Nederlands schip met buiten-

(28) Toelichting, p. 1217; vgl. Sauveplanne, Eenvormig Privaatrecht, in: R. M. Themis 1961, p. 225 e.v., i.h.b. p. 247 e.v.; Rigaux, Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel, rapport général, Académie de Droit Comparé, Pescara 1971, no. 26 d.

(29) Vgl. P. J. Swart, Het Cognossementsverdrag en rechtstreekse werking, bijlage bij *Schip en Schade*, april 1971, p. 12; zelf merkte ik iets hierover op in *De Hague Rules* en het *Alnati-arrest*, *Offerhauskring* 1969, p. 6 e.v. en in *N. J. B.* 1970, p. 351.

(30) Zie Wery, De autonomie van het eenvormig privaatrecht, 1971, i.h.b. p. 22 e.v.; voorts Wery in zijn bijdrage in deze bundel.

landse afladers (zonder dat er dus een enkel aanknopingspunt met Nederland bestaat) de Nederlandse rechter Nederlands recht, namelijk de artt. 8.5.2.1. e.v. zou moeten toepassen, indien hier te lande zou worden geprocedeerd.

Hiermede verwerp ik de methode van het verwerken van het uniforme verdragsrecht in Boek 8 niet, doch wel zou ik naast het uniforme recht in Boek 8 alle in aanmerking komende door Nederland geratificeerde verdragen op zich zelf kracht van wet willen geven, hetgeen ingevolge art. 65 G. W. voor verdragsbepalingen wier inhoud een ieder kunnen verbinden zonder meer het geval is zodra zij zijn bekend gemaakt. De reikwijdteregel hoeft dan niet nogmaals als een zelfstandige begeleidingsregel van Boek 8 te worden overgenomen, want de reikwijdteregel werkt rechtstreeks. Het maakt dan verder geen verschil uit, of het uniforme recht uit het Verdrag of zoals het is verwerkt in Boek 8 wordt toegepast (32).

Er zijn echter ook verdragen die Nederland niet of nog niet heeft geratificeerd, terwijl Boek 8 het uniforme recht wel (deels) heeft overgenomen (33). Voor die gevallen is het wenselijk, dat ook een begeleidingsregel wordt gecreëerd, die overeenstemt met de reikwijdteregel uit het niet-geratificeerde verdrag. Ik aarzel echter of dit dient te geschieden in een aparte wetsbepaling, dan wel op andere wijze. Ik kom hierop terug.

Thans de internationale rechtsbeginselen (34). De wetgever moet zuinig zijn met het van internationale openbare orde verklaren van bepaalde nationale wetsbepalingen. Het huidige zeerecht is daar bepaald niet kwistig mee geweest en heeft zich, wat dat aangaat, voorbeeldig opgesteld, door slechts door middel van art. 517 d (35) en 533 c bepaalde artikelen van internationale openbare orde te verklaren. Waarom? Omdat daar de economische gelijkwaardigheid van partijen in het geding is. Anders dan bij chartervervoer staat hier tegenover de vervoerder een economisch zwakkere partij, die niet bij machte is over de vervoersvoorwaar-

(31) Ik heb wel eens het idee gehad, dat de wetgever aan dit bezwaar gemakkelijk zou kunnen tegemoetkomen door het uniforme recht in de nationale wet in een andere kleur te drukken; het zou dan onmiddellijk als zodanig worden herkend door ieder.

(32) Art. 66 G. W. waakt ervoor, dat er geen verschil mag bestaan tussen wet en verdrag op straffe van niet-toepassing van de wet.

(33) Bijv. de Verdragen van 1961 en 1967 tot de eenmaking van enige regelen inzake het vervoer van reizigers en bagage over zee. Zie de Toelichting, p. 1340.

(34) Vgl. hetgeen Verheul, a.w. p. 32, 33 hierover opmerkt.

(35) Art. 517 d, zoals het luidde vòdr 1955, geeft in deze een zuiverder voorbeeld, omdat er toen nog geen uniform recht achter schuilging.

den te onderhandelen en afhankelijk is van standaardvoorwaarden (36). Slechts kan men zich afvragen waarom de wetgever de wederpartij van de vervoerder hier beschermt enkel wanneer het uit- en ingaand vervoer betreft. Ongetwijfeld uit een afweging van belangen, enerzijds het (internationale) rechtsbeginsel van (economische) gelijkheid van partijen en anderzijds een bepaalde aanknopings van de internationale zaak met Nederland. Het is echter maar een stap verder, en de (Nederlandse) rechter zou ten allen tijde, ook bij vervoer 'buitenom' en (bij 517 d) bij inkomend vervoer de door art. 517 d en 533 c dwingend verklaarde bepalingen van openbare orde kunnen verklaren, omdat afwijking daarvan in strijd is met een internationaal rechtsbeginsel. Zo bezien zou de Rotterdamse rechtbank in haar standvastige poging de Hague Rules ook daar dwingend toe te passen, waar zij volgens het Brussels Cognossemmentsverdrag niet toepasselijk zijn, een verdedigbaar standpunt huldigen.

Zorgvuldig zal de wetgever bij Boek 8 moeten nagaan of buiten het al of niet geratificeerde uniforme verdragsrecht nog nationaal recht door een speciale internationaal privaatrechtelijke bepaling extern dwingend verklaard moet worden, omdat het ter bescherming dient van internationale rechtsbeginselen. Vooralsnog heb ik niet zodanig recht kunnen vinden.

Voor de goede orde zij vermeld, dat de Nederlandse rechter ook los van internationaal privaatrechtelijke bepalingen artikelen van Boek 8, ondanks keuze van een ander recht, dwingend van toepassing kan verklaren, omdat de zaak een bepaalde verknoping heeft met de Nederlandse rechtssfeer, dan wel omdat door de feitelijke situatie bepaalde internationale rechtsbeginselen in het gedrang komen (37). Dit is echter een vloeiende lijn, afhankelijk van tijd, plaats en gegevenheid van feiten, en niet van te voren aan te geven door een internationaal privaatrechtelijke bepaling.

6. Is het vorenstaande niet in tegenspraak met mijn stelling, dat de ontwerper van Boek 8 telkens wanneer hij artikelen dwingend verklaarde aan internationale dwingendheid moet hebben gedacht, omdat de behandelde stof nu eenmaal 'internationaal' is?

Neen. Hetgeen na kanalisatie van dwingend uniform verdragsrecht door koppeling aan de reikwijdteregels uit de respectievelijke verdragen overblijft aan dwingend recht, zonder dat het ge-

(36) Aldus eveneens Marthe Simon-Depitre, Claire Legendre, *La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes et le droit international privé*, in: *Clunet* 1967, p. 598 e.v.

(37) Vgl. Verheul, a.w. p. 41, die ook de zogenaamde *règles d'application immédiate* "uitwerkingen van beginselen" acht "die, als beginselen, wel universeel gelden, maar niet anders dan landsgewijs kunnen 'condenseren' tot positief recht",...

(36).

koppeld is aan een zelfstandige bepaling van i.p.r. die het van internationale openbare orde verklaart (denk aan art. 517 d-oud), kan zijn dwingende werking blijven behouden ondanks keuze van vreemd recht. Doch, omgekeerd, geldt evenzeer dat deze bepalingen in een enkel geval niet dwingend hoeven te worden toegepast, ondanks keuze van Nederlands recht. Dit is echter afhankelijk van de internationaliteit van de casus en de verknoping met de Nederlandse rechtssfeer en de desbetreffende bepaling in het bijzonder. Wel is het zo, dat die lijn minder vloeiend zal zijn als bij het overige nationale recht, omdat het vervoersrecht reeds van nature internationaal recht is.

7. Tenslotte de niet dwingende verwijzingsregels van internationaal privaatrecht, de richtlijnen voor de rechter hoe te handelen wanneer geen rechtskeuze is gedaan.

Was mijn betoog tot nog toe, dat slechts spaarzaam gebruik gemaakt moet worden van de mogelijkheid om speciale dwingende verwijzingsregels voor het vervoersrecht op te stellen, voor wat de niet dwingende verwijzingsregels betreft zal deze mening nog luider worden verkondigd.

Bij het tot stand komen van het nieuwe zeerecht in de twintiger jaren verwees de Memorie van Toelichting bij de internationaal privaatrechtelijke bepalingen naar 'algemene aangenomen regels van internationaal recht'. Hierop is wel kritiek uitgeoefend, omdat, zo al algemene regels van i.p.r. zouden zijn overgenomen, de Nederlandse wet nu door elkaar als regel koos de *lex loci conclusionis* (het toenmalige Franse systeem), de *lex loci destinationis* (het Duitse systeem), en de wet van de vlag (Engelse en Italiaanse systeem (38)). Wat daarvan zij, thans, vijftig jaar verder, is het de vraag of deze systemen nog wel opgaan. Het Italiaanse en het nieuwe Franse zeerecht huldigen in het algemeen nog wel het beginsel van de wet van de vlag. Denk bijv. aan bevrachting en aan aanvaring in volle zee (39). Aanstands moet opgemerkt worden

(38) Hierover Th.R. van Slooten, Dutch International Law relating to the carriage of goods by sea, diss. 1936, p. 66 e.v. waar hij aanvoert, dat de wetgever bij art. 517 d (oud) bij uitgaand vervoer opteerde voor het Franse systeem (*lex loci conclusionis*), bij ingaand vervoer echter voor het Duitse systeem (*lex loci destinationis*), terwijl bijv. bij art. 518 g het Engelse systeem werd gevolgd (wet van de vlag).

(39) De *Codice della navigazione* past op veel situaties nog het recht van de vlag toe. In de nieuwe Franse wet van 1966 wordt bij bevrachting, tenzij rechtskeuze is gedaan, aangeknoopt bij de vlag van het schip, zie Rodière, *Précis de Droit Maritime*, p. 46; M. Simon-Depitre en C. Legendre, t.a.p., waar de auteurs op p. 600, nt. 14 schrijven, dat charterparties haast nooit clausules over een toepasselijke wet bevatten. Zie voorts J.C. Soyer, *Les*

dat de vlaggewet stijgendermate tot moeilijkheden kan leiden door het probleem van de pavillons de complaisance (40), maar afgezien daarvan kan worden geconstateerd, dat de rechter ook zonder het bestaan van een regel die verwijst naar de vlaggewet van het schip, aan de hand van algemene regels van internationaal privaatrecht tot de conclusie zal komen, dat op een bevrachtingsovereenkomst, bij gebreke van rechtskeuze, de vlaggewet van het schip, althans de wet van de vestigingsplaats van de vervrachter toepasselijk is (41).

Evenzo kan worden betoogd, dat de rechter tot toepassing van het recht geldend in laad- of loshaven zal komen zonder dat expliciete regels verwijzend naar bijv. de *lex loci conclusionis* of de *lex loci destinationis* in de wet zijn opgenomen.

Daarnaast zijn er situaties die moeilijk te bestrijken zijn door een speciaal daarvoor opgestelde regel. Ik noemde reeds de aan-

aspects de Droit international privé de la réforme du Droit maritime, in: Clunet 1969, p. 610 e.v., waar deze verwijst naar Batifol, Les conflits de lois en matière de contrats, no. 276, die sterk kiest voor de wet van de vlag. Oorspronkelijk werd veel meer de nadruk gelegd op de wet van de vlag, vgl. A. Korthals, a.w. 1891, die verwijst naar het in 1885 te Antwerpen en in 1888 te Brussel gehouden congres, waar werd opgesteld een *Projet de convention internationale du conflit des lois maritimes*, in welke ontwerp-conventie alle onderwerpen werden opgelost aan de hand van de wet van de vlag. Ook Th. R. van Slooten bepleit nog sterk de toepassing van de wet van de vlag, met name op vervoer (op uitzonderingen na). Ondanks het probleem van de goedkope vlaggen zijn er nog voorstanders van de vlaggewet, zie Kegel, t.a.p.; Bonassies, t.a.p.; Soyer, t.a.p.

(40) Vgl. Rodière, Droit privé maritime international contemporain, in: R.d.C. 1972 I, p. 335 e.v., i.h.b. p. 399 e.v.

(41) Vgl. art. 4 van het EEG Voorontwerp van een Verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomst en op niet contractuele verbintenissen, gepubliceerd in W.P.N.R. 5218, p. 227 e.v.

In de Toelichting bij dit ontwerp-verdrag, opgesteld door M. Giuliano, P. Lagarde en Th. van Sasse van Ysselt wordt bij art. 4 o.m. gezegd: "Ongetwijfeld is voor bepaalde bijzondere categorieën overeenkomsten in de zee-, binnen- en luchtvaart een specifiek aanknopingspunt als de nationaliteit van het schip of het luchtvaartuig waardevoller en karakteristieker dan de algemene aanknopingspunten. Maar wanneer men strikt te werk gaat en uitsluitend op basis van de nationaliteit van schip of luchtvaartuig de toepasselijke wet bepaalt, dan volgt men een werkwijze, die op haar beurt, niet zonder schaduwzijden is. De problemen welke in de zeevaart gerezen zijn door de goedkope vlaggen voerende schepen zijn er een voorbeeld van."

varing in volle zee tussen schepen met verschillende vlag die niet behoren tot landen, die het Aanvaringstractaat hebben geratificeerd. Bij gebreke van een redelijk toe te passen vlaggewet valt Frankrijk terug op de *lex fori*, Engeland past aanstonds de *lex fori* toe (42), maar ook valt te bepleiten de rechtsvergelijkende methode, die wel door de Rotterdamse rechtbank is toegepast (43).

Is het niet beter af te zien van het formuleren van bijzondere i.p.r.-regels en het toe te passen recht te laten afhangen van algemene geschreven of ongeschreven verwijzingsregels? Het lijkt alsof de Hoge Raad, zonder het woord als zodanig te noemen, de leer van de karakteristieke prestatie gaat aanhangen. In de contractuele sfeer in het vervoersrecht, of het nu een reisovereenkomst, rompbefrachtiging of sleepvervoer betreft, lijkt mij, dat aan de hand van de lijn die de Hoge Raad in de arresten Neska, Topsøe-Delprado en Mackay-American Express trekt, eenzelfde internationaal privaatrechtelijke (ongeschreven) lijn gevolgd kan worden (44).

(42) Zie Kegel, t.a.p. Vgl. voor een uitvoerige opsomming van Scandinavische auteurs en hun standpunt Sundström, a.w., p. 25, noot 21.

(43) De rechtbank Rotterdam, 18 juni 1963, S. & S. 1963, 51 distantieerde zich bij een aanvaring tussen een Noors en een Spaans schip van het begrip schuld, zoals uitgelegd volgens Nederlands recht, maar vergeleek het Noorse en Spaanse recht, daarbij tot de conclusie komend, dat "zowel volgens Noors als volgens Spaans recht (...) de eigenaar c.q. reder van het aanvarende schip in beginsel slechts aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade, indien hem en/of een van de personen, waarvoor hij verantwoordelijk is, schuld ter zake kan worden verweten, en men zulks in Noorwegen en Spanje mede aanneemt in gevallen, dat het Verdrag van toepassing is." Dit vonnis wordt genoemd door Bonassies, t.a.p., p. 548.

(44) De drie genoemde arresten zijn te vinden respectievelijk in N.J. 1973, 121, H.B., R.v.d.W. 1973, no. 34 en R.v.d.W. 1973, no. 44.

Het lijkt alsof gepreludeerd wordt op het EEG-verdrag inzake i.p.r. Art. 4 van het Ontwerp luidt: "Bij gebreke van een uitdrukkelijke of stilzwijgende keuze wordt de overeenkomst beheerst door de wet van het land waarmee zij het nauwst verbonden is. Dat land is:

(a) het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, op het ogenblik van het aangaan van de overeenkomst haar gewoon verblijf heeft;

(b) het land waar die partij op dat ogenblik haar hoofdvestiging heeft, indien de kenmerkende prestatie moet worden verricht ter uitvoering van een overeenkomst die in de uitoefening van een beroep gesloten werd;

Het is echter niet onmogelijk, dat Boek 8 in wijder verband onderworpen wordt aan algemene geschreven verwijzingsregels. Het ontwerp Eenvormige Wet Benelux verklaart zich niet van toepassing op 'de rechten en verplichtingen, geregeld bij de wetten betreffende de zeevaart, de binnenvaart of de luchtvaart'. Boek 8 is derhalve voor een stukje onderworpen aan de Eenvormige Wet (45).

Belangrijk is echter het EEG-Voorontwerp van een Verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomst en op niet contractuele verbintenissen. Wordt dit ontwerp van kracht, dan gelden de daarin opgestelde verwijzingsregels universeel, dus niet alleen op betrekkingen met (onderdanen van)

(c) het land waar die partij een nevenvestiging heeft, indien volgens de overeenkomst de kenmerkende prestatie door die vestiging moet worden verricht.

De toepassing van het vorige lid blijft achterwege indien de kenmerkende prestatie, het gewone verblijf of de vestiging niet kunnen worden vastgesteld of indien uit het samenstel der omstandigheden blijkt, dat de overeenkomst nauwer met een nader land verbonden is."

Ten aanzien van het laatste lid van art. 4 zegt de Toelichting: "Zo zal bijv. bij een overeenkomst tot vervoer over zee of langs binnenwateren, als een uitdrukkelijke of stilzwijgende keuze door partijen ontbreekt, in plaats van de, niet van de gewone verblijfplaats of de vestiging van de partij die het vervoer over water van goederen of personen verricht, van de nationaliteit van het zeeschip of binnenschip de toepasselijke wet zijn, indien uit het samenstel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst met het land van de nationaliteit nauwer verbonden is. Wanneer daarentegen bij zeevervoer de plaats van het aangaan van de overeenkomst en de plaats van inlading samenvallen, (zal) de rechter hierin een zo nauwe band met die plaats kunnen zien dat hij ertoe overgaat om zich, volgens in verschillende maritieme landen overheersend gebruik, los te maken van de in lid 2 aangewezen wet en die van de plaats waar de overeenkomst werd aangegaan en waar ook werd ingeladen, toe te passen."

Door het invoeren van enkele komma's en een werkwoord heb ik de niet aanstonds begrijpelijke tekst trachten te verduidelijken. (45) Art. 23 b luidt: "Deze wet is niet van toepassing: a).... b) op de rechten en verplichtingen, geregeld bij de wetten betreffende de zeevaart, de binnenvaart of de luchtvaart."

lidstaten (46). In de toelichting bij dit voorontwerp wordt over vervoerovereenkomsten in het algemeen het volgende gezegd: "Ten aanzien van de vervoersovereenkomsten heeft men gemeend dat de opmerkelijke resultaten tot nu toe bereikt bij de internationale eenmaking van het recht op de overeenkomsten betrekking hebbende op het zee-, lucht-, trein- en wegtransport zeer zeker de behoefte aan conflictenregels op dit gebied hadden verminderd. Ze hadden dit vereiste niet geheel en al uit de weg geruimd. Ten eerste heeft het indrukwekkend geheel van multilaterale internationale overeenkomsten die thans van kracht zijn geleid tot eenvormige, het vervoer zelf regelende bepalingen. In de tweede plaats heeft deze uniforme regeling van het materiële recht op vervoersgebied nooit de pretentie gehad volledig te zijn; zij is beperkt gebleven tot 'bepaalde regels', welke slechts enkele kanten van de contractuele verhouding betreffen. Er zijn dus bij de eenmaking van het materiële vervoersrecht verschillende 'leemten' blijven bestaan. Weliswaar is een gedeelte van deze leemten soms opgevuld doordat in de internationale verdragen enkele regels omtrent de toepasselijke wet zijn opgenomen, maar een feit is het dat de betekenis en de waarde van het gros van die regels dikwijls moeilijk is te achterhalen en dat het diensgevolge nog voorkomt, dat men zijn toevlucht moet nemen tot de nationale conflictenregels.

Om deze redenen nu heeft de groep na een diepgaand onderzoek van de kwestie besloten om de vervoersovereenkomsten niet uit te sluiten van het toepassingsgebied van het verdrag. Wat betreft de vraag of het niet beter zou zijn bijzondere conflictenregels te formuleren voor de vervoersovereenkomsten was de groep anderzijds van mening dat de algemene oplossingen die zij voor de overeenkomsten had gevonden, met name de artikelen 2, 4 en 7 van de eenvormige regels, rekbaar genoeg waren om het de rechter mogelijk te maken in ieder afzonderlijk geval de meest geschikte wet toe te passen, mede gelet op de meer in bijzonderheden tredende uiteenzettingen in het commentaar op artikel 4".

Ook de ongevallen (aanvaring, hulpverlening en averij grosse) vallen in beginsel onder het Voorontwerp EEG-verdrag. De toelichting overweegt bijv. welke regel gehanteerd moet worden, wanneer het ongeval zich voordoet 'buiten het territoriale bereik van alle staten', en noemt vervolgens als voorbeeld enterling van schepen in volle zee. De conclusie is, dat 'het verkieslijk was de kwestie niet te regelen; deze blijft dus geheel open'. Wellicht is de achtergedachte van de opstellers van het Voorontwerp geweest, dat deze gevallen, waaronder te rekenen aanvaring in volle zee tussen schepen met verschillende vlag, niet behorende tot landen die het Aanvaringstractaat hebben geratificeerd, in wezen behoren

(46) Het Ontwerp is gepubliceerd in W.P.N.R. 5218, p. 227 e.v. Dat ik het Ontwerp uitvoerig aanhaal wil niet zeggen, dat ik met de inhoud ervan eens ben.

tot de uitzonderingen voor welke het beter is geen algemene regel op te stellen. Mijn conclusie is: geen bijzondere internationaal privaatrechtelijke richtlijnen opstellen. De ontwikkeling in het internationaal privaatrecht gaat snel. De rechtsvorming dreigt buiten te snel verouderde niet-dwingende bijzondere verwijzingsregels te voltrekken, terwijl aan de hand van algemene ongeschreven of geschreven regels het toe te passen recht kan worden aangewezen.

8. Er blijven over de lacunes in randgebieden, en de reikwijdte-regels voor uniform recht uit Verdragen, die Nederland niet of nog niet heeft geratificeerd.

Aangaande de lacunes in randgebieden noemde ik onvolledigheden in de reikwijdtebepalingen van Verdragen. Bekende voorbeelden zijn het Cognossementsverdrag en het Verdrag nopens de beperking van de aansprakelijkheid van eigenaren van zeeschepen.

Om met het laatstgenoemde verdrag te beginnen, het schijnt of de mening toeneemt, dat dit Verdrag aanleiding geeft voor het toepassen van de *lex fori*, ook wanneer het schip dat zich op de beperking van haar aansprakelijkheid beroept niet behoort tot een land, dat toegetreden is tot dit Verdrag. Aanknoping voor deze stelling kan in het Verdrag zelf worden gevonden.

Blijft twijfel bestaan, dan is er reden om de knoop door te hakken en hier een internationaal privaatrechtelijke bepaling in te voeren.

Wat betreft het Brussels Cognossementsverdrag is er reden om aan te nemen, dat Nederland spoedig zal overgaan tot het ratificeren van de in 1968 te Brussel tot stand gekomen Aanvulling op het Verdrag, waarin een duidelijke, niet voor meerduidige uitleg vatbare, reikwijdtebepaling is opgenomen, die naar mijn mening niet nog eens in de wet overgenomen behoeft te worden, doch ingevolge art. 65 G.W. rechtstreeks bindend is, zodra de desbetreffende bepaling is bekend gemaakt.

De laatste jaren doemt steeds weer de niet opgeloste vraag op naar welk recht beoordeeld moet worden wie uit de vervoersovereenkomst onder cognossement dient te ageren. De Rotterdamse rechtbank en het Amsterdamse Hof verwijzen hiervoor naar het recht geldend ter plaatse van uitlevering, terwijl de rechtbank te Amsterdam en het Hof Den Haag integendeel het recht, dat de vervoersovereenkomst beheerst toepasselijk achten (47). Dit is een randvraag, die voor partijen echter van uitermate groot belang

(47) Vgl. Van Rooij, a.w., p.171 e.v. waar het standpunt van de rechtbank Rotterdam en het Hof 's-Gravenhage staat vermeld. Zie voorts rechtbank Rotterdam, 3 april 1973, nog niet gepubliceerd (Philetas); rechtbank Amsterdam, 27 juni 1973, nog niet gepubliceerd (Atlantic Forest); Hof Amsterdam, 11 mei 1973, nog niet gepubliceerd (Straat Madura).

is, omdat de ontvankelijkheid van de ladingbelanghebbende veelal staat of valt al naar gelang het toe te passen recht.

Indien de Hoge Raad hierin geen uitsluitel geeft (hetgeen natuurlijk eerst mogelijk is, wanneer partijen bereid zijn dit tot in laatste instantie uit te procederen), dan lijkt mij ook hier aanleiding om niet dit voor de betrokkenen vrij kostbare particulier initiatief af te wachten, doch om een internationaal privaatrechtelijke richtlijn te geven.

Vreemd genoeg schijnt Boek 8 wel antwoord te geven op de (omgekeerde) vraag, naar welk recht beoordeeld moet worden tegen wie de ladingbelanghebbende moet procederen. Art. 8.5.2.49 bepaalt, dat de ondertekenaar van het cognossement en hij wiens formulier is gebezigd, beschouwd moeten worden als de vervoerder. Het tweede lid van dit artikel geeft dan nog een afzonderlijke regel voor het in de praktijk zeer veel voorkomende geval, dat het cognossement wordt ondertekend door of namens de kapitein.

Dit artikel heeft kennelijk het in de praktijk bestaande identity of carrier-probleem op het oog. Er wordt een oplossing gegeven voor gevallen, waarin het moeilijk valt uit te maken wie nu vervoerder is. Hiermede is echter nog niet beantwoord, volgens welk recht de vraag tegen wie de ladingbelanghebbende moet procederen wordt beoordeeld. Toch wel. Want het laatste lid van art. 8.5.2.49 bepaalt: "Nietig is ieder beding waarbij van dit artikel wordt afgeweken". De toelichting verklaart: "Door deze bepaling wordt de werking der zgn. 'demise-clause' of 'identity of carrier-clause', die de vindbaarheid van de vervoerder zeer kan bemoeilijken opgeheven" (48).

Het artikel beslaat internationaal vervoer, en kennelijk is ook een internationale dwingendheid bedoeld, hetgeen dus wil zeggen, dat de Nederlandse rechter ondanks keuze van bijv. Engels recht, dat de identity of carrier-clause wel toelaat, toch op dit punt art. 8.5.2.49. zijn werking laat behouden. Een aparte bepaling van i.p.r. is derhalve niet meer nodig, tenzij men de internationale dwingendheid wil kanaliseren door deze in te perken tot uit- en ingaand vervoer. De toelichting lijkt echter een algemeen geldend rechtsbeginsel te willen beschermen, luidens de woorden: "Waar het artikel in de eerste plaats strekt tot beveiliging van de belangen van de cognossementhouder is het van dwingend-rechtelijke aard" (49). Zou immers, omgekeerd, dit artikel eerst dwingend werken, wanneer door algemene verwijzingsregels (bijv. rechtskeuze) Nederlands recht wordt aangewezen, dan blijft er in de praktijk niet veel over van de door de toelichting beoogde bestrijding van de identity of carrier-problemen. Art. 8.5.2.47, dat correspondeert met het

(48) Toelichting, p.1326 e.v.

(49) Toelichting, p.1329; aan de in de Toelichting vermelde literatuur kan worden toegevoegd de Hamburgse diss. van Hans-Erich Dabelstein, Die Demise-Klausel, 1968.

huidige art. 510 W.v.K., wordt niet afgesloten met een nietigheidsbepaling. Hier wordt de vraag dus opengelaten welk recht op dit punt van toepassing is. De rechtbank te Rotterdam kwalificeert deze vraag overigens als een afleveringskwestie en beoordeelt deze volgens het recht geldend ter plaatse van uitlevering.

Dit leidt tot de vraag of het wenselijk is om, in de trant van art. 854 W.v.K. en evenals de nieuwe Franse zeevervoerswet van 1966 dit doet, een bepaling in te voeren, die aangeeft, dat vragen nopens de lading en lossing beoordeeld worden volgens de wet van de aflaad- resp. uitlaadhaven. Zou niet aan de hand van algemene regels van i.p.r. tot een dergelijke oplossing gekomen kunnen worden? Naar mijn mening wel. Eerder ligt de moeilijkheid in het kwalificatievlak wat nog tot de eigenlijke vervoersovereenkomst behoort, en wat tot het gebied van lading of lossing (50). In ieder geval zijn de bepalingen nopens lading en lossing in het algemeen regelend recht; partijen mogen er derhalve door keuze van een ander recht van afwijken (51).

De gerechtelijke verkoop van schepen kan aanleiding geven tot internationaal privaatrechtelijke vragen. Volgens welk recht wordt beoordeeld welke vorderingen bevoorrecht zijn, de contractswet, de vlaggewet of de wet van het land waar de executie plaatsvindt? De Eenvormige Wet, ook al is die niet van toepassing op dit punt, geeft als richtlijn aan, dat voorrechten en rangregeling gaan volgens de wet van het land, waar de verdeling van de opbrengst van een executie dient te geschieden. De Rotterdamse rechtbank onderwerpt de voorrechten aan de contractswet, terwijl de rangregeling in het algemeen volgens de executiewet wordt beoordeeld (52). Wellicht is er reden om voor het vervoersrecht een internationaal privaatrechtelijke bepaling te geven.

Vragen rondom verjarings- en vervaltermijnen worden in het algemeen onderworpen aan de contractswet. Niettemin heeft de

(50) Een dergelijk kwalificatieconflict lijkt ook onder de nieuwe Franse wet van 1966 te bestaan; immers, enerzijds is de wet dwingend van toepassing, ingevolge art. 16, "depuis la prise en charge jusqu'à la livraison, dus niet van takel tot takel. De wet is van toepassing op vervoer van en naar Franse havens dat niet is onderworpen aan "une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention." Anderzijds bepaalt dezelfde wet in art. 57: "Les opérations de manutention sont soumises à la loi du port où opère l'entrepreneur; zie Soyer, t. a. p.

(51) Een uitzondering hierop onder het nieuwe recht lijkt mij art. 8.5.2.59.

(52) Zie voor de probleemstelling Schultsz, Mededelingen van de Ned. Ver. voor Int. Recht, no. 63, 1971, p. 67.

nieuwe Franse zeevervoerswet van 1966 een bepaling, dat deze vragen worden beantwoord volgens de *lex fori* (53).

Tenslotte de reikwijdtebepalingen uit verdragen die niet, of nog niet door Nederland zijn geratificeerd, terwijl het uniforme recht al (deels) is opgenomen in Boek 8. Hier is het noodzakelijk, dat een regel wordt geschapen, die parallel loopt met de reikwijdteregel uit het Verdrag. Zodra Nederland tot een Verdrag is toegetreden, krijgt de reikwijdteregel uit het Verdrag zijn werking. Maar het is denkbaar, dat Nederland niet toetreedt tot bepaalde Verdragen, bijv. omdat het daarin vervatte uniforme recht slechts gedeeltelijk is overgenomen, terwijl men zich distantieert ten aanzien van het overige uniforme recht. Zo algemene regels van i.p.r. geen oplossing geven, dienen hier bepaalde internationaal privaatrechtelijke bepalingen te worden gecreëerd.

9. De teneur van mijn, onvolledige, betoog is geweest: laten we vooral zuinig zijn met het opstellen van internationaal privaatrechtelijke bepalingen ter begeleiding van Boek 8. Alleen als uniform verdragsrecht of bescherming van bepaalde (internationale) rechtsbeginselen daartoe noopt is het noodzakelijk een regel op te stellen, die aangeeft hoe dwingend bepaalde delen van het vervoersrecht zijn. Voor het overige kan het worden overgelaten aan algemene geschreven en door de jurisprudentie gevormde regels van i.p.r. en aan het vervoersrecht zelf om aan te geven wanneer en in hoeverre het moet worden toegepast op een internationale vervoerssituatie.

Voorts zal het in hardnekkige twijfelgevallen en bij lacunes (reikwijdteregels voor uniform recht uit verdragen die niet zijn geratificeerd) wenselijk zijn een internationaal privaatrechtelijke bepaling op te stellen. Natuurlijk heb ik gevallen en situaties over het hoofd gezien. Doch ook de meest scrupuleuze en nauwkeurige wetgever zal, ook in het internationaal privaatrechtelijke vlak, achteraf constateren dat de praktijk nieuwe problemen biedt die niet van te voren werden voorzien.

Mede daarom bepleit ik het volgende, en daarmee keer ik terug tot mijn uitgangspunt. De Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer heeft de suggestie geuit om over vijf jaar met de Minister van Justitie overleg te plegen over de vraag, of in de praktijk gebleken is dat wijzigingen alsnog wenselijk zijn.

Mijn idee is, dat er een ontwerp moet worden gemaakt van internationaal privaatrechtelijke bepalingen ter begeleiding van

(53) Art. 16. lid 3 van de Wet 1966 luidt: "La prescription de l'action en justice est régie par la loi du tribunal devant lequel l'action est portée." Aansluiting is gezocht bij gelijksoortige regelingen in de C.I.M. en C.I.V.-verdragen en het Verdrag van Warschau; vgl. Rodière, *Traité Général de Droit Maritime*, deel I, p. 41, noot 4; M. Simon-Depitre en C. Legendre, t. a. p., p. 607.

Boek 8, welk ontwerp, anders dan Boek 8, nog niet moet worden ingevoerd. In de praktijk zal blijken welke wijzigingen een zodanig ontwerp nog zal moeten ondergaan. In de loop van vijf jaar zal Nederland zeer waarschijnlijk nog toetreden tot Verdragen waarvan het uniforme recht thans reeds is opgenomen in Boek 8, zodat tevens kan blijken in die tijd welke voorlopig opgestelde reikwijdteregels niet meer nodig zijn, omdat het desbetreffende Verdrag hiervoor reeds een oplossing geeft. Kortom: een ontwerp, dat onmiddellijk door de praktijk kan worden gevormd. Ook de Eenvormige Wet heeft als zodanig een nuttige functie van officieuze codificatie van verwijzingsregels, die zijn invloed uitoefent op de rechtsvorming, terwijl nochtans de praktijk correcties kan aanbrengen waar dit wenselijk blijkt.

Dit neerschrijvend herinner ik mij de nog niet zo lang geleden geuite waarschuwing van Van Boeschoten, dat het beter is een slechte codificatie te hebben, dan helemaal geen, omdat men de praktijk enerzijds niet "in de bestaande onzekerheid kan laten dommodderen", terwijl het anderzijds "voor grote delen van het i.p.r. niet om de intrinsieke billijkheidswaarde van de regel gaat maar om verkeersregels: of men links wil houden of rechts is betrekkelijk onverschillig als men maar weet wat men doen moet" (54). Hij vreest bovendien een zekere grilligheid in de rechtspraak bij gebreke van geschreven regels. "Juist bij deze specialistische wetenschap", aldus Van Boeschoten, "moet de rechter zich hoeden voor stokpaardruiterschap: het gevaar is niet denkbeeldig dat eigen wetenschappelijke opvatting van de rechter een te grote rol gaat spelen" (55). Wat hiervan zij, ik geloof niet dat voor het vervoersrecht een dergelijke vrees hoeft te bestaan. Waarom niet? Omdat op dit terrein minder onzekerheid bestaat, op enkele randgebieden na. De uitvoerige illustratie, die Van Boeschoten heeft gegeven van vragen, waarop niemand met zekerheid weet te antwoorden hoe het geldende i.p.r. luidt, beweegt zich ook niet op het terrein van het vervoersrecht, maar op het gebied van personen- en erfrecht, huwelijksgoederenrecht, onrechtmatige daad, subrogatie en cessie en andere algemene problemen, die in hun algemeenheid soms aan het vervoersrecht raken, doch waarvan de problematiek niet voortkomt uit het vervoersrecht en derhalve niet vanuit de vervoersrechtelijke hoek om beantwoording vraagt.

Nogmaals: het zijn de randgebieden die lacunes lieten, en die om een verkeersregel vragen.

(54) Is codificatie van het Nederlands internationaal privaatrecht wenselijk? in: Mededelingen van de Ned. Ver. voor Int. Recht, no. 63, 1971, p.17.

(55) t.a.p., p.10.

10. Een korte jurisdictie-opmerking tot slot: de artt. 543 (aanvaring), 569 (hulploon) en 946 W.v.K. (aanvaring binnenvaart) geven bijzondere forumbepalingen. Boek 8, dat zuiver materieel recht bevat, heeft deze bepalingen niet overgenomen. Overwogen moet worden in hoeverre deze bepalingen kunnen worden gehandhaafd (56).

(56) Waarbij deze getoetst dienen te worden aan het EEG-Bevoegdheids- en Executieverdrag.

1. Deze uit het door Schadee bijeengebrachte arsenaal van kernachtige uitdrukkingen stammende term is de enige die het tot titel in deze serie heeft gebracht. Men kan betwijfelen of de term op dit voorrecht wel aanspraak kan maken. De reder wordt niet overboord gezet: een van de vele bij het schip betrokkenen zal de scepter overnemen van een collega. Toch heeft de term iets onthullends. De moord karakteriseert de opzettelijke liquidatie van een ongewenste figuur. De reder van art. 320 K zal worden vervangen door die van art. 8.1.1.9 N.B.W.

De nieuwe centrale figuur is de scheepseigenaar. Het lijkt een kwestie van woorden of men alleen de figuur van art. 320 K de bijzondere titel van reder waardig acht en de scheepseigenaar niet omdat hij immers al eigenaar heet (vide: toelichting op 8.1.1.9). Behalve uit het oogpunt van behoud van Nederlands taaleigen heeft het toch wel enige zin ook voor de scheepseigenaar de term reder te continueren omdat hij daarmee zal worden aangeduid als de centrale figuur in het zeerecht die als zodanig, evenals zijn voorganger, drager van allerlei rechten en plichten zal zijn.

Valt de troonopvolging toe te juichen? Ik meen van wel; inderdaad is de reder van art. 320 K een ongewenste figuur.

Op de reder, wie hij ook is, rusten enerzijds vele en zware aansprakelijkheden, anderzijds zijn deze te overzien door de te zijnen behoeve in de wet opgenomen beperkingen van aansprakelijkheid. Het is aan de reder om - wanneer de wijze waarop het schip wordt geëxploiteerd daartoe aanleiding geeft - door overeenkomsten zekere aansprakelijkheden af te wentelen op anderen, bij wie ze economisch thuishoren, en wat overblijft eventueel door verzekering te dekken. De vraag is, wie deze rol het beste kan vervullen. In de laatste instantie komt het neer op de vraag, wie bij deze afwenteling het risico van de gegoedheid van zijn wederpartij zal dienen te dragen. Waarschijnlijk kan men dit evengoed aan de reder van art. 320 K overlaten als aan de scheepseigenaar. Het is echter logisch het beginpunt van de reeks overeenkomsten aan te wijzen: de scheepseigenaar. Wil er - buiten de scheepseigenaar - een reder van art. 320 K ontstaan, dan moet de scheepseigenaar deze creëren door het schip onbemand, althans zonder kapitein, te verhuren.

2. Veel belangrijker dan dit laatste aspect is de benadering van de vraag uit het oogpunt van de buitenstaander, die, na commer-

cieel of anderszins in aanraking te zijn gekomen met het schip, wil vaststellen wie zijn debiteur is. Uit dit oogpunt is het van het grootste gewicht dat zonder moeilijkheden kan worden bepaald wie de reder is. In dit opzicht schiet de huidige wet te kort. Dit wordt overtuigend uiteengezet in de toelichting op het ontwerp (Inleidende opmerkingen bij afdeling 8.5.1, blz. 1278-1280).

Het huidige recht geeft de buitenstaander-crediteur weliswaar in veel gevallen een verhaalsrecht op het schip, ongeacht de vraag of dit de reder in eigendom toebehoort, maar dit betekent niet dat deze crediteur in die gevallen van het identiteitsprobleem is verlost. De crediteur zal veelal de inning van zijn vordering niet kunnen en niet willen inleiden door een actie tot verhaal op het schip. In vele gevallen zal hij willen afwachten of de enkele rechterlijke uitspraak tot betaling zal leiden. Wenst hij verhaal op het schip, dan zal de crediteur een titel moeten verkrijgen. In beide gevallen moet hij daartoe zijn debiteur in rechte aanspreken. Deze debiteur moet dan zonder moeite aan te wijzen en te vinden zijn.

3. Een belangrijke categorie betrokkenen zal, omdat deze niet zonder meer de reder tot debiteur heeft, geen profijt hebben van de betere vindbaarheid van de reder. Dit zijn degenen, die iets te vorderen hebben in verband met door het schip vervoerde goederen. Zij moeten zich wenden tot hun contractuele wederpartij, die voor houders van cognossementen niet altijd duidelijk aanwijsbaar is. In art. 8.5.2.49 regelt het ontwerp de kwestie van de wederpartij van de cognossementhouder. Afgezien van de gebondenheid van degeen, wiens formulier voor het cognossement wordt gebruikt, brengt dit artikel geen opmerkelijke vernieuwingen.

De gevallen, waarin de cognossementhouder identificatie-moeilijkheden, ook onder art. 8.5.2.49, zal houden, zijn vooral die waarin de bevoegdheid van de ondertekenaar namens een ander een rol gaat spelen. In vele vormen kan bij een (al dan niet identificeerbare) handtekening een vraagteken geplaatst worden. Om er enkele te noemen: Mocht deze employé dit scheepvaartbedrijf verbinden? Mocht dit bedrijf als agent voor deze lijn tekenen? Mocht deze persoon of firma namens de kapitein tekenen? Al deze bevoegdheidsvragen hangen af van relaties tussen partijen ten opzichte van wie de cognossementhouder een volkomen buitenstaander is. Slechts in het eerstgenoemde geval van de employé zou een Handelsregister uitsluitsel kunnen geven. Maar de koper, die documenten gepresenteerd krijgt en die vrijwel direct over aanvaarding daarvan moet beslissen, zal geen tijd hebben om een register aan gene zijde van de oceaan te raadplegen.

4. De beantwoording van de vraag, of een andere ondertekenaar dan de kapitein degene verbindt, namens wie gesteld is dat hij tekent, is afhankelijk van de desbetreffende bepalingen van het

"gemene recht", in vele gevallen het recht geldend ter plaatse waar getekend wordt.

Wanneer de term "binnen de grenzen van zijn bevoegdheid" in de eerste volzin van het eerste lid van art. 8.5.2.49 aldus moet worden opgevat, dat de aangesprokene, namens wie een ander het cognossement tekende, eenvoudig kan ontkennen dat dit bevoegdelyk geschiedde en dat de bewijslast van het tegendeel dan op de cognossementhouder rust, dan schuilt hierin een probleem. Ik zonder hiervan uit de cognossementen van bekende lijnrederijen. De tweede volzin van lid 1 van dit artikel regelt dit punt, terwijl voorts beter bekend is wie van deze lijnen de agenten zijn en ontkenning van bevoegdheid zich hier niet gauw zal voordoen.

Bij cognossementen op standaardformulieren of formulieren met vermelding van een lijn zonder rechtspersoonlijkheid zal de debiteur moeten worden vastgesteld door te letten op de naam van degeen door of namens wie het cognossement werd getekend. Is het een geval van ondertekening voor een ander, dan is bij ontkenning van iedere bevoegdheid de bewijslastkwestie doorslaggevend. De cognossementhouder weet niets omtrent de relatie tussen vermeende vervoerder en dito vertegenwoordiger; de aangesprokene kan het negatieve feit, dat geen volmacht werd gegeven, niet bewijzen. Stelt de aangesprokene dat de vertegenwoordiger wel enige bevoegdheid had, maar niet om dit cognossement te tekenen, dan zal hij in het bewijs slagen door de inhoud van de volmacht aan te tonen. Tegen de onbevredigende toestand, die in dit geval en in het geval van een ongunstige bewijslastverdeling voor de derde-cognossementhouder ontstaat, heb ik toch wel bezwaar. Een beroep op "opgewekt vertrouwen" zal hem niet altijd baten; daartoe moet de principaal zelf aanleiding gegeven hebben. Incidenteel zal een beroep op bekrachtiging op zijn plaats zijn. De aflevering van de lading aan de houder van het cognossement kan daarbij een belangrijk aanknopingspunt vormen, met name wanneer een vertegenwoordiger van de als principaal aangemerkte daarbij een rol speelde. Praktischer is het om aan te nemen, dat de bewijslast op de als vervoerder aangesprokene rust, evenzeer als bij degeen wiens cognossementsformulier is gebezigd. Slaagt zulk bewijs dan kunnen uiteraard de kwesties van opgewekt vertrouwen en bekrachtiging alsnog aan de orde komen.

5. Lid 2 van art. 8.5.2.49 behandelt de kapiteinscognossementen. Door de handtekening van de kapitein zelf worden de laatste tijd- of reisbevrachter en de reder, dan wel de rompbefrachter als deze er is, gebonden, tenzij deze bevoegdheid aan de kapitein was ontnomen en dit de ontvanger bekend was gemaakt.

Deze laatste uitzondering wordt in art. 8.5.2.49 op twee verschillende wijzen geformuleerd, nl. in lid 2 en in lid 3. In het tweede lid is sprake van "binnen de grenzen van zijn bevoegdheid" als voorwaarde voor de werking van dit tweede lid. De toelichting

verwijst in dit verband naar de artikelen 8.4.2.13 en 8.4.2.19. Het tekenen van cognossementen behoort in principe steeds tot de bevoegdheden van de kapitein; ten opzichte van derden lijkt dit slechts uitzondering indien beperkingen hun bekend zijn gemaakt. In het derde lid, tweede volzin, wordt de werking van het tweede lid eveneens afhankelijk gesteld van bekendheid van de derde, dat wil zeggen de houder van het cognossement, met het ontbreken van bevoegdheid bij de kapitein, nu in enigszins andere bewoordingen. Waar de in het tweede lid van art. 8.5.2.49 bedoelde regel, namelijk die van art. 8.4.2.19, spreekt van "bekend maken" aan de derde (zonder aanduiding van een tijdstip; aan te nemen valt: vóór de derde iets doet waarbij hij afgaat op de schijnbare bevoegdheid van de kapitein), noemt het derde lid van art. 8.5.2.49 iedere wetenschap van de derde-cognossementhouder hoe ook verkregen en als tijdstip de verkrijging van het cognossement.

De term "bekend maken" in art. 8.4.2.19 suggereert enerzijds een openbare aankondiging, terwijl anderzijds het vereiste "hun bekend gemaakt" een beroep op de beperking slechts lijkt toe te staan wanneer de aankondiging ervan de derde ook heeft bereikt. Is daadwerkelijke wetenschap bij de derde noodzakelijk? Cleveringa, blz. 173 en 296, beantwoordt deze vraag ten aanzien van art. 363 K, dat in art. 8.4.2.19, lid 1, vrijwel woordelijk wordt herhaald, aldus dat de reder zich op de beperkingen kan beroepen mits hij zorgde voor wijdverspreide publicatie, waarvan de derde kennis nam, althans bij behoorlijke oplettendheid kon kennisnemen.

De toevoeging van de tweede volzin aan lid 3 van art. 8.5.2.49 lijkt te zijn ingegeven door de opvatting dat de algemene regel van art. 8.4.2.19 in dit geval verfijning behoeft. In de eerste plaats rijst dan de vraag, waarom die algemene regel, daar waar hij niet fijn genoeg werkt, wordt ingeplant, namelijk met de woorden "binnen de grenzen van zijn bevoegdheid".

In de tweede plaats kan men de vraag stellen, welke verfijning de tweede volzin van lid 3 geeft. Dit kan zijn: het toestaan van een beroep op wetenschap bij de cognossementhouder met de onbevoegdheid van de kapitein, ook al werd deze wetenschap niet door een "bekendmaking" verworven.

Uit een oogpunt van wetgevingstechniek lijkt het mij niet wenselijk eenzelfde regel, in dit geval het buiten werking stellen van een regel, tweemaal te formuleren. Het verschil in effect van beide formules is niet groot. Ik zou willen voorstellen slechts de op dit speciale geval toegeschreven regel van het derde lid van art. 8.5.2.49 te handhaven.

6. Een speciaal geval is dat van de ondertekening namens de kapitein, eveneens vermeld in lid 2 van art. 8.5.2.49. Kan hier de reder of de rompbefrachter debiteurschap betwisten door te stellen dat de ondertekening niet bevoegdelijk namens de kapitein geschiedde? Ik meen dat dit niet zo is, althans niet zo zou moeten

zijn. In art. 8.5.2.49 wordt, zowel ten aanzien van ondertekening door een ander voor de vervoerder als ten aanzien van ondertekening door de kapitein, de eis gesteld dat deze "binnen de grenzen van zijn bevoegdheid" geschiedde. Ten aanzien van ondertekening namens de kapitein niet. Deze a contrario redenering is niet die van de ontwerper, die in de toelichting (punt 6, blz. 1328) spreekt van "bevoegdelijk voor de kapitein".

Er zijn goede redenen voor de opvatting dat het in omloop raken van namens de kapitein getekende cognossementen in de risicosfeer ligt van degenen, die ingevolge lid 2 van art. 8.5.2.49 door het handelen van de kapitein worden gebonden. Immers, de kapitein heeft het in zijn macht om onbevoegde ondertekening namens hem te verhoeden. Hij is in de inlaadhaven, tevens de plaats waar de cognossementen worden uitgegeven, aanwezig. Hij kan zich copie-cognossementen doen verstrekken. Hij heeft het ladingmanifest aan boord, welk stuk een recapitulatie is van de cognossementen.

7. De positie van houders van kapiteins-cognossementen wordt door het ontwerp niet gewijzigd. Voor hen leeft de oude reder voor in art. 8.5.2.49, lid 2. Immers, de reder nieuwe stijl eclipseert zodra er een rompbefrachter is, dat wil zeggen een reder oude stijl.

Wanneer een standaard-cognossementsformulier, niet dat van een bepaalde lijn, is gebruikt, doet zich het op blz. 1327 van de toelichting vermelde nadeel voor dat de cognossementhouder zich moet weden tot de "moeilijk vindbare" scheepseigenaar of de "onvindbare" rompbefrachter. Ik laat de vragen, die rijzen indien achtereenvolgens meer dan één rompbefrachtiging werd gesloten, nu maar rusten. Art. 8.5.2.49 gaat er van uit, dat een schip maar één rompbefrachter zal hebben.

Laatste tijd- of reisbefrachters, die eveneens door de kapitein gebonden worden, zullen ook niet altijd eenvoudig op te sporen zijn.

Het komt inderdaad voor dat de scheepseigenaar moeilijk te vinden is, zoals de toelichting op blz. 1327 memoreert. Met name de eigenaren van buitenlandse schepen zijn soms voor ontvangers moeilijk te vinden. Treft men het schip aan in registers van classificatie-bureaux dan is het gevonden antwoord niet gegarandeerd juist. Deze bronnen geven niet steeds de eigenaar van het ogenblik, soms alleen de manager, niet altijd een adres of een juist adres. Niettemin is van alle bij het schip betrokkenen de eigenaar de meest vindbare figuur en bij cognossementsvervoer de meest wenselijke en vanuit het ladingstandpunt meest voor de hand liggende debiteur (afgezien van cognossementen van gerenommeerde scheepvaartmaatschappijen).

Voor de handel is het van het grootste gewicht, dat door of namens de kapitein getekende cognossementen steeds de reder nieuwe stijl binden. Gezien de functie die cognossementen als handels-

papier vervullen, is het een eerste vereiste dat de kopers, die tegen deze documenten grote bedragen betalen in de verwachting dat deze stukken de daarin omschreven goederen waarlijk representeren, een vindbare en liefst enig verhaal biedende debiteur krijgen. De vervoerders-niet-reders, bedoeld in lid 1 van art. 8.5.2.49, zijn weliswaar door de tweede volzin van deze bepaling iets beter te vinden gemaakt, maar uit een oogpunt van verhaal bestaat geen enkele zekerheid. Het is niet mogelijk om door stipuleringen in het koopcontract met betrekking tot de inhoud van het cognossement in dit opzicht verbetering te brengen.

Wel kan de koper (trachten te) bedingen, dat het cognossement door of namens de kapitein moet zijn getekend, het stuk daarmee overbrengende naar de categorie van lid 2. Zoals dit thans luidt heeft echter de cognossementhouder nog immer geen zekerheid omtrent de identiteit van zijn wederpartij en de verhaalsmogelijkheden. Hij weet niet of er wellicht een rompbevrachting in het spel is en, zo ja, wie de rompbevrachter is.

8. Ik zou derhalve nog verder willen gaan met het centraal stellen van de reder nieuwe stijl, namelijk door hem, ook wanneer er een rompbevrachting is, debiteur te doen zijn van de vordering uit het door of namens de kapitein getekende cognossement, op gevaar af te worden beschuldigd van neigingen om de titel van deze bijdrage te willen waarmaken.

Een bezwaar tegen deze verdere belasting van de eigenaar van het schip is dat het een uitbreiding vormt van het zeerechtelijk particularisme, naar ik meen echter een kleine. Gaat men eenmaal uit van de wenselijkheid van een centrale figuur, die vindbaar is en die in afwijking van de hoofdregel van het gewone recht de debiteur van een aantal door hem niet aangegane of veroorzaakte schulden kan zijn en van wie voorts in afwijking van het gewone recht een bepaald vermogensbestanddeel, het schip, verhaalsobject voor andermans schulden vormt, dan is het geen grote stap toe te voegen, dat de reder debiteur is van de vordering uit het door of namens de kapitein getekende cognossement, ook al is deze in verband met de rompbevrachting niet in zijn dienst.

Uit het feit, dat van art. 322 K - aantekening van de verhuring in het scheepsregister - weinig gebruik wordt gemaakt (toelichting blz. 1279), leid ik af, dat scheepseigenaren hun rompbevrachters voldoende kennen om voor aanspraken, die bij de wederpartij thuishoren, niet beducht te zijn. De scheepseigenaar kan een solvabele wederpartij uitkiezen. Twijfelt hij, dan kan hij art. 322 K toepassen. Ik ben dan ook voorstander van handhaving van deze bepaling in combinatie met vereenvoudiging van art. 8.5.2.49, lid 2, door naast de laatste tijd- of reisbevrachter steeds de reder aan te wijzen. In art. 8.5.1.1 behoeft niets gewijzigd te worden.

De krachtige argumenten, die in de inleidende opmerkingen bij

afdeling 8.5.1 worden aangevoerd voor het in het ontwerp voorkomende particularisme van het zeerecht, pleiten ook voor de door mij voorgestane, geringe uitbreiding daarvan. Ik doel speciaal op de laatste vier volzinnen van punt 1 van de inleidende opmerkingen (blz.1278) en de laatste zin van punt 5 (blz.1281).

9. Noot 298 op blz.1329 van de toelichting noemt als redmiddel voor de ladingbelanghebbende, wanneer hij niet weet wie de rompbevrachter is, het verhaal op het schip zelf ingevolge art.8.3.3.8, lid 1, sub d. Hiervoor is dan wel nodig dat de ontvanger het identiteitsprobleem tijdig onderkent en de kans krijgt op het schip binnen de 1-jaar-termijn conservatoir beslag te leggen, in de hoop daarmee te bereiken dat hij verneemt of er een rompbevrachting is of niet en eventueel wie de rompbevrachter is. Door middel van conservatoir beslag kan hij - gevallen van reeds te zwaar belaste schepen daargelaten - het stellen van een bank- of P & I Club-garantie afdwingen, waarin de borg zelf aansprakelijk wordt voor de schuld van de vervoerder, wie dit dan ook moge zijn. De ladingbelanghebbende heeft dan een debiteur.

Zoals hiervoor reeds aangeduid, meen ik dat verhaal op het schip op zichzelf geen oplossing biedt voor het identiteitsvraagstuk reder/rompbevrachter. Het verhaalsrecht geeft de crediteur nog niet het recht om bij dagvaarding te vorderen dat de reder tot betaling wordt veroordeeld. Als hij niet weet wie zijn debiteur is, kan hij ook geen executoriale titel verkrijgen. Ons recht kent niet de actio in rem, die bijvoorbeeld in Engeland de scheepscrediteur in bepaalde gevallen ter beschikking heeft.

10. Opgemerkt zij, dat de cognossementhouder, die een vordering heeft in verband met opoffering van zijn goederen teneinde schip, lading en vracht voor gevaar te behoeden en die deze vordering de vorm geeft van een eis tot vergoeding in avarij-grosse, zonder meer de reder tot debiteur heeft ingevolge art.8.6.3.3.

Het is overigens niet noodzakelijkerwijs de cognossementhouder die de vordering instelt: crediteur is volgens dit artikel degen die de schade leed. Daarnaast zullen de partijen bij het cognossement ingevolge de bepalingen daarvan verplichtingen jegens elkaar hebben in geval van avarij-grosse.

11. De praktische moeilijkheden in verband met de vraag naar de juiste debiteur, zowel in samenhang met al dan niet bevoegd tekenen namens een ander als met het onverwacht blijken van een rompbevrachting, doen zich voor doordat pas in de loop van de aangespannen procedure weren worden gevoerd en gegevens verstrekt, waaruit kan volgen dat de eisende ladingbelanghebbende de verkeerde heeft aangesproken. De jaartermijn zal dan verstreken zijn en een eventuele fout kan niet meer worden hersteld.

12. Ook aan ladingzijde ziet men Haftung zonder Schuld. Zaken aan boord van zeeschepen kunnen verhaalsobject zijn voor schulden van anderen dan de eigenaar der lading (afdeling 8.3.4). De debiteur van de in art. 8.3.4.2, lid 2, genoemde vorderingen uit de vervoersovereenkomst en de ladingeigenaar zullen niet steeds dezelfde zijn.

Heeft de cognossementhouder, wederpartij van de vervoerder-niet-scheepseigenaar, bijvoorbeeld de tijdbevrachter, aan de laatste geen schuld, doch deze tijdbevrachter wel een schuld aan de tijdvervrachter, brengt dan werking van de artikelen 8.3.4.2, lid 2, en 8.3.4.6 mede, dat de tijdvervrachter de tijdhuur kan verhalen op de goederen van de cognossementhouder die aan al zijn verplichtingen heeft voldaan? Dit hangt af van het antwoord op twee vragen: 1^o hoe men de term "een met betrekking tot die zaken gesloten vervoersovereenkomst" uitlegt, en 2^o wat men in art. 8.5.2.59, naar welke beraaling art. 8.3.4.2 verwijst, onder "ontvanger" verstaat.

Wat de eerste vraag betreft: ingevolge art. 8.5.2.1 is een tijdbevrachting een overeenkomst van goederenvervoer. Naar mijn mening is dat niet hetzelfde als een vervoersovereenkomst "met betrekking tot die zaken" en zal de tijdhuur niet verhaalbaar zijn op de bedoelde zaken. Vervangt men in dit voorbeeld de tijd- door een reisbevrachting, dan zal vrijwel steeds beslist moeten worden dat de overeenkomst op die zaken betrekking heeft en zal de cognossementhouder verhaal op zijn zaken voor de schulden van "zijn" vervoerder moeten gedogen, afhankelijk van het antwoord op de tweede vraag.

Deze tweede vraag is essentieel, omdat de artikelen 8.3.4.2, lid 2, en 8.3.4.6 het voorrecht en de verhaalsmogelijkheid voor vorderingen uit een vervoersovereenkomst afhankelijk stellen van aanwezigheid van het retentierecht ingevolge art. 8.5.2.59. In het hierboven gestelde voorbeeld van de met betaling der tijdhuur in gebreke blijvende tijdbevrachter, die zelf cognossementen in omloop heeft gebracht waarvan de houders aan al hun verplichtingen jegens hem hebben voldaan, rijst de vraag of deze tijdbevrachter tegenover de tijdvervrachter als ontvanger is aan te merken. Zo ja, dan heeft de tijdvervrachter terzake van de onbetaalde tijdhuur recht van retentie op de zaken in het schip en voorts het genoemde voorrecht en verhaalsrecht. Ook onder het huidige artikel 493 K kan deze vraag rijzen. Tot dusverre is deze niet duidelijk door de rechter beslist.

Het gevaar van een mogelijk verhaalsrecht op de zaken van de cognossementhouder, die aan zijn verplichtingen voldeed, voor een schuld van zijn wederpartij aan een derde, onderstreept de behoefte aan de zijde van cognossementhouders om zo min mogelijk met vervoerders-niet scheepseigenaren te maken te hebben en zoveel mogelijk met reders nieuwe stijl.

De regeling van het gemengd goederenvervoer in het ontwerp is met opzet zeer summier gehouden. In de Toelichting wordt onder 2 van de inleidende opmerkingen gesproken over het regelen van enkele van de meest urgente problemen. Het vervoerdocument voor gemengd vervoer is niet in de regeling betrokken. Het laatste ontwerp voor een verdrag voor internationaal gemengd vervoer, het T.M.C.-ontwerp, voorziet daar wel in (1).

De kern van de bepalingen ligt in de eerste twee artikelen. Het eerste artikel geeft een definitie van wat het ontwerp onder de overeenkomst van gemengd goederenvervoer verstaat en artikel 2 bevat de verwijzingsregel: voor ieder deel van het vervoer gelden de op dat deel toepasselijke rechtsregelen.

In het verleden heeft Prof.Schadee zich een overtuigd voorstander van het networksysteem - door hem cameleon-systeem genoemd - getoond (2). Alleen in dit systeem kunnen conflicten met de bestaande mediale vervoerregels, die veelal van dwingendrechtelijke aard zijn, vermeden worden. Het cameleon-systeem verwijst immers naar de bestaande mediale vervoerregels in plaats van zelf nieuwe regels te scheppen.

I. De inhoud van de overeenkomst tot gemengd goederenvervoer (o.g.g.).

Art.8.2.2.1 geeft een definitie van de o.g.g., waaruit als belangrijkste elementen naar voren komen: één overeenkomst voor het gehele vervoer en multimediaal d.w.z.deels over zee, over binnenwateren, over de weg, over de rail, door de lucht of door een pijpleiding (3).

In de Toelichting op dit artikel wordt erop gewezen dat beslissend voor het bestaan van een o.g.g.niet is wat feitelijk gebeurt doch wat overeengekomen is. Bij de o.g.g.dient derhalve een multimediale uitvoering overeengekomen te worden. De optie tot multimediale uitvoering is echter voldoende. Wanneer de vervoer-

(1) Zie dienaangaande R.Loewe, E.V.R.1972, blz.622 en L.Peyrefitte, E.V.R.1972, blz.899.

(2) Aldus in de op 18 november 1967 in een vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Zeerecht uitgesproken rede en in een artikel in D.M.F.1970, pag.540.

(3) Twee van deze reeks media is voldoende voor een o.g.g., hoewel dit strikt genomen uit de definitie niet blijkt.

der van de optie gebruik maakt kan dit immers gezien worden als de nadere bepaling van het voorwerp van zijn verbintenis (4).

Ik meen dat een optie tot multimediale uitvoering van een vervoerovereenkomst wel voldoende duidelijk moet zijn, mede in verband met de overige inhoud van die overeenkomst, om tot een o.g.g. in de zin van 8.2.2.1 te kunnen besluiten wanneer mediumwisseling plaatsvindt. Dit is een kwestie van uitlegging van de gesloten overeenkomst. In de zeerechtlitteratuur is veel aandacht besteed aan het doorcognossement, dat in vele varianten bekend is. Daarbij krijgen de ontheffende clauses en hun rechtsgeldigheid in het algemeen meer aandacht dan de vraag hoe duidelijk een optie tot overlading in het cognossement tot uitdrukking gebracht moet zijn om tot een doorcognossement te besluiten. De vraag van het "hoe duidelijk" is dan ook een vraag van uitlegging van concrete overeenkomsten en leent zich weinig tot theoretische beschouwingen. W.Snijders komt in N.J.B.1968, blz.531 tot de conclusie dat een transshipment clause (een bevoegdheid tot overlading in een tussenhaven met aflevering zonder verdere vervoersaansprakelijkheid aan een opvolgend vervoerder) in een gewoon cognossement, waarin niet uitdrukkelijk een tussenhaven genoemd is, nietig is en in strijd met de Hague Rules.

De strijd met de Hague Rules zoekt hij hierin dat de transshipment clause, gezien de algemene strekking ervan, niet geacht kan worden verandering te brengen in de overeengekomen haven van bestemming, zodat de vervoerder, hoezeer ook tot overlading bevoegd, ook voor nadien onstaande schade binnen de grenzen van de Hague Rules aansprakelijk is. Daarbij vraag ik mij dan af waarom, indien de bevoegdheid tot overlading blijkbaar wel aangenomen wordt, de betreffende tussenhaven toch niet als loshaven kan gelden. Daarmee is men dan bij het uitgangspunt terug: het is een kwestie van uitlegging van de overeenkomst of de bedongen optie geldt.

Ik meen dat een in kleine lettertjes bedongen bevoegdheid alleen niet voldoende is. Anderzijds is een uitdrukkelijk overeengekomen optiehaven van overlading (die voor cognossementsvervoer in het cognossement genoemd moet zijn) ook niet nodig. Het Hof Amsterdam 15.12.1960, S. & S.1961, no.13 (Autolycus) overwoog voor een cognossement, dat "direct or with transshipment" vermeldde, dat de inlader gewaarschuwd was dat het vervoer wellicht gedeeltelijk voor een andere vervoerder zou plaatsvinden, terwijl een positieve aanduiding in deze richting, zo overwoog het Hof, te zien was in de vermelding: "Kuala Belait via Singapore". Datzelfde Hof 3.2.66, S. & S.1966, no.40 (Zaanland) nam in de overweging omtrent de eerste grief impliciet aan dat reeds bij een aantekening op de voorzijde van een cognossement "to be forwar-

(4) Zie Alternatieve en Facultatieve verbintenissen Asser-Rutten, "De Verbintenis", blz.59 e.v.

ded to Philadelphia at Steamers' expense but shippers and or consignees risk" - dus zonder vermelding van een optiehaven van overlading - sprake was van een doorcognossement. Helaas blijkt uit Rb.A'dam 4.3.70, S. & S.1970, no.79 (eveneens inzake Zaanland) niet of het te Asuncion afgegeven cognossement inderdaad een ontvangsterkenning voor gedaagde te Asuncion bevatte. Zo ja, dan werd ook in dat geval het stempel "Precarriage and transshipment is for account of the oceancarrier but at the risk of the merchants" voldoende geacht om tot een doorcognossement te besluiten. Ik meen dat naar Nederlandse opvattingen voor een geldige optie een algemeen gestelde en voorgedrukte optie tot overlading (en mediumwisseling) in een overigens ogenschijnlijke vervoerovereenkomst tot enkelvoudig vervoer niet voldoende is om tot een o.g.g.te besluiten. Een niet-voorgedrukte waarschuwing in combinatie met zo'n algemene optie levert daarentegen wel een geldige optie op (5).

Onder de definitie van de o.g.g.valt ook de vervoerovereenkomst die in strijd met de afspraak tot multimediale uitvoering, unimediaal wordt uitgevoerd. Het overeengekomene is immers beslissend en niet wat feitelijk gebeurt. De toepassing van art. 8.2.2.2 kan hier echter op problemen stuiten. De regeling van het niet gevolgde medium komt dan immers "in de lucht" te hangen. In een dergelijk geval zou ik analoog aan 8.2.2.3 een soort voordeelregel voor de afzender willen toepassen. Bij verlies, beschadiging of vertraging op het "verkeerd" uitgevoerde traject-deel zal de gemengde vervoerder aansprakelijk zijn tenzij hij bewijst dat hij noch op grond van het recht voor het gebruikte medium noch op grond van het recht voor het contractuele medium aansprakelijk is (6). Deze bewijslast voor de gemengde vervoerder leidt tot de vereenvoudiging dat geen onderzoek naar de aansprakelijkheid onder het nietgevolgde medium behoeft plaats te vinden wanneer aansprakelijkheid onder het wel gevolgde medium reeds vaststaat en voor deze aansprakelijkheid geen grotere beperking geldt dan onder het niet gevolgde medium.

Voor de bestaanbaarheid van een o.g.g.zal in het algemeen niet de eis gesteld moeten worden dat de mediale delen van de o.g.g. (dus de plaats van mediumwisseling) overeengekomen moeten zijn. Evenmin is het noodzakelijk dat de te gebruiken me-

(5) In de Toelichting (blz.1235) is niet duidelijk hoe specifiek de aldaar als voorbeeld genoemde opties zijn. Ik wil mij dus van commentaar onthouden.

(6) Dorrestein, R.M.Themis 1968, blz.297 onderaan is voor de uit het Ontwerp geweerde transportondernemer een andere mening toegedaan.

Ook Cleveringa "Zeerecht", blz.403, nt.2 gaat ervan uit dat alleen de regeling van het overeengekomen medium geldt.

dia overeengekomen zijn (7). Strikt genomen is de overeenkomst tot multimediale uitvoering voldoende. Indien echter preciseringen als plaats(en) van mediumwisseling en iedere bepaaldheid van de te gebruiken media ontbreken zal de o.g.g. zeer vaag van inhoud zijn, hetgeen het risico voor partijen van een onverwachte uitlegging door de rechter van hun overeenkomst met zich brengt.

Kenmerk van de o.g.g. is dat één vervoerder zich tot het gehele vervoer verbindt. Dit kenmerk sluit niet de mogelijkheid uit dat twee vervoerders zich hoofdelijk tot het gehele vervoer verbinden. Ook wordt daardoor niet uitgesloten dat naast de gemengd vervoerder een ander, bijv. een ondervervoerder, voor een deel van het vervoer rechtstreeks tegenover de afzender aansprakelijk is of wordt (8). Wel wordt door dat kenmerk de mogelijkheid uitgesloten dat de gem. vervoerder voor een deel zijn verbintenis ten opzichte van de afzender aan een ander - weer valt te denken aan een ondervervoerder - overdoet en dus zelf voor dat deel uit de o.g.g. "uitstapt".

II. De werking van het cameleon-systeem.

In art. 8.2.2.2 is niet uitgedrukt of de plaats dan wel de oorzaak van een schadeveroorzakend feit beslissend is voor de toepassing van de op ieder deel toepasselijke rechtsregels. Uit de art. 8.2.2.3 en 8.2.2.4 (met termen als "de omstandigheid, die veroorzaakte" en "de omstandigheid, die hiertoe leidde") blijkt dat de oorzaak de beslissende factor is (9) (10).

De in de wet geregelde mediale aansprakelijkheidsregelen noemen een aantal omstandigheden, waarvoor de vervoerder niet aansprakelijk is (bijv. 8.5.2.10 en 8.10.2.10) of waarvan vermoed wordt dat de vervoerder er niet voor aansprakelijk is (bijv. 8.10.2.8 en 8.10.2.9).

Deze omstandigheden kunnen verdeeld worden in een groep omstandigheden, waarop de afzender geen invloed heeft (bijv. navigatiefouten, gevaren der zee, oproer) en een groep omstandigheden, waarop de afzender wel invloed heeft. De in elk aansprakelijkheidsregiem bekende ontheffing terzake van "fout van de afzender"

(7) Voor het bestaan van een vervoerovereenkomst in de zin van 8.2.1 is ook geen afspraak tot gebruik van een bepaald medium vereist.

(8) Bijv. door de aanvaarding van een tussen gem. vervoerder en ondervervoerder gemaakt derdenbeding door de afzender.

(9) Art. 2 van de C.M.R., dat een reeds geldend cameleon-systeem bevat, houdt een aantal cumulatief geldende voorwaarden voor toepassing in, waardoor het C.M.R.-cameleon niet snel van kleur verschiet. Dit houdt verband met het feit dat die regeling slechts voor stapelvervoer geldt.

(10) Voor zover de schade ontstaat tijdens een before- of afterperiode ligt dit anders. Zie daarover onder V.

valt uiteraard in deze laatste groep. Echter ook omstandigheden, die verband houden met de aard of de verpakking van het goed, en een omstandigheid als verkeerde belading en stuwage door de afzender kunnen tot de laatste groep gerekend worden. Wanneer nu een verlies, beschadiging of vertraging tijdens gemend vervoer door een omstandigheid van de laatste groep veroorzaakt is en de gem. vervoerder op grond van de betreffende mediale regels niet aansprakelijk is, dan doet zich de vraag voor of de gem. vervoerder wellicht toch voor die omstandigheid als gem. vervoerder aansprakelijk is. Hier zal naar mijn mening onderscheiden moeten worden al naar gelang van de inhoud van de o.g.g. Wanneer de gem. vervoerder zich een grote mate van vrijheid heeft bedongen ten aanzien van de te gebruiken media en de te kiezen vervoermiddelen, dan zal hij eerder voor een omstandigheid als "verkeerde verpakking", "onvoldoende merken" of zelfs "eigen gebrek van het goed" aansprakelijk zijn. Hij is dan immers degeen, die de goederen voor het gekozen vervoer geschikt kon maken en de keuze van het medium en/of vervoermiddel op de hem bekende aard van het goed kon afstemmen. Indien hij daarentegen deze vrijheid krachtens de o.g.g. niet had, dan zal de afzender zelf eerder een dergelijke omstandigheid voor zijn rekening moeten nemen.

De grondslag van deze aansprakelijkheid van de gem. vervoerder dient m.i. gezocht te worden in het feit dat de afzender zijn afzenderstaken niet naar behoren kan waarnemen, wanneer hem onvoldoende gegevens verschaft worden betreffende de uitvoering van enig deel van de o.g.g. of wanneer hij niet ter plaatse aanwezig behoeft te zijn (11). Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van de gem. vervoerder overeenkomstig enig mediaal recht zal de gem. vervoerder dit "niet kunnen" van de afzender tegen zich moeten laten gelden. Zijn betreffende aansprakelijkheid is dus gebaseerd op het mediale recht en zal dus meestal dwingend rechtelijk zijn (12).

Een ander geval doet zich voor wanneer de gem. vervoerder naast zijn vervoerstaak nog een andere verplichting op zich genomen heeft bijv. het zorgen voor een zeewaardige verpakking. Indien in zo'n geval op het zeedeel schade ontstaat ten gevolge van onvoldoende verpakking, zal de gem. vervoerder ingevolge het zeerecht vrijuit gaan doch ingevolge de schending van de extra

(11) Hij behoeft immers slechts op begin en eindpunt van het gemengd vervoer aanwezig te zijn.

(12) Een dergelijke aansprakelijkheid werd ook aangenomen in de Zaanland (Hof A'dam 3.2.1966, S. & S. 1966: 40). Hoewel de K.H.L. op grond van het uitgegeven doorcognossement niet aansprakelijk was vanaf Amsterdam, moest de K.H.L. toch opkomen voor de schade op het traject Amsterdam/Rotterdam omdat zij voor een aansluitcognossement gezorgd had dat een zeevervoersverplichting bevatte niet vanaf Amsterdam maar vanaf Rotterdam.

taak aansprakelijk zijn. Deze aansprakelijkheid is echter niet van dwingendrechtelijke aard en de o.g.g. kan daarvoor derhalve een vrijtekening bevatten.

Eenzelfde mediale aansprakelijkheidsuitbreiding voor de gem. vervoerder vindt plaats wanneer de afzender zijn ontvangerstaken niet naar behoren kan waarnemen ten gevolge van het feit dat hem onvoldoende gegevens bekend zijn betreffende de uitvoering van enig deel van de o.g.g. of ten gevolge van het feit dat hij niet ter plaatse aanwezig behoeft te zijn. Ik denk hier aan ontvangerstaken als het kennis geven van verliezen of schaden als bedoeld in 8.5.2.62. Aan het niet-gebruiken door de gem. vervoerder van een ontvangersbevoegdheid als die bedoeld in 8.5.2.63 en 64 (het over een weer gelegenheid geven tot inspectie en natelling en het instellen van een gerechtelijk onderzoek) zal daarentegen geen gevolg verbonden zijn. Het bewijsvermoeden van 8.2.2.3 vormt hier voldoende waarborg voor de afzender.

Een bijzonder geval van mediale aansprakelijkheidsuitbreiding kan zich nog voordoen juist op het gebied van de mediale aansprakelijkheidsbeperkingen (collolimiet) en waarde-aangifte. Indien de afzender aan de gem. vervoerder waarde-aangifte heeft gedaan, dan zal bij schade op een zeedeel de aansprakelijkheid van de gem. vervoerder op basis van de aangegeven waarde berekend worden en niet tot 10.000 franken per collo of 30 franken per kilo overeenkomstig 8.5.2.15 beperkt zijn, ook wanneer die aangegeven waarde niet in het cognossement vermeld is. Alleen wanneer het zeedeel aan het begin van het gemengd vervoer valt en de afzender daarmee bekend is, geldt de regel van 8.5.2.15 onverkort (13) (14).

Bij schade ten gevolge van verkeerde belading of stuwage zal voor de vraag of de gem. vervoerder daarvoor op grond van het mediale recht aansprakelijk is het ervan afhangen of de belading en stuwage in de o.g.g. als apart deel (d.w.z. bij inschakeling van ondervervoerders als door de gem. vervoerder uit te voeren taak) overeengekomen is dan wel op grond van een gebruik als apart deel kan gelden. Zo kan ik mij voorstellen dat een dergelijk gebruik aangenomen wordt voor massagoed, dat over zee onder fiosbeding verscheept wordt, en voor vervoer over de binnenwateren (zie 8.10.2.40 en 8.10.2.44). Bij wegvervoer zal een dergelijk gebruik aangenomen worden voor zeer zware stukken.

Op het gebied van verjaringstermijnen biedt de opgestelde regel van mediale aansprakelijkheidsuitbreiding geen oplossing. In de Toelichting op 8.5.2.9 op blz. 1299 wordt een aparte titel omtrent

(13) Het is m.i. duidelijk dat de gem. vervoerder zijn aansprakelijkheid niet kan verkleinen door hem gegeven colli samen te voegen of in grotere eenheden zoals containers in te pakken.

(14) De gem. vervoerder zal dan ook een cognossement moeten uitgeven overeenkomstig art. 8.5.2.28.

verjaring en verval beloofd. Het is te verwachten dat in deze titel voor aanspraken tegen de gem. vervoerder een kortere verjarings/vervaltermijn opgenomen wordt dan geldt voor het mediale recht, waarop de aanspraak betrekking heeft, en dat omgekeerd voor aanspraken tegen de afzender deze verjaring/vervaltermijn verlengd wordt. Indien deze verkorting resp. verlenging niet opgenomen wordt, dreigt de gem. vervoerder, die ondervervoerders ingeschakeld heeft, "tussen wal en schip" te vallen. Theoretisch zou dit probleem ook opgelost kunnen worden - voor wat aanspraken tegen de gem. vervoerder betreft - door een verlenging van de termijn tegen de ondervervoerder zoals art. 487 K doet, maar in de praktijk zal dit weinig bevredigend werken, daar het contract met de ondervervoerder dikwijls aan ander recht onderworpen zal zijn dan de o.g.g. Zie daarover ook onder VI.

De beschreven werking van het cameleon-systeem heeft niet alleen betrekking op aanspraken tegen de gem. vervoerder maar ook op aanspraken van deze tegen de afzender. Te denken valt hier aan een schending van de plichten als bedoeld in 8.2.1.5 (goederen niet op tijd op de afgesproken plaats ter beschikking) 8.2.1.7 (nalatigheid om nodige inlichtingen over de goederen te verschaffen) en 8.2.1.8 (ontbreken van voor vervoer vereiste documenten). In deze gevallen werkt het cameleon dus in andere richting.

Bij gemengd vervoer dat een cognossementsvervoer over zee omvat, zal de vordering van de gemengd vervoerder aan de norm van 8.5.2.10, lid 3 getoetst moeten worden. Ook hier geldt de mediale uitbreidingsregel, nu echter in omgekeerde richting. Het is dan ook beter om van een mediale aansprakelijkheidsinkorting te spreken. Wanneer de afzender een van de genoemde plichten schendt omdat hij over onvoldoende gegevens betreffende de uitvoering van de o.g.g. beschikt of omdat hij niet ter plaatse aanwezig behoeft te zijn, dan zal de gem. vervoerder deze omstandigheden tegen zich moeten laten gelden bij de vaststelling van de grondheid van zijn aanspraken. Materieelrechtelijk meen ik de werking van het systeem hiermee aangegeven te hebben.

Bewijsrechtelijk heeft het systeem, voor wat betreft aanspraken tegen de gem. vervoerder, een bijzonder wettelijk steunpunt. Art. 8.2.2.3 legt de bewijslast met betrekking tot de plaats waar de omstandigheid, die het verlies, de beschadiging of de vertraging veroorzaakte, is opgekomen, op de vervoerder. Komt deze plaats niet vast te staan dan is de gemengd vervoerder aansprakelijk. Voor deze aansprakelijkheid geldt de in art. 8.2.2.4 bedoelde beperking (15).

De afzender zal uiteraard tegen het door de gem. vervoerder te

(15) Deze aansprakelijkheid wordt niet geregeld door 8.2.1.2 zoals de Toelichting op blz. 1225 onder punt 1 slot suggereert. De aansprakelijkheid van 8.2.2.3 is m.i. zelfstandig en berust hoogstens op het beginsel, waarvan 8.2.1.2 ook blijkt geeft.

leveren "plaats"-bewijs tegenbewijs mogen leveren. Problemen kunnen zich voordoen wanneer het verlies, de beschadiging of vertraging niet tijdens één deel van de o.g.g. veroorzaakt is maar gedurende meer delen. Vertraging kan gemakkelijk op meer dan één deel veroorzaakt worden. Ook beschadiging kan op meer dan één deel veroorzaakt worden. Dit laatste dient overigens wel onderscheiden te worden van het geval dat de oorzaak op één deel ontstaat maar de schade ten gevolge van die oorzaak mede op een opvolgend deel ontstaat. In al deze gevallen zal de gem. vervoerder moeten bewijzen op welke delen de schade veroorzaakt is en in welke mate op elk van die delen de totale schade veroorzaakt is (16). In deze gevallen doet zich de vraag voor welke oorzaak rechtens relevant is: die van het eerste deel of het feit dat de gem. vervoerder geen maatregelen nam om de oorzaak weg te nemen, zodra dit kon. Indien dit "zodra" viel in het opvolgend deel dan zal voor de schade die na dat tijdstip ontstond voor de ladingbelanghebbende een voordeelregel gelden analoog aan 8.2.2.4. Voor die schade geldt het voor hem gunstigste regiem.

III. Het Cameleon-systeem en de bestaande mediale regelingen. Het zinsdeel van art. 8.2.2.2 "gelden voor ieder deel van het vervoer de op dat deel toepasselijke rechtsregelen" schijnt ervan uit te gaan dat die rechtsregelen zonder meer van toepassing zijn. Dit verdient nadere beschouwing. Gelukkig is Dorrestein in zijn reeds eerder genoemde opstel "De Transportondernemer" in R. M. Themis 1968 mij hier voorgegaan voor wat betreft het thans nog geldende recht. Hij laat het zee- en binnenvaartrecht, het luchtrecht, het grensoverschrijdend wegvervoer en het spoorwegvervoer de revue passeren (blz. 290 t/m 292) en komt dan tot de conclusie dat al die regelingen mede van toepassing zijn op de verbin-tenis van de transportondernemer, die weliswaar het beoogde transportresultaat toezegt maar zich niet tot het zelf verrichten van transport verbindt. Hoewel het Ontwerp de transportondernemer niet kent (17), is zijn analyse hier toch zeer goed bruikbaar daar bij de gem. vervoerder evenals bij de transportondernemer tevoren niet vaststaat of hij het vervoer zelf verricht dan wel door een ander laat uitvoeren. Dorrestein signaleert een moeilijkheid bij de uitlegging van het Verdrag van Warschau, dat alleen op de

(16) Dus anders dan in de Zaanland (Hof A'dam 3 febr. 1966, S. & S. 1966, no. 40) beslist werd. In dat geval moest de ladingbelanghebbende, in verband met het feit dat rederij voor schade na inlading te Rotterdam niet aansprakelijk was, bewijzen dat de op einddestinatie geconstateerde schade reeds in Rotterdam bestond of het noodzakelijk gevolg was van de beschadigde conditie van de lading bij inlading te Rotterdam. Ook anders dan American Challenger (Rb. Rotterdam 27.10.70, S. & S. 1971: 53).

(17) Zie Toelichting blz. 1227 onder 3.

zgn. operating carrier van toepassing schijnt te zijn. Dit schijnprobleem blijkt echter onder goedkeuring van Mc Nair door H. Drion opgelost te zijn in die zin dat men thans aanneemt dat ook de contracting carrier onder dit Verdrag valt.

Met het spoorwegvervoer ligt het anders. Artikel 2 en 3 van de Spoorwegwet van 1875 reppen slechts van ondernemers van een spoorwegdienst. Het op deze wet steunende A.R.V. (Stb. 1966, 556 zoals gewijzigd bij K.B. van 22 april 1971, Stb. 294) kent slechts "spoorweg" en "locaalspoorweg" als degene met wie overeenkomsten voor spoorvervoer gesloten kunnen worden. Art. 2 van de Spoorwegwet verwijst naar de regeling betreffende "voerlieden, schippers en ondernemers van openbare rijtuigen" in het Wetboek van Koophandel, waarmee het huidige art. 91 e.v. K bedoeld is.

Daar deze regeling bij de invoering van het Ontwerp tot wet komt te vervallen zal de betreffende invoeringswet ongetwijfeld ook de verwijzing in art. 2 van de Spoorwegwet doen vervallen. Daarmee is het toepassingsgebied van de A.R.V. nog niet tot de verbintenis tot spoorvervoer van een niet-spoorwegondernemer uitgebreid. Toch komt met deze te verwachten aanpassing in de invoeringswet een oplossing in het zicht, daar voor zo'n verbintenis de A.R.V. voor binnenlands vervoer en de C.I.M. voor internationaal vervoer alleen nog maar als voor toepassing gereed liggend stelsel in aanmerking komt. Ik meen derhalve dat "de op dat deel toepasselijke rechtsregelen" in art. 8.2.2.2 voor spoorvervoer gelezen moet worden als "de op dat deel voor toepassing in aanmerking komende rechtsregelen".

Voor de toepasselijkheid van de A.R.V. evenals van de C.I.M. geldt het bijkomende vereiste dat een speciale vrachtbrief met de zending door de afzender aangeboden moet worden (Sp. art. 3 jo A.R.V. art. 56 en C.I.M. art. 1 jo art. 6). Hier zal, evenals trouwens bij zeevervoer onder cognossement en bij onder het Verdrag van Warschau vallend luchtvervoer, wel een onderscheid gemaakt moeten worden tussen de gem. vervoerder, die zelf door het betreffende medium vervoert en de gem. vervoerder, die het vervoer door dat medium aanneemt zonder het zelf uit te voeren. Bovendien zal onderscheiden moeten worden of het spoordeel van de o.g.g. in het begin valt of in het midden, of aan het einde valt. Valt het in het begin en is de gem. vervoerder een spoorwegondernemer, dan zal de afzender inderdaad een vrachtbrief met de zending dienen aan te bieden (18). In de overige gevallen lijkt mij dit niet vereist (19).

(18) Ik doel hier op niet door art. 2, par. 1 C.I.M. of art. 2, par. 4 C.I.M. beheerste gevallen. Uit art. 2, par. 4 C.I.M. blijkt overigens dat de C.I.M.-vrachtbrief ook voor internationaal spoorvervoer niet een wet van Meden en Perzen is.

(19) Enzo Dorrestein *ibidem*, blz. 297 echter alleen voor het

Een aanverwant probleem doet zich voor bij door het Verdrag van Warschau beheerst luchtvervoer. Ingevolge art. 9 van dat Verdrag heeft de luchtvervoerder niet het recht zich te beroepen op de bepalingen van het Verdrag, die zijn aansprakelijkheid uitsluiten of beperken, indien hij goederen zonder luchtvrachtbrief aanneemt. Deze bepaling zal naar mijn mening niet gelden in al die gevallen waarin, zoals hiervoor uiteengezet, voor spoorvervoer de aanbidding van een vrachtbrief achterwege kan blijven.

Het zelfde geldt tenslotte voor het zeevervoer onder cognossement. Ingevolge art. 8.5.2.28 dient op verlangen van de afzender een cognossement afgegeven te worden, dat voldoet aan de aldaar genoemde eisen. Deze plicht geldt m.i. ook slechts voor de gem. vervoerder, die zelf over zee vervoert en wel over het eerste deel van het gemengde vervoer. Indien dat cognossement recht op uitlevering geeft op het eindpunt van het zeedeel, dan zal het cognossement uitsluitend op naam van de afzender kunnen luiden. Voor de gemengde zeevervoerder, die het zeedeel niet zelf uitvoert, vervalt overigens niet alleen de plicht tot afgifte van een cognossement. Men kan ook veilig aannemen dat hij de in 8.5.2.8, lid 1 bedoelde zorgplichten mag nalaten, daar de ingeschakelde onder-zeevervoerder daarmee belast is (20).

Tenslotte dient erop gewezen te worden dat het cameleon-systeem van art. 8.2.2.2 zal moeten wijken voor een ander systeem, wanneer dit dwingendrechtelijk geldt. Dwingendrechtelijke bepalingen, die een dergelijke verdringende werking hebben, zijn alleen te vinden in verdragen, die selfexecuting zijn, zoals het Verdrag van Warschau, het C.R.M.-verdrag voor grensoverschrijdend wegvervoer en het C.I.M.-verdrag. Art. 31, lid 1 van het Verdrag van Warschau kan geen conflict opleveren omdat het Verdrag slechts zijn werking tot het luchtdeel uitstrekt. Art. 31,

doen vervoeren per spoor. Ik meen dat het stellen van de eis voor de zelfvervoerder bij spoorvervoer, dat niet het eerste deel is, eveneens zinloos is omdat de o.g.g. de afzender juist ontslaat van de zorg voor de organisatie van het vervoer, waaronder de zorg voor het waarnemen van de afzenders en ontvangersfunctie ten aanzien van tussenliggende mediale stukken en omdat de afzender niet over de gegevens beschikt, die in de vrachtbrief vermeld dienen te worden.

(20) Ook uit andere bepalingen van het Ontwerp blijkt dat men niet een streng onderscheid heeft willen maken tussen een verplichting om zelf iets te doen en een verplichting ervoor te zorgen dat iets gedaan wordt. Art. 8.5.2.49, lid 2 maakt de bevrachter naast de reder tot vervoerder onder het cognossement, zulks in afwijking van het thans nog geldende art. 518d, lid 2 en 518k, lid 2, dat de reder tot mede-aansprakelijke maakt. Toch zal niemand verwachten dat ingeval van 8.5.2.49, lid 2 reder en bevrachter elkaar zullen verdringen om te voldoen aan de plichten van 8.5.2.8, lid 2.

lid 2 van het Verdrag levert geen conflict op omdat deze bepaling slechts wijst op de mogelijkheid om binnen de grens van lid 1 de gelding van het verdrag voor niet-luchtvervoer uit te sluiten. Art. 18, lid 2 van het Verdrag kan evenmin conflicten opleveren omdat de aldaar bedoelde vervoershandelingen "niet-door-de-lucht" van bijkomstige aard zijn en aan de vervoerovereenkomst nog niet het karakter van een o.g.g. verlenen (21).

Art. 18, lid 3 van het Verdrag, waar sprake is van vervoer te land, ter zee of op de binnenwateren buiten een luchtvaartterrein in verband met inlading, aflevering of overlading in of uit het luchtvaartuig, kan echter wel op gespannen voet komen met art. 8.2.2.2 daar dergelijk vervoer niet meer van bijkomstige aard behoeft te zijn. Art. 18, lid 3 bevat een - ingevolge art. 32 van het Verdrag dwingend geldende - regel van bewijsrecht op grond waarvan elke schade, behoudens tegenbewijs geacht wordt het gevolg te zijn van een gebeurtenis, welke tijdens het luchtvervoer plaats had. Deze bepaling is duidelijk strijdig met het cameleon-systeem. Ogenschijnlijk behoeft een echt conflict zich niet voor te doen. Men kan immers het in art. 18, lid 3 V.W. bedoelde vervoer te land, ter zee of op de binnenwateren tezamen met het bijbehorende luchtvervoer als één deel in de zin van art. 8.2.2.2 zien. Ik meen echter dat de delen van art. 8.2.2.2 niet zo elastisch geïnterpreteerd kunnen worden. Een dergelijke interpretatie komt in strijd met de dwingendrechtelijke bepalingen van 8.2.2.3 en 8.2.2.4, die op de indeling in delen van 8.2.2.2 gebaseerd zijn. Ik meen derhalve dat het voorkeur verdient om het conflict te erkennen. Het conflict levert overigens geen enkel probleem op daar het Verdrag ingevolge art. 66 van de Grondwet vóórgaat.

Een ander conflict kan zich voordoen met de regeling van art. 2 C.M.R., waarop ik reeds onder II wees. Ook hier biedt art. 66 van de Grondwet de oplossing. Evenzo kan zich een conflict voordoen met de regeling genoemd in art. 63 C.I.M. voor spoor/zeevervoer, wanneer de vereiste inschrijving van de scheepvaartdienst overeenkomstig art. 2, par. 1 heeft plaatsgevonden, de in art. 63, par. 1 bedoelde vermelding geschied is en het spoor/zeevervoer met een spoorwegvrachtbrief uitgevoerd wordt. Dezelfde oplossing geldt ook hier.

IV. Het gemengd vervoer en de contractsvrijheid.

De Toelichting op art. 8.2.2.2 onder 3 scherpt de lezer nog eens in dat het partijen bij de o.g.g. in dezelfde mate vrijstaat hun verhouding zelf te bepalen als zij deze vrijheid zouden hebben bij afzonderlijke overeenkomsten tot enkelvoudig vervoer.

Hoewel in 8.2.1.2 de hoofdverplichting van de vervoerder als een resultaatsverplichting geformuleerd is gaat blijkens de Toelichting blz. 1227 het Ontwerp er van uit dat de aard van de ver-

(21) Zie Toelichting, blz. 1235 onder 4.

voerovereenkomst zich er niet tegen verzet dat de vervoerder zich slechts tot een zekere inspanning verplicht. De vraag doet zich nu voor tot hoever de gem. vervoerder aansprakelijkheidsontheffingen kan bedingen voor al die delen van de o.g.g., waarop geen dwingend recht van toepassing is. Wanneer tegelijk met de onderhavige bepalingen van gemengd vervoer die betreffende de overeenkomst van goederenvervoer over de binnenwateren (afd. 2 van titel 10) en het (voor het tweede stuk van boek 8) aangekondigde wegvervoersrecht en luchtrecht ingevoerd wordt, zal de gestelde vraag aan belang inboeten. Deze regelingen bevatten (of zullen vermoedelijk bevatten) dwingend recht.

Toch blijft de vraag van belang voor die delen van de o.g.g., waarop geen mediaal (dwingend) vervoerrecht van toepassing is. Ik doel hierbij in het bijzonder op perioden van opslag tussen twee niet op elkaar aansluitende mediale delen en een handeling als belading en stuwage voor zover deze als apart deel beschouwd moet worden.

Met Schadee (22) ben ik het eens dat uit de aard van de vervoerovereenkomst niet teveel afgeleid kan worden daar deze overeenkomst zich juist in zoveel gedaanten manifesteert en zich in de toekomst nog zal manifesteren. De door hem aanbevolen pragmatistische aanpak van de Engelsman, die op basis van wenselijke geachte gevolgen redeneert, geeft echter weinig houvast in het rechtsleven.

Het Hof te Amsterdam (15 november 1972, S. & S. 1973: 25) gaf onlangs de navolgende overweging: "Het staat partijen bij een vervoerovereenkomst immers vrij op hun overeenkomst expeditievoorwaarden van toepassing te verklaren". Daarbij merk ik op dat partijen wel expeditievoorwaarden met verregaande (23) aansprakelijkheidsontheffingen op hun overeenkomsten van toepassing kunnen verklaren, maar dat, afhankelijk van de overige inhoud van de overeenkomst daardoor die overeenkomst wellicht als een expeditie-overeenkomst aangemerkt zal moeten worden in plaats van een vervoerovereenkomst. Op die expeditie-overeenkomst zullen dan de bepalingen van de derde afdeling van titel 2 van toepassing zijn.

Uit het voorafgaande is allerm minst duidelijk in hoeverre de gemengd vervoerder vrij is ontheffingen voor de bedoelde tussenstukken te bedingen. Ik meen dat daarop geen algemeen antwoord mogelijk is. Wanneer het vervoer plaatsvindt in een door de afzender beladen en gestuwde container dan meen ik dat het door

(22) Zie N.J.B. 1967, blz. 154.

(23) Volgens art. 11, lid 4 van de Fenex is de expeditie slechts aansprakelijk indien de opdrachtgever bewijst dat de schade ontstaan is door opzet of daarmee gelijk te stellen schuld van de expeditie zelf.

Schadee gepropageerde (24) bewijsvermoeden, dat nu ook voor het binnenvaartrecht in art. 8.10.2.9 is vastgelegd, zeker ook als contractuele regeling voor andere delen van de o.g.g.toelaatbaar is. Tenslotte kan ik erop wijzen dat wanneer een bepaalde regeling voor een bepaalde vervoerverrichting zo gebruikelijk is dat tegenover derden met doorbreking van het beginsel van 1376 B.W. daarop een beroep gedaan kan worden, deze regeling voor die vervoerverrichting als deel van de o.g.g. ook toelaatbaar is.

V. Het Cameleon-systeem (de delen en het recht).

Het ontwerp draagt met een scherpe afbakening van de mediale vervoerrechten ertoe bij om de mediale delen van een o.g.g.te vinden. In het bijzonder doel ik hier op de preciese uiteenrafeling van zeerecht en binnenvaartrecht in de artikelen 8.5.2.1 en 8.10.2.1. Als logische consequentie van de in die artikelen gevolgde indeling staat op blz. 1294 van de Toelichting onder punt 7: "De regeling van het ontwerp brengt ook het vervoer per lichter van of naar een op zee liggend kangoeroeschip buiten het bereik van het zeerecht".

Het is de vraag of dit lichtervervoer ook buiten het bereik van het Brussels Cognossementsverdrag valt (25). Tot nog toe is het Verdrag in de daarbij aangesloten staten nog niet zo uitgelegd dat de woorden "over zee" in art. 1b en 1d "slechts over zee" zou zijn. Toch wordt in art. 8.5.2.1, lid 1 in beginsel het Nederlandse zeevervoersrecht (26) tot vervoer "slechts over zee" beperkt. Daaraan wordt in lid 2 een wettelijke fictie toegevoegd, die voor wat betreft conventionele schepen weer tot de gebruikelijke opvatting omtrent zeevervoer leidt dat n.l. het zeevervoer niet ophoudt zodra een zeeschip op weg naar een loshaven op binnenwateren komt. Door deze constructie van het Ontwerp komen de niet conventionele kangoeroeschepen met lashbakken echter geheel anders in de indeling terecht dan de conventionele schepen. Ik meen dat dit niet in overeenstemming is met het verdrag. Daarbij wijs ik op de definitie van "schip" in art. 1d, waarin gesproken wordt van elk vaartuig, en wijs ik vervolgens op art. 1e op grond waarvan het vervoer van goederen de tijd dekt verlopen van de inlading der goederen aan boord van het schip tot de lossing ervan uit het schip.

Het valt niet in te zien waarom aldaar onder schip het kangoeroeschip en niet de lashbak, toch evenzeer schip in de zin van art. 1d van het Verdrag, verstaan zou moeten worden.

(24) Zie N.J.B.1966, blz. 952.

(25) Indien dat lichtervervoer wel tot het geldingsgebied van het Verdrag gerekend dient te worden zou Nederland door in 8.5.2.1 en i.10.2.1 een daarmee strijdige regeling te geven niet voldoen aan haar uit het verdrag voortvloeiende volkenrechtelijke plichten.

(26) Waaronder het dwingende, op het Verdrag gebaseerde, recht.

In art. 1d en 1e wordt met schip elk vaartuig bedoeld, maar de wijze van gebruik van dat vaartuig wordt in het midden gelaten. Toegegeven kan worden dat men bij het gebruik van schepen niet anders dan aan varen gedacht zal hebben, maar het dan bedoelde vaargebruik is niet uitgedrukt, zoals nu wel gebeurd is in art. 8.5. 2.1, lid 2.

Jurisprudentie betreffende lossing vanuit een zeeschip, dat op rede ligt, in door de reder aangevoerde lichters legt voor het onderhavig probleem weinig gewicht in de schaal. Daar wordt immers de lading gelost en, zo kan gesteld worden, eindigt het in art. 1e van het Verdrag bedoelde vervoer. In het kangoeroe/lash geval wordt niet de lading maar het schip zelf gelost. Dat is in het Verdrag niet voorzien.

Enigszins vergelijkbaar is de in Lloyds Law Reports (1969), Vol. 2, blz. 277 t/m 308 gepubliceerde uitspraak van de Canada Exchequer Court (Quebec Admiralty District) van 16 mei 1969 inzake het schip Crosbie. De Crosbie vervoerde een tractor en een generating set van Montreal naar een baai met de toepasselijke naam Deception Bay. Aldaar werden tractor en generating set van de Crosbie gelost op een lichter, die de Crosbie speciaal voor laad en loshandelingen aan boord had. Vervolgens zou de lichter met lading naar de wal varen, waar de ontvanger de lading van de lichter in ontvangst zou nemen. Zo ver kwam het echter niet want spoedig na overlading op de lichter raakten tractor en generating set te water door een fout van de bemanning van de Crosbie. In het voor de lading afgegeven cognossement was de Water Carriage of Goods Act 1936 (Canada) van toepassing verklaard, was voorts een uitvoerige "libertyclause for lighterage" opgenomen, en was aansprakelijkheid voor schade na lossing van het schip uitgesloten. De ladingeigenaar claimde volledige schadevergoeding. De reder stelde in de eerste plaats geen schuld te hebben aan het ongeval en bepleitte toepasselijkheid van (de aansprakelijkheidslimiet tot \$ 500 per unit in) de Water Carriage of Goods Act.

Kerr J. besliste als volgt:

"In the present case the carrier carried barges on the Crosbie for use in lightering cargo from that ship to shore, and it used the barges for that purpose. It was bound to lighter the goods by its contract of carriage. In that situation, it is my view that the Rules applied to the lightering. The lightering should be considered as a part of the discharging operation, but even if the discharging of the goods concerned from the Crosbie was completed when they were put on the barge, the barge was a ship used by the carrier in performing its obligation to carry the goods by water under the contract of carriage covered by the bill of lading and consequently, in my view, the Rules applied to that portion of the carriage."

en wees de vordering, echter met beperking tot 2 x \$ 500 toe. De parallel met het kangoeroeschip is dat ook hier de barges aan

boord van het moederschip waren. Verschillend is dat in de Crosbie-zaak de goederen wel gelost werden van het moederschip en verschillend is dat in Deception Bay vermoedelijk van lichters gebruik gemaakt moest worden vanwege de plaatselijke gesteldheid (dat is niet met zoveel woorden in de uitspraak te vinden) terwijl in het geval van een kangoeroeschip de lossing van de lading in lichters noodzakelijk uit de door de rederij toegepaste vervoer-techniek voortvloeit.

Ik meen dat het aan ernstige twijfel onderhevig is of de Nederlandse wetgever, gezien het Brussels Cognossementsverdrag, het lichtervervoer van en naar op zee liggende kangoeroeschepen aan het zeerecht kan onttrekken (27).

Zou dit wel kunnen, dan doet zich bovendien nog de vraag voor of dit lichtervervoer als vervoer over de binnenwateren onderworpen is aan afd. 2 van titel 10 of dat dit lichtervervoer geen eigen gedaante krijgt en binnen before- and afterperiod valt, waarvoor aansprakelijkheid ingevolge art. 8.5.2.13 volledig uitgesloten kan worden. Het zal er van afhangen of het lichtervervoer als een "short range moving of an auxiliary nature" (28) gezien kan worden. Van een "auxiliary nature" zal m.i. geen sprake zijn bij lichtervervoer naar en van op zee liggende kangoeroeschepen, zodat ik dan meen dat het binnenvaartrecht van toepassing is.

Onder IV wees ik reeds op moeilijk onder te brengen tussenstukjes, die ontstaan, wanneer de mediale delen niet direct op elkaar aansluiten. Dergelijke tussenstukjes zijn de before- and afterperiod uit de gelijknamige in het zeevervoer wel bekende clause. De vraag is of deze perioden tot het zeedeel gerekend moeten worden. Het belang van de vraag is dat voor deze perioden een volledige aansprakelijkheidsuitsluiting bedongen pleegt te worden. De afzender kan hier dus in een "gat" vallen. Van belang is daarbij bovendien dat 8.5.2.13 in navolging van art. 7 Bruscon de vrijtekeningsmogelijkheid als dus formuleert dat deze ook betrekking kan hebben op schade die veroorzaakt zijn door verzuimen van de vervoerder in de periode dat de goederen nog aan boord waren maar die eerst daarna opgekomen zijn (29). Hiermee wordt het idee dat het punt van schadeveroorzaking beslissend is voor de vaststelling van de aansprakelijkheid, welk idee juist ten grondslag ligt aan het Cameleon-systeem (30) doorbroken.

Wanneer de o.g.g. daar zelf over zwijgt, zal aan de hand van de

(27) In de praktijk zal dit probleem wellicht niet zo'n rol spelen omdat de kangoeroediensten in haar cognossement juist de toepassing van de Hague Rules van inlading in lichter tot lossing uit lichter plegen te bedingen.

(28) Zie Toelichting 1235, onder 4.

(29) Jurisprudentie als H.R. 28.4. '61, S. & S. 1961: 29 (Wsselarrest) zal daarmee haar betekenis verliezen.

(30) Zie hierboven onder II.

feiten beslist moeten worden of van een before- and afterperiod behorende bij het zeedeel sprake kan zijn. Als het in een bepaalde "trade" gebruikelijk is om het beding te maken (31), dan zal het beding ook in de o.g.g.gelden, wanneer het gebruik tenminste voldoende sterk is om 1376 B. W. te doorbreken.

Uitgaande van de gelding van een before and after clause in een o.g.g. zal nog vastgesteld moeten worden hoelang deze perioden kunnen gelden. Naar mijn mening zal de naperiode in ieder geval verstreken zijn zodra de "vrije" periode van opslag (waarvoor geen opslagkosten berekend worden) na voorafgaand zeevervoer verstreken is. Daar deze "vrije" periode in sommige trades zeer lang is, is de door mij opgestelde norm zeker niet omkeerbaar (32).

Wat na een verstreken before of after periode geldt zal aan de hand van de o.g.g. vastgesteld moeten worden. Indien de o.g.g. zwijgt zal n.m.m. het regiem van afdeling 1 van titel 2 (overeenkomst van goederenvervoer in het algemeen) gelden. Dit laatste geldt ook voor andere tussenstukjes zoals de handeling van het beladen en stuwen, voor zover deze als apart deel van de o.g.g. beschouwd moet worden (zie hierboven onder II).

VI. De gem. vervoerder en ondervervoerders.

Bijna steeds zal de gem. vervoerder voor de uitvoering van een o.g.g. ondervervoerders inschakelen. In beginsel moet het voor de afzender en ten aanzien van het op de o.g.g. toe te passen recht geen verschil maken of uitvoering door de gem. vervoerder zelf of ondervervoerders plaatsvindt. Hierboven zagen wij reeds dat dit beginsel bij enige mediale systemen op het gebied van de documentatie doorbroken wordt.

Voor de gem. vervoerder zal de o.g.g. echter wel degelijk verschillende resultaten kunnen opleveren voor het geval hij zelf vervoert en voor het geval hij het vervoer uitbesteedt. In het laatste geval kunnen gemakkelijk verschillen in de twee contractslagen ontstaan. Door een voldoende specifieke verwijzing in de o.g.g. naar de voorwaarden van de ondervervoerders kunnen de belangrijkste verschillen vermeden worden. Toch zullen andere blijven bestaan. Zo'n verschil kan ontstaan door de toepassing van vreemd recht op de met ondervervoerders afgesloten vervoerovereenkomst.

(31) In het cognossementsvervoer op de U.S.A. komt het beding niet voor, daar de reders juist belang hebben bij de voortduring van de Cogsa ter vervanging van de Harteract.

(32) De Rechtbank te Amsterdam (6.1.56, S. & S. 1960: 1) oordeelde in een geval van een lange vóórperiode dat de besloten overeenkomst zowel tot vervoer als tot bewaarneming strekte, in verband waarmee een beroep op de "before" ontheffing niet opging. De tekst van de betreffende cognossementsclausule blijkt niet uit de uitspraak. Wellicht dat daarom de uitspraak niet het trefwoord "clause before and after" gekregen heeft.

sten. Weliswaar kan de gem. vervoerder trachten om discrepanties zoveel mogelijk te vermijden door in de o.g.g.te bedingen (33) dat het recht dat van toepassing is op de ter uitvoering van de o.g.g.te sluiten vervoerovereenkomsten tevens van toepassing is op het betreffende deel van de o.g.g., maar alle discrepanties kunnen daarmee niet vermeden worden. De gem. vervoerder zal er immers vanuit moeten gaan dat hij door de afzender steeds voor de rechter van zijn woonplaats gedaagd kan worden. Het is m.i. ondoenlijk om te bedingen dat de afzender, al naar gelang het deel van de o.g.g., de gem. vervoerder slechts kan dagen voor de rechter, die bevoegd is kennis te nemen van de vordering die de gem. vervoerder in vrijwaring tegen de betreffende ondervervoerder heeft. Indien al een dergelijk geding enigszins sluitend geformuleerd zou kunnen worden, dan lijkt het toch uiterst dubieus of de rechter van de woonplaats van de gem. vervoerder een tegen hem gerichte vordering op grond daarvan niet ontvankelijk zal verklaren. De gem. vervoerder zal dus met een ander forum voor zijn vrijwaringsvordering rekening dienen te houden dan het forum, dat voor aanspraken van de afzender bevoegd is (34). Hoewel de bevoegde rechter in de hoofdzaak en de bevoegde rechter in de vrijwaring in beginsel hetzelfde recht zullen moeten toepassen, wanneer tenminste hetzelfde recht in o.g.g. en ondervervoerovereenkomst bedongen is, zal deze rechtstoepassing toch dikwijls verschillend uitvallen. Sommige rechters zullen zelfs een rechtskeuze negeren (35). Discrepanties in rechtstoepassing blijven dus inhaerent aan het inschakelen van ondervervoerders voor buitenlandse trajectdelen. Het daaraan voor de gem. vervoerder verbonden risico is nauw verwant aan het debiteurenrisico dat de gem. vervoerder toch ook voor ingeschakelde ondervervoerders blijft lopen.

De bedoelde discrepanties kunnen er ook toe leiden dat de gem. vervoerder met betrekking tot een schade tegenover een ondervervoerder meer rechten heeft dan de afzender tegenover de gem. vervoerder kan doen gelden. In zulke gevallen ligt de toepassing van een regel, als in 8.2.3.3, lid 2 voor de expeditieovereenkomst is neergelegd, voor de hand. Ik meen dat deze regel als optie voor de afzender ook in afdeling 2 van titel 2 opgenomen zou dienen te worden. Voor de ondervervoerder maakt het geen verschil of hij

(33) Ik meen dat een dergelijk beding niet een ongeoorloofde *dépeçage* zou zijn. (Zie Haak, R.M.Themis 1971, p.114).

(34) Theoretisch is nog denkbaar dat de gem. vervoerder in iedere ondervervoerovereenkomst het eigen forum als uitsluitend bevoegd bedingt, maar de door dat forum te wijzen vonnissen zouden dikwijls moeilijk tegen de ondervervoerder te executeren zijn.

(35) Bijv. de Belgische rechter t.a.v. cognossementsvervoer vanuit Belgische havens en de U.S.-rechter t.a.v. cognossementsvervoer vanuit en naar U.S.A.-havens.

door de afzender bij de o.g.g. op grond van een regel als 8.2.3.3, lid 2 (waaraan hij bij expediteurs als opdrachtgever toch zal wenen) of als cessionaris aangesproken wordt. De afzender zal echter, wanneer hij van de optie gebruik maakt een verklaring houdende volledige kwijting voor al zijn uit de o.g.g. voortvloeiende vorderingen aan de gem. vervoerder dienen te overhandigen alvorens de door de gem. vervoerder af te geven verklaring dat tussen afzender en gem. vervoerder een o.g.g. bestond, in rechte gevorderd kan worden. Wel dient de afzender te beseffen dat hij, na van de optie gebruik gemaakt te hebben, de gem. vervoerder in het geding tegen de ondervervoerder niet meer in vrijwaring kan roepen. Het belang van een dergelijke vrijwaringsvordering zal dikwijls pas blijken uit het door de ondervervoerder gevoerde verweer. Het is dan echter te laat voor de afzender om op de gedane keuze terug te komen.

1. Het raadplegen van literatuur en rechtspraak inzake expeditie brengt menigeen niet verder dan de bekende verzuchting van KUIN na het horen van een oratie te Londen: I'm still confused, but on a much higher level. Oorzaak hiervan is wellicht, dat de expediteur van 86 K in een spraakverwarring is geboren. De vaste commissie uit de Tweede Kamer maakte in 1825 over het opschrift "van expéditeurs" in het ontwerp-wetboek van koophandel de opmerking: L'intitulé "Des expéditeurs" n'est pas exact. L'expéditeur est celui qui envoie la marchandise; - et ici il est question de ceux qui se chargent de transporter la marchandise à sa destination. Het opschrift bleeg gehandhaafd, n'en déplaise het Franse voorbeeld.

In de openbare zitting van de Tweede Kamer van 11 februari 1826 stelde de afgevaardigde HOOFT vast, dat onder het woord "expediteur" voortaan zou moeten worden verstaan: iemand die zich belast met wat in Amsterdam een cargadoor op zich neemt. Op deze grond achtte de afgevaardigde het ontwerp aanvaardbaar.

Nadien werd in literatuur en rechtspraak naast de vervoerder en de expediteur een plaats ingeruimd voor de transportondernemer (1). Voor velen is daardoor de verwarring vergroot. Zal nu, na anderhalve eeuw, afdeling 8.2.3. N.B.W. de balie tot de bedelstaf brengen?

2. Het opschrift van afdeling 8.2.3. luidt "overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen". Aldus is aangegeven, dat het ontwerp niet pretendeert een regeling van de "expeditie-overeenkomst", in de zin van wat daaronder tegenwoordig wordt begrepen, te bieden (2). Uit de tweede inleidende opmerking inzake de algemene bepalingen van het ontwerp valt nochtans het vermoeden te putten, dat oorspronkelijk aan SCHADEE wel een regeling van de

(1) J.A. Levy, Transportonderneming, W.4037; L.S. Hollander, Het expeditiecontract naar Nederlands recht, prf Leiden 1892, p.17; Th.H.J. Dorrestein, De transportondernemer, Themis 1968, p.283; T.J. Dorhout Mees, Kort begrip van het Nederlands handels- en faillissementsrecht, 5e druk, 8.51; Hof Leeuwarden 17 V 1876, W.4029.

(2) Zie T(oelichting), inleidende opmerking 4 bij afdeling 8.2.3.

expeditie-overeenkomst voor ogen heeft gestaan. Maar wat is expeditie?

In het systeem van het ontwerp zou in het eerste artikel van de afdeling de omschrijving van de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen mogen worden verwacht. Nu deze omschrijving ontbreekt moet zij worden geput uit artikel 8.2.3.1. Rekening houdende met artikel 8.2.1.1. kan de omschrijving als volgt worden geformuleerd:

De overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen is de overeenkomst, waarbij de ene partij (de expediteur) zich tegenover de andere partij (de opdrachtgever) verbindt tot:

het doen vervoeren van zaken;

of: het voor deze als afzender sluiten van een overeenkomst tot het vervoeren van zaken.

Volgens de toelichting (3) hebben de beide formuleringen gelijke betekenis. Doen vervoeren anders dan krachtens daartoe gesloten vervoerovereenkomst, bijvoorbeeld onder militaire dwang, valt buiten de werkingssfeer van afdeling 8.2.3.

Het ontwerp prefereert de term "opdrachtgever", die ook in Fenex-condities (4) wordt gebruikt, boven de term "lastgever". Hieruit dient echter niet te worden geconcludeerd, dat wel artikel 7.7.1.1. - opdracht in het algemeen - en niet artikel 7.7.2.1. - lastgeving als vorm van opdracht, waarbij een rechtshandeling moet worden verricht - op de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen van toepassing zal kunnen worden. Integendeel, de verwijzing in de toelichting naar de Fenex-condities geeft a contrario aan, dat voor de verplichting tot het doen vervoeren het omtrent lastgeving bepaalde zal gelden. Derhalve verdient bij het hierboven gegeven alternatief voor een omschrijving van de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen de tekst, waarin het sluiten van een overeenkomst wordt genoemd, de voorkeur.

(3) T. inleidende opmerking 5.

(4) Algemene Voorwaarden der Federatie van Nederlandse Expeditieorganisaties (Fenex), gedeponneerd ter Griffie van Rbb. Amsterdam, Arnhem, Breda en Rotterdam op 15 III 56. Bij de Fenex zijn aangesloten de Vakgroep expediteurs der Scheepvaartvereniging Noord, de Vereniging Oostgrens Expeditie, de Vereniging Zuidgrens Expeditie, de Vereniging van Expeditie te Rotterdam en de Nederlandse Vereniging voor Luchttransport. Van deze organisaties zijn ongeveer 220 zich expediteur noemende ondernemingen lid. Dat zijn volgens getuigendeskundigen voor Rb Amsterdam 16 I 72 nagenoeg alle Nederlandse expediteurs (niet gepubl.). Ook enige niet-leden der organisaties verklaren de Fenex-condities op hun werkzaamheden van toepassing.

3. Heeft men vastgesteld, dat de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen is de overeenkomst, waarbij een expediteur zich tegenover een opdrachtgever verbindt tot het voor deze als afzender sluiten van een overeenkomst tot het vervoeren van zaken, dan rijst als eerste Nederlandse vraag: ook als dit sluiten van de vervoerovereenkomst om niet geschiedt? Wil men een volledig overzicht hebben, dan dient de vraag beantwoord te worden in het kader van het volgende schema:

- I doen vervoeren tegen vergoeding en vervoeren tegen vergoeding;
- II doen vervoeren tegen vergoeding en vervoeren om niet;
- III doen vervoeren om niet en vervoeren tegen vergoeding;
- IV doen vervoeren om niet en vervoeren om niet.

Geval I levert geen moeilijkheden op. Men zie de artikelen 8.2.1.11. en 8.2.3.9. Het valt moeilijk te betwisten dat voor alle burgers bij deze daden van koophandel de afdeling van toepassing is. Wordt voor het vervoer geen tegenprestatie bedongen - geval II - en kan nochtans met recht van een vervoerovereenkomst gesproken worden, dan is er evenmin reden om de overeenkomst tot het doen vervoeren tegen vergoeding als buiten het ontwerp vallende te zien (5). Deze casus, waarbij B (expediteur) met A (opdrachtgever) afsprekt tegen een vergoeding zich te belasten met het sluiten van een vervoerovereenkomst met C (vervoerder) zonder recht op vracht voor C te scheppen, heeft wellicht weinig praktische betekenis. Is C een chauffeur in dienst van D, die een cabine-vriendendienst jegens B de vorm van een vervoerovereenkomst geeft?

Geval III komt in de praktijk vaker voor. B gaat uitdrukkelijk in op het verzoek van A om - zonder recht op vergoeding - een pakje ter post of bij een bode te bezorgen en B verzendt dit al of niet op eigen naam. In de toelichting op het ontwerp wordt - evenals in artikel 7.7.1.6. - ervan uitgegaan, dat de expediteur een vergoeding ontvangt en wordt overigens slechts de vraag besproken of het relevant is in welke vorm die vergoeding aan A in rekening wordt gebracht (6). Mogelijk is dat B een vergoeding (rabat) van C ontvangt en aldus in wezen zijn prestatie voor A toch beloond ziet. Hie dit alles ook zij, een aanwijzing om de afdeling 8.2.3. voor de relatie tussen A en B geheel buiten beschouwing te laten, als B toezegt zijn bemiddeling om niet te verlenen, ontbreekt. Voor een mitigatie van de zorgplicht, zoals deze voorkomt in artikel 1838 lid 2 en 1743 jo 1744 B.W., pleiten overigens dikwijls de feitelijke omstandigheden.

(5) T. 8.2.1.1. (4).

(6) T. 8.2.3.1. (2,3); Hollander, p.37; Vergelijk: R. Rodière, *Droit des transports*, 1331; D.J.Hill, *Freight Forwarders*, 109; Dorrestein, p.293.

Is in het gegeven voorbeeld het postkantoor als B daar arriveert, reeds gesloten en brengt B zelf dan het pakje naar de bestemming, verzoekt hij A vervolgens om hem een bedrag te voldoen, dat aan C verschuldigd zou zijn geweest, dan kan A een beroep doen op artikel 8.2.3.1. wegens Selbsteintritt door B.

Als conclusie uit de antwoorden op de casus II en III te trekken, dat ook in geval IV niets aan het toepassen der bepalingen inzake de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen in de weg staat, gaat niet te ver. B belooft A een bepaalde zending op een bepaald tijdstip om niet te zullen verzenden naar een bepaalde bestemming; B zal daartoe een overeenkomst van vervoer om niet met C - zijn vriend de chauffeur - sluiten. Quid wanneer de zaak niet wordt afgeleverd in de staat, waarin deze ter beschikking is gesteld? Nu zowel tussenpersoon als vervoerder belangeloos hebben gehandeld, het commercieel element in beide overeenkomsten heeft ontbroken, dient zelfs dan afdeling 8.2.3. nog van toepassing te worden geacht? Mits met handhaving van de mitigatie van de zorgplicht (7) schijnt niets zich daartegen te verzetten. Deze opvatting confligeert althans niet met enig artikel der afdeling.

4. De gegeven omschrijving van de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen - als ware deze art. 8.2.3.0. van het ontwerp - woord voor woord volgend, komt men eerst voor de vraag te staan wat dient te worden verstaan onder "doen vervoeren". Het is: de bezorging van het vervoer, waartoe men rechtstreeks of door bemiddeling van een tussen-expediteur een of meer overeenkomsten met een of meer derden moet afsluiten, waarbij deze derden zich tot het bewerkstelligen van het door de opdrachtgever gewenste vervoer of een gedeelte daarvan verbinden (8). Noch de tekst van het ontwerp noch de toelichting daarop geeft aanleiding om deze vertaling van het "doen vervoeren" van art. 86 K niet tevens te gebruiken voor het N.B.W. Ook MOLENGRAAFF (9) en HOLLANDER (10) stellen doen vervoeren met bezorging van het vervoer gelijk. WACHTER (11) meent, dat het om "regelen" van het vervoer gaat. HILL (12) ziet eveneens aldus de taak van de internationale expediteur: to arrange transportation. In het "doen" ligt het verrichten van die werkzaamheden alsmede van die rechtshandelingen besloten, welke noodzakelijk zijn om derden tot het door de opdrachtgever gewenste vervoer te brengen.

(7) Asser-Kamphuisen p. 725.

(8) Hof Amsterdam 6 I 66, SS 68-83.

(9) Leidraad Nederlands Handelsrecht, p. 894.

(10) p. 46.

(11) B. Wachter, De beurtvaart, prf Utrecht 1959, p. 129.

(12) pp. 22 en 159.

Implicite werd hierboven reeds erkend, dat het doen vervoeren ook middellijk kan geschieden. De expediteur kan een derde doen vervoeren. Immers, het in art. 89 K bepaalde - het instaan voor tussenexpediteurs - vloeit volgens de toelichting (13) voort uit het gemene recht. In het ontwerp werd geen bijzondere bepaling inzake middellijk doen vervoeren opgenomen.

Het is echter de vraag of de uit de aanhef van art. 1840 B.W. af te leiden stelling kan worden gehandhaafd, indien art. 7.7.1.5. - met als uitgangspunt, dat de overeenkomst van de opdracht intuïtu personae wordt aangegaan - ongewijzigd van kracht wordt. De wetgever hoede zich ervoor de expediteur tussen wal (Boek 7) en schip (Boek 8) te laten vallen. Dit zal - nu in afdeling 8.2.3. de rechten en plichten van de expediteur slechts ten dele zijn geregeld - zeker gebeuren, indien onder de in artikel 7.7.1.1. geëlimineerde verrichtingen niet slechts het vervoeren van zaken, doch ten onrechte tevens het doen vervoeren van zaken wordt gerekend. Excepties dienen eng te worden geïnterpreteerd.

Een tweede opmerking over "doen vervoeren" blijft ter vermijding van misverstand niet achterwege. De aangehaalde woorden worden voorafgegaan door een lidwoord. Er is sprake van een overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen, niet van een overeenkomst tot doen. De uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis behoeft er ipso iure derhalve geen om iets te doen te zijn; zij kan ook strekken tot het geven van iets. Art. 8.2.3.3. legt de expediteur een plicht op documenten ter beschikking van de opdrachtgever te stellen. Men late zich niet door het woord "doen" misleiden. Het kan, zoals ook in de toelichting (14) geschiedt, vervangen worden door "laten".

5. Meer dan een eeuw geleden vertelde RIETHEUVEL van zijn vinding, de onderaardse schietblaasbalg, aan HILDEBRAND. Langzamer nog dan de ontwikkeling van de techniek was de ontwikkeling van het transportrecht. Het begrip vervoeren kwam eerst rond 1920 los van aanneming van werk (15).

In het ontwerp wordt definitief het vereiste van feitelijk Varen en Rijden, van voerman of schipper zijn, los gelaten. Vervoerder is degene, die zich verbindt te vervoeren (art. 8.2.1.1.). Irrelevant is daarbij de eigendom van het vervoermiddel: het kan eigendom des vervoerders zijn, maar deze kan het ook gehuurd of gestolen hebben. Degene, die zich verbond tot vervoeren kan op zijn beurt als "indirect carrier", contractueel vervoerder, een derde

(13) T. inleidende opmerking 3.

(14) T. 8.2.1.1. (2).

(15) Wachter, p. 130.

het feitelijk vervoer doen verrichten (16). Evenwel, hij wordt dusdoende geen expeditie-expediteur. Dominant is namelijk zijn betrekking tot de afzender

Vervoeren van goederen is verplaatsen van goederen. Het ontwerp volgt, terecht, niet het onderscheid tussen transport en déplacement, dat Unidroit in zijn ontwerp voor een verdrag inzake de expeditie-overeenkomst (17) aanbracht. Daar is een déplacement een door de expeditie-expediteur te verrichten accessoire prestatie en geen vervoer. Zo zou in concreto het door een luchtvrachtexpediteur overbrengen van zaken van Amsterdam naar Schiphol, opdat deze aldaar door hem aan een vervoerder door de lucht zou kunnen worden overgegeven, geen Selbsteintritt zijn als bedoeld in art. 14 Unidroit, maar een prestatie vallende onder art. 13.

Vervoeren veronderstelt het gebruik van een transportmiddel. Zal de stok van de veedrijver door velen als zodanig te licht worden bevonden, degenen die niet te zeer de erflast van de locatio/conductio meevoeren zullen wellicht de boom van de houtvlotter reeds van voldoende gewicht achten. Auto-mobiel behoeft een vervoermiddel niet te zijn.

De exploitant van een pijpleiding is in de gelederen der vervoerders opgenomen. Ziet men nu het overpompen van wijn nog in de werkingssfeer van de expeditie-expediteur liggen (18), na invoering van Boek 8 zal mogelijk verdedigd worden, dat dit déplacement door een korte pijpleiding een vervoershandeling is.

Vervoeren vindt niet slechts horizontaal plaats. Er zijn bijvoorbeeld ondernemingen, die goederenliftten huren en deze als vervoerder exploiteren.

"Doen vervoeren" is mitsdien het sluiten van een overeenkomst tot het met een transportmiddel verplaatsen van zaken. Deze behoeven daartoe niet door de vervoerder te worden overgenomen. De vervoerder verbindt zich slechts jegens de expeditie-expediteur tot verplaatsing. Dit abstraheren van het feitelijk vervoeren, het doen voortbewegen van een vervoermiddel (19), brengt de vervoerder ogenschijnlijk dichter bij de expeditie-expediteur. De quaestio facti zal onder vigueur van Boek 8 waarschijnlijk niet aan betekenis inboeten. Hoe de grens te trekken tussen enerzijds degenen, die zich zonder zelf in het bezit van transportmiddelen te zijn

(16) Vergelijk: Verdrag van Guadalajara (Trb. 1962, 37), art. I; T. 8.2.1.1. (2).

(17) Projet de convention relative au contrat de commission en matière de transport international de marchandises, 1965, art. 1 lid 3.

(18) Rb Amsterdam 23 VI 71, SS 72-33.

(19) Rb Assen 3 V 70, SS 70-55.

verplichten tot vervoeren en dit vervoer door derden laten verrichten en anderzijds degenen, die zich jegens hun opdrachtgever verplichten om voor deze met derden vervoerovereenkomsten te sluiten? Tussen hen, die bij wijze van spreken laten vervoeren en hen, die doen vervoeren? Hieronder wordt getracht een begin van antwoord te geven.

6. Nog steeds het denkbeeldig artikel 8.2.3.0. volgend, ziet men zich voor de vraag gesteld wat "goederen" zijn. Zaken, zonder uitzondering. Ook geld, verhuisgoed, lijken en poststukken. Dat op het vervoer hiervan bijzondere regelingen van toepassing zijn of het vervoer ervan niet binnen de werkingssfeer van bepaalde verdragen (20) inzake overeenkomsten van internationaal vervoer valt, is van geen invloed op art. 8.2.3.0.

7. De ene partij bij de overeenkomst tot het doen vervoeren is - bijna uit het gareel van artikel 1376 B.W. lopend en knipogend naar artikel 101 C.de C. en artikel 401 Schweizerisches Obligationenrecht - de reeds onder 2. genoemde opdrachtgever. De expediteur verbindt zich "voor deze" jegens de vervoerder. Aan de geciteerde woorden komt geen zelfstandige betekenis toe. Men zie ook avant la lettre *SNIJERS* (21), die via het bekende artikel van *MEIJERS* uit 1919 (22) het fundament aanwijst voor de actie van de ladingbelanghebbende tegen de vervoerder.

Men kan de woorden "voor deze" slechts als noodzakelijk zien als voorkomen moest worden, dat B zich tegenover A zou verbinden om met C een vervoerovereenkomst te sluiten voor D. Ten behoeve van D mag A echter met B overeenkomen wat hem goeddunkt. De bepalingen van afdeling 8.2.3. verzetten zich daartegen niet. Wil men het "voor deze" lezen als: in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van A, dan dient niet uit het oog te worden verloren, dat nu juist bij "expeditie" aan die vertegenwoordigingsbevoegdheid van B geen grote betekenis kan worden toegekend. B staat zeer zelfstandig in contractuele relatie met C. Hij verkrijgt veelal eigen rechten, die niet op A overgaan. Een duidelijk voorbeeld is het reeds eerder genoemde rabat-beding (23).

(20) Vergelijk: Verdrag van Warschau (zie K.B. 12 VII 33, S 365), art. 2; CMR (Trb 1957, 84), art. 1, lid 4, Cognossementsverdrag 1924 (Trb 1953, 109) art. 1 sub c.

(21) W. Snijders, De expediteur als tussenpersoon bij zeevervoer en de positie van de cognossementshouder, Themis 1969, pp. 5-8, 21 v.

(22) E.M. Meijers, W.P.N.R. 1919 nrs 2603 en 2604.

(23) T 8.2.3.3. (3) slot. Vergelijk voorts Asser-Kamphuisen p. 712 v. inzake lastgeving en vertegenwoordiging.

Het tussenvoegen van de woorden "als afzender" kan slechts tot doel hebben te vermijden, dat de expeditie die een overeenkomst tot het vervoeren van zaken sluit, zelf als een vervoerder zou kunnen worden gezien. Afzender nu is de benaming voor de wederpartij van een vervoerder (24). De expeditie is in de praktijk dikwijls geadresseerde van zaken, die zijn opdrachtgever als zogenaamde afroepzending naar zich toe laat reizen. Zie verder onder 14.

Redactioneel is het moeilijk voor de woorden "als afzender" een betere plaats dan de gekozen te vinden. Het risico dat men ten onrechte voor-deze-als-afzender zal lezen is te verwaarlozen. Komma's kunnen geen verbetering brengen. Plaatsing van de geciteerde woorden voor of na "te sluiten" is geen fraai alternatief.

8. De laatste term uit artikel 8.2.3.0., die aandacht verdient, is "de expeditie". Hoewel het woord anders doet vermoeden komt men er niet zo eenvoudig mee uit de voeten. VAN DALE zegt dat hij is een "verzender (van goederen)". Volgens de toelichting dient men in het ontwerp te lezen "hij, die zich jegens zijn wederpartij verbindt voor deze goederen te vervoeren". De expeditie doet slechts vervoeren; hij doet maar. Dat is dan een expeditie in enge zin. De toelichting geeft opsommingen van Unidroit en de FIATA en verwijst naar enige uitspraken, waarin nog andere handelingen van de door deze opgesomde tot die van een expeditie in ruime zin worden gerekend. Daartoe behoren ook: het overpompen van wijn (18), het stufen en strippen van containers, het bulkbreken (degrouperen) op luchthavens, het neutraal maken van transit-zendingen (het verwijderen van tekenen van herkomst), het administreren van voorraden, het opmaken van facturen - een illimitatieve serie van handelingen en werkzaamheden (25).

De Napoleontische invloed is evenwel zo groot geweest, dat ook nu nog de meeste handelsnaties in hun wetgeving de "expeditie" slechts als een vervoerscommissienair kennen. Een poging de expeditie iets ruimer te zien dan degene die slechts doet vervoeren, vindt men in art. 514 van het Hongaarse B.W.: de expeditie sluit op eigen naam niet slechts vervoerovereenkomsten en andere voor verzending noodzakelijke overeenkomsten, hij verricht ook de werkzaamheden, die daarmede verband houden. Aan accessoire prestaties wordt eveneens gerefereerd in art. 536 van de Tjechische wet van 4 dec. 1963 inzake de verbintenissen voortvloeiende uit daden van internationale handel.

(24) T. 8.2.1.1. (5).

(25) Vergelijk artt. 1, 4 en 9 Fenex-condities; art. 5 Algemene voorwaarden der expeditie van België, art. 2 Allgemeine Deutsche Speditiebedingungen.

Terug naar eigen land. De verleiding is groot om van de omschrijving van het begrip expediteur in enge zin als bedoeld in artikel 8.2.3.0. nu maar af te zien en artikel 8.2.3.1. onder ogen te nemen. Groter is echter de verleiding om eerst toch nog een opmerking te maken over de expediteur-uit-de-praktijk, de expediteur in ruime zin.

9. "Spediteure sind Spitzbuben", zegt de Duitser. Doet dit vermoeden dat zij van hoc genus hominum der Digesten stammen - de schippers, herbergiers en stalhouders -, volgens HOLLANDER ontstaat de expeditie eerst rond 1700 als er spediteurs (sic) of conducteurs in Amsterdam zijn, die beroepshalve goederen verzenden. Zij verzenden per binnenschip of wagen. Anders dan HOLTIUS neemt de schrijver aan, dat expediteurs toen eveneens in de zeehandel voorkwamen (26). MESRITZ ziet de expediteur - deze schrijver op gezag van SAVARY - al onder Lodewijk XIV ontstaan (27).

In Duitsland zouden in de 18e eeuw zelfs schier geen contracten tussen verlader en vervoerder tot stand zijn gekomen dan door de bemiddeling van een expediteur, bastaard van Postmeister en Fuhrmann. HILL ziet reeds expediteurs in de 13e eeuw in West-Europa: een "Frachter", die zowel als vervoerder als in de hoedanigheid van expediteur zou zijn opgetreden. In overeenstemming met HOLTIUS merkt deze schrijver op basis van historische bron op, dat er in 1775 zijn "agents, whose chief Employment in Capital-Sea-Port Towns, particularly in the Port of London, is, to purchase the Ship's stores for the voyage; to procure cargoes or Freight; to settle the Terms and obtain Policies of Insurance; to receive the Amount of the Freight both at home and Abroad" (28).

Ook de commissarissen der veren verrichten in de voor-napoleontische tijd, krachtens gemeentelijke reglementen, dikwijls handelingen - goederen aan de klok brengen, stuwage controleren, e.d. -, die aan die van expediteurs zouden kunnen doen denken. Men hoede zich er evenwel voor al deze lieden daarom als (ambtelijke) voorlopers van de huidige expediteur te zien.

Het is niet onwaarschijnlijk, dat de expediteur eerst in de 18e eeuw is ontstaan, d.w.z. de expediteur die zich belastte met doen vervoeren en/of het verrichten van accessoria. Zowel de agent in de havens van het Continent als van Londen althans ziet dan gelegenheid voor meer zelfstandig ontplooiën van activiteiten. Enige thans nog bestaande "droge" expediteurs uit de tijd, dat Napoleon wegen en wetten maakte, kunnen hun bedrijfshistorie

(26) Hollander, pp. 13 v. en 45; Rb Amsterdam 20 II 1874, R. B. 1875 p. 280.

(27) A. Mesritz, De vrachtbrief, prf Amsterdam 1904, p. 17.

(28) Hill, 4.

evenmin tot eerder dan het einde van de 18e eeuw terugvinden. Het waren veelal messageries, die en zelf vervoerden en deden vervoeren door ondernemers, wier diensten aansloten op de eigen dienst. Zij verplichtten zich tot niet meer dan het doen vervoeren door die aansluitende dienst. Tevens verrichtten zij accessoria, zoals inklaren, verzekeren, innen van vrachten en van koopsommen. Zelfs gingen sommige expediteurs er rond 1800 toe over handelsinlichtingen te verstrekken en soortgelijke, niet rechtstreeks met transport verband houdende, werkzaamheden te verrichten. De maatregelen, die de overheden op fiscaal gebied namen, hebben ongetwijfeld tot de bloei van het expediteursberoep bijgedragen (29).

10. Expediteur in ruime zin is volgens de toelichting degene, die zich jegens een opdrachtgever verbindt tot het doen vervoeren van zaken en/of het verrichten van accessoire prestaties (30). Hierboven werd reeds opgemerkt, dat deze zeer gevarieerd kunnen zijn. De omschrijving is zo ruim, dat men in feite expediteur kan achten ieder die zich als zodanig presenteert. Waar gaat het in de praktijk om? Men zie de jurisprudentie: vrijwel uitsluitend om de vraag der aansprakelijkheid. Toegegeven moet worden, dat het moeilijk valt bewaargever of verhuurder te noemen degene, die een overeenkomst met alle elementen van een koopovereenkomst sluit. De presentatie dient bovendien geen twijfel te laten. Een bode, die op zijn vrachtauto "expeditiebedrijf" heeft geschilderd, maar zich desondanks verbindt om tegen een bepaalde vracht goederen te vervoeren, blijft derhalve vervoerder. Het zich als expediteur presenteren wil in de praktijk echter niet veel anders zeggen dan: ik ben bereid mij in te spannen om Uw goederen op de door U gewenste plaats te doen arriveren - hetzij door deze, al of niet met eigen middelen, daarheen zelf te verplaatsen, hetzij door deze daarheen te doen vervoeren door derden -, ik ben bereid om bijkomende werkzaamheden te (doen) verrichten, ik ben bereid tenslotte om ook te trachten los van vervoer voor U een hindernis in het handelsverkeer te nemen, maar weet wel: tot een resultaatsverplichting voel ik mij niet geroepen; ik wens een beroep te kunnen doen op voorwaarden, die mijn aansprakelijkheid beperken en Gij moogt mij derhalve niet in het hok van een benoemde overeenkomst drijven; garantie zij U, dat ik ook morgen nog mijn bestaan als expediteur wil vinden. En meestal weet de

(29) Vergelijk overigens art. 156 lid 3 Gr., waarin de douane-expediteur de kans ontnomen wordt om het debiet in het binnenland uit te breiden. Thorbecke (Collegeaantekeningen Staatsinrichting en Staatsbestuur, bewerkt door J.P. Duyverman, 1968, p. 89) onderkende duidelijk de invloed van de fiscus op het arbeids-terrein van "spediteurs".

(30) T. inleidende opmerking 2 bij afdeling 8.2.3.

wederpartij dit alles. Voor de praktijk is het derhalve niet zo interessant te vernemen dat degene, die zich expediteur noemt, rehtens in een bepaald geval vervoerder is. Het gaat om de exoneraties, die gelden ongeacht de qualificatie.

11. Dat er dwingendrechtelijke regelingen - zoals een CMR, een Verdrag van Warschau - op vervoersgebied bestaan en deze de ladingbelanghebbende een kans bieden om de expediteurscondities te doorbreken bij bewijs, dat er rehtens niet een overeenkomst tot doen vervoeren, maar tot vervoeren werd gesloten, zal het vragen van het oordeel des rechters stimuleren. Het heeft soms iets van prijssschieten; met een prijs, die soms hoger is dan wanneer men niet met een expediteur, maar rechtsstreeks normaliter met een vervoerder had gecontracteerd (31). Een vervoerder, die zich aansprakelijk gesteld ziet, zal zijnerzijds eveneens geneigd kunnen zijn alsnog de dekking van expediteurschap te zoeken. Oudere jurisprudentie (32) over de invloed van de presentatie buiten bespreking latende, zij hier de aandacht gevestigd op een drietal arresten, die als SS 68-81, 82 en 83 werden gepubliceerd. Zij zijn: a. Hof Amsterdam 22 juni 1967 (Jonker); b. Hof 's-Gravenhage 17 mei 1968 (Kühne & Nagel); c. Hof Amsterdam 6 jan. 1966 (Gerlach).

a. Jonker's Expeditiebedrijven N.V. ontvangt van Internationale Rubber en Plastic Mij het verzoek voor deze "te vervoeren van Amsterdam tot franko aankomst Bazel". Jonker brengt het vervoer onder bij of laat dit verrichten door een derde. Dat verandert volgens de Rb. niets aan haar verbintenis tot vervoer. Daaraan doet volgens de Rb evenmin af, dat Internationale aan Jonker heeft medegedeeld zeer urgent te benodigen een "Uebernahmebescheinigung of Exped.verklaring, waarin uitdrukkelijk moet staan aangegeven dat de goederen slechts tegen overgave van het originele exemplaar der verklaring kunnen worden afgegeven". Een dergelijke verklaring - "wat daarvan de betekenis ook zij", zegt de Rb (33) - verandert aan de vervoerovereenkomst op zich zelf niets, daar deze verklaring niet uitsluitend op een expeditieovereenkomst behoeft te duiden. "Het lijkt niet onmogelijk dat partijen zich er toen nauwelijks of niet om bekommerden of het ging om expeditie dan wel om vervoer." Jonker's briefpapier verwijst zowel naar CMR als naar Fenex-condities. Het Hof gaat voorbij aan Jonker's aanbod te bewijzen, dat Internationale wist dat Jonker geen (vervoer)dienst op Bazel onderhield. Voldoende acht het Hof, dat Internationale - enerzijds een

(31) Rb Haarlem 25 V 71, SS 71-59.

(32) Hof 's-Gravenhage 17 XII 36, N.J. 37-829; Hof 's-Hertogenbosch 21 XII 65, SS 66-24; Rb Rotterdam 30 VI 59, SS 59-51.

(33) Vergelijk AB 28 V 62, SS 62-68.

opdracht tot vervoer gegeven hebbende, anderzijds een Expeditie-verklaring vragend - bedoeld certificaat zonder protest heeft ontvangen en behouden.

Jonker heeft te kennen gegeven de opdracht als een expeditieopdracht op te vatten en Internationale heeft aldus duidelijk te kennen gegeven hiermede in te stemmen.

De Rb vermijdt te spreken van doen vervoeren ("laat dit vervoer verrichten door een derde") en hecht geen betekenis aan het "verzoek" van Internationale haar een Expeditie-verklaring te verstrekken.

Het Hof overweegt, dat dit certificaat wijst op een expeditieovereenkomst "aangezien zo een document naar zijn aard is een bewijsstuk, dat een expeditie afgeeft aan zijn opdrachtgever, opdat deze kan bewijzen dat de expeditie bepaalde goederen ter verzending naar een bepaalde bestemming heeft ontvangen".

b. Kühne & Nagel Expeditie en Scheepvaart N.V. ontvangt, volgens Rb Rotterdam (34), van Van der Heem opdracht goederen per vrachtauto van 's-Gravenhage naar Teheran te verzenden (sic). K & N geeft een Through B/L af, waarin zij verklaart de goederen te hebben "received in apparant good order and condition ... for conveyance from the Hague per truck to Salzburg and thence to be forwarded to Teheran ... via any route by any carrier or carriers ...".

Van der Heem betaalt de vracht tot Teheran aan K & N. Deze doet vervoeren door een internationaal vervoerder van 's-Gravenhage naar Salzburg. Daar belast Frans Weltz (bekend transitaire, M.) zich met de verzending - aldus no steeds de Rb - naar Teheran. Het vervoer van Salzburg naar Teheran wordt "in feite" uitgevoerd door de Iran Turkey Transit Company, die daartoe een vrachtauto heeft "gechartered" van een bedrijf uit Ankara.

K & N stelt, dat zij van begin tot eind heeft doen vervoeren. Onder verwijzing naar artikel 3 CMR en het feit, dat K & N de vracht heeft ontvangen, beschouwt de Rb nochtans K & N als vervoerder. Het Hof volgt K & N niet in haar stelling, dat met de in artikel 3 CMR bedoelde "personen van wie de vervoerder zich voor de uitvoering van het vervoer bedient" slechts declaranten kunnen zijn bedoeld. Vervoerder in de zin van de CMR is ook hij die "een vervoer door anderen dan zijn personeel doet uitvoeren". Ook het beroep op het feit, dat artikel 11 CMR onderscheid maakt tussen vervoerder en commissionnaire mag niet baten. K & N heeft een "Through Bill of Lading" afgegeven en in één bedrag de vracht tot Teheran gefactureerd. Dus heeft K & N zich niet beperkt tot het verrichten van "eigenlijke expeditiewerkzaamheden, te weten het enkele doen bezorgen van het vervoer", het alleen als tussenpersoon zorg dragen dat de goederen door een ander

(34) Rb Rotterdam 31 I 67, SS 67-56.

worden vervoerd en het in rekening brengen van haar provisie als tussenpersoon naast de aan die ander verschuldigde vrachtkosten.

c. Gerlach ontvangt van Noury en Van der Lande te Deventer opdracht goederen van Amsterdam naar Varese te vervoeren. De opdrachtgever wenst een FCR (35) te ontvangen. Bode Rieffe uit Deventer levert de goederen - al of niet met verlies - bij Gerlach in Amsterdam aan. In Varese wordt een manco geconstateerd. De Rb overweegt dat het geschil tussen enerzijds de vervoerder, die het vervoer met behulp van derden "bewerkstelligt", en anderzijds de expediteur die door anderen "doet vervoeren" voornamelijk moet worden gezocht in de aansprakelijkheid die met betrekking tot het vervoer wordt aanvaard (resultaat van het vervoer: aflevering te bestemder plaatse; resultaat van de expeditie: verzending). Het Hof vertaalt deze overweging (zie onder 4) en acht de overweging juist.

Dat Gerlach in reclamemateriaal van "onze dienstregeling", "onze lijnen" en "onze auto's" spreekt mag Noury en van der Lande niet baten. Immers, het behoeft geen verwondering te wekken, aldus het Hof, "dat een expediteur bij het aanbieden van zijn diensten aan het publiek de vervoerder met wie hij ten behoeve van zijn cliënten vervoerovereenkomsten pleegt af te sluiten niet met name noemt en de door deze vervoerders geboden vervoergelegenheden aanduidt als "zijn" diensten, auto's, verbindingen enz. ...". Bedoeld kan zijn, dat de expediteur tot de "vervoergelegenheden exploitierende vervoerders in een vaste relatie staat, des dat hij met deze geregeld vervoerovereenkomsten afsluit voor zijn cliënten die hem bij een expeditieovereenkomst het doen vervoeren van goederen hebben opgedragen". Het in rekening brengen in één bedrag van de voorgeschieden vracht en van de vergoeding voor bemiddeling doet de overeenkomst tot doen vervoeren niet veranderen in een vervoerovereenkomst. In dubio zou deze wijze van factureren een indicatie tot vervoer kunnen zijn. Maar: Noury en Van der Lande heeft een FCR gevraagd en gekregen. Tenslotte stelt het

(35) FCR: Forwarding Agent's Certificate of Receipt, een door de FIATA genormaliseerde Expeditieusverklaring. De expediteur verklaart hierin de goederen van zijn opdrachtgever onherroepelijk ter verzending te hebben ontvangen. (Vergelijk: Anton Heini, Das Durchkonossement, Freiburg 1957, p.165.) Minder in gebruik is nog het FCT, het Forwarding Agent's Certificate of Transport. Hierin verklaart de expediteur bovendien de ter verzending overgenomen goederen slechts te zullen (doen) afleveren tegen afgifte van het document. Als derde document bracht de FIATA, in 1971, een FIATA B/L voor gemengd vervoer in circulatie.

Hof vast, dat Selbsteintritt door Gerlach - optreden als "uitvoerder van de expeditie-opdracht op de lijn naar Italië" - niet is bewezen en Gerlach evenmin als transportondernemer is opgetreden, omdat in casu niet aannemelijk is geworden, dat Gerlach zich heeft verbonden tot het bewerkstelligen van het vervoer. Drie ondernemers van zogenaamde groupagediensten. Alle drie doen zij een beroep op diensten van derden. K & N voor het parcours Salzburg - Teheran op die van een tussenexpediteur, die een "transit-bedrijf" inschakelt, dat op zijn beurt een wagen chartert. Men kan zich moeilijk aan de indruk onttrekken, dat de kaarten voor K & N aanmerkelijk beter hadden gelegen als zij niet een fake-document met de naam Through B/L had afgegeven, doch - zoals Jonker - een Uebernahmebescheinigung, een Expeditieursverklaring of - zoals Gerlach - een FCR. Maar de banken waren in het verkeer op Iran nu eenmaal gewend cognosseminten te kunnen eisen.

Nu de raadsman van K & N daarvan geen grief heeft gemaakt, kan helaas niet worden gelezen of Hof 's-Gravenhage een vervoerovereenkomst ook aanwezig zou hebben geacht bij een opdracht tot verzenden van goederen en aanvaarding van die opdracht onder afgifte van enig stuk waarin bevestigd wordt, dat de goederen zullen worden "forwarded" "by any carrier". Hof 's-Gravenhage acht beding van een lump-sum aanwijzing, dat er van vervoer sprake is. In de zaak Gerlach geeft het Hof Amsterdam blijk van werkelijkheidszin: ook zij die zich expressis verbis tot niet meer verbinden dan tot doen vervoeren brengen hun opdrachtgevers gedane verschotten wegens vrachten en rechten niet zelden tezamen met de vergoeding voor de bemiddeling in één bedrag in rekening. De slogan "wie vracht vordert is vervoerder", voor velen (36) het criterium om vervoerders (en transportondernemers) enerzijds van expediteurs anderzijds te kunnen scheiden heeft in de zaak Gerlach afgedaan.

Dat K & N zich volgens het Hof niet beperkte tot "eigenlijke" expeditiewerkzaamheden, het "enkele" doen bezorgen van het vervoer, en daardoor de hoedanigheid van expediteur moest verliezen, valt te betwisten (37), maar blijft hier verder buiten beschouwing.

(36) Vergelijk Hollander p.50 v. en 168 v.; Molengraaff p.896; Dorrestein, p.296; Ontwerp van een wetsvoorstel betreffende de vrachtvervoerders en expediteurs, ingediend 1890, art.49; Hof Brussel 23 VI 66, E.V. 67-p.1006.

(37) Molengraaff, p.895, rekent ook afhalen en bestellen tot de werkzaamheden van de expediteur. Anders Rb Rotterdam 5 I 23, W. 11073 en T. 8.2.3.1. (1).

Essentieel is in zaken als deze, dat daaruit blijkt:

- dat partijen zich in de praktijk om de qualificatie van de overeenkomst veelal weinig bekommeren; "als de goederen, hoe dan ook, maar te bestemder plaatse komen".
- dat de rechter geneigd is om te beslissen, dat er van vervoer, transportonderneming dan wel expeditie sprake is, op grond van de afgifte van een document (met als functie betaling van de koopsom veilig te stellen) en/of van het al dan niet separaat op de rekening vermeld zijn van verschotten en commissie.

12. Het in de zaak Gerlach door de Rb gehanteerde criterium, verfiind door het Hof, is het meest bruikbare. Wie niet zelf feitelijk vervoert, is "vervoerder" of "expediteur" naar gelang van het aanvaard hebben van aansprakelijkheid, het instaan voor het feitelijk vervoer. Dit moge een Umwertung aller Werte en een verwisseling van oorzaak en gevolg schijnen, toch ontstaat een eenvoudige en voor de praktijk aanvaardbare indeling van hen, die in de transportwereld werkzaam zijn.

Vervoerder is nog primair degene, die zich verbindt zelf feitelijk vervoer te verrichten ("Varen en Rijden"). De transportondernemers en expediteurs worden in één groep gebracht: degenen, die "laten" vervoeren en doen vervoeren. Zij verbinden zich al of niet onder aanvaarding van aansprakelijkheid voor de aankomst der goederen (38). Aan een apart begrip transportondernemer bestaat geen behoefte: voor zover de transportondernemer zelf feitelijk vervoert is hij vervoerder, voor zover hij zich contractueel verbond tot vervoer door derden, is hij of vervoerder - namelijk als hij voor dat vervoer instaat - of expediteur (39). Niet slechts heeft degene, die presteert de aansprakelijkheid van een vervoerder of van een expediteur: het al of niet aanvaarden, bij het sluiten van de overeenkomst, van aansprakelijkheid voor de uitvoering van het feitelijk vervoer bepaalt zijn hoedanigheid. DORRESTEIN komt, na introductie van vervoerder-transport-ondernemers en expediteur(s)-transportondernemers, tot de conclusie dat de fantasie "nauwelijks" ruimte krijgt voor het verschil in verbintenis tussen expediteur en transportondernemer. Het gaat er alleen om of de transportondernemer moet instaan voor de uitvoering door derden, die hij gecontracteerd heeft (40). Het verstand laat geen ruimte, zodra een deel der zogenaamde transportondernemers wegens Selbsteintritt of vervoerdersgarantie in het hok der vervoerder is gebracht. Dit laatste zal soms tegen de zin van de transportondernemer geschieden. Daarvoor

(38) Vergelijk Unidroit, Hfdst. III.

(39) Vergelijk Molengraaff, p. 932 en T. Greebe, Transportrecht, p. 97 v.: lasthebber.

(40) p. 293; Vergelijk HR 16 I 70, SS 71-9.

zorgen namelijk verdragen als de CMR, oorspronkelijk ontworpen om de rechten en plichten van partijen bij de vervoerovereenkomst internationaal te unificeren, maar nadien voor zogenaamde vervoerpolitieke coördinatie - dat is meestal: bescherming der spoorwegen - misbruikt.

Of er sprake is van expeditie, combined-transport-operation, vervoer bewerkstelligen (artikel 466 K; de term blijft hier met opzet buiten bespreking (41)), doen of laten vervoeren, contractueel vervoeren, het antwoord late men zoveel mogelijk afhangen van de gegeven garantie, de aanvaarde aansprakelijkheid. Is daarvan bij het sluiten der overeenkomst niet gerept, dan dient de lading-belanghebbende - wat wil hij?; zijn goederen elders tijdig en onbeschadigd doen aankomen - the benefit of the doubt te worden gegeven.

"In het dagelijks spraakgebruik worden de begrippen expeditie en transport - waaronder ook verhuizing valt - niet of nauwelijks onderscheiden en expediteurs verrichten zeer geregeld ook transporthandelingen" stelde Hof Amsterdam vast. "Het staat partijen bij een vervoerovereenkomst vrij op hun overeenkomst expeditievoorwaarden van toepassing te verklaren" (42). Expediteur is volgens de Rb: het lid van een Nederlandse expeditieorganisatie. De expediteur blijft expediteur als hij geen expeditie-in-enge-zin (doen vervoeren) verricht. Expediteur is degene, die zich als zodanig presenteert (43). In casu had Van Gend & Loos zich beter expediteur dan fabrieksverhuizer kunnen noemen.

Summa summarum: heeft men de feitelijke vervoerders gescheiden van de contractuele vervoerders, dan gaat het er slechts om deze laatste groep, met inbegrip van de inmiddels geliquideerde transportondernemer, te splitsen in hen die vervoersaansprakelijkheid aanvaarden - instaan voor aankomst - en aldus eveneens vervoerder worden, en hen die dat niet doen. Daarbij is het irrelevant of de provisie al of niet tezamen met betaalde of - soms bij schatting - te betalen vracht in één som aan de opdrachtgever in rekening wordt gebracht (44).

(41) Vergelijk T. 8.2.1.1. (2).

(42) Hof Amsterdam 15 XI 72, SS 73-25 (Rb Amsterdam 10 III 71, SS 72-93); anders: Rb Amsterdam 28 VI 67, SS 72-76.

(43) Vergelijk algemene voorwaarden van de South African Shipping and Forwarding Agent's Association, art.1: "The following conditions apply to all business undertaken by all clearing and forwarding agents, who are members of the ... Association" en art.1 Fenex-condities.

(44) Vergelijk Hof 's-Gravenhage 3 II 61, N.J. 62-124.

13. De ruimte laat niet toe in te gaan op de accessoire prestaties van de expediteur. Onderkent DORHOUT MEES (45) reeds in het rechtskarakter van de overeenkomst tot expeditie-in-enge-zin elementen eigen aan de lasthebber, de commissionnaire, de bewaarnemer en de zaakwaarnemer, bij de accessoria stuit men ongetwijfeld op de verhuurder, de uitlener, de makelaar, de verzekeraar. De overeenkomst tot expeditie-in-ruime-zin is een gemengd contract, waarbij de expediteur een aantal stuk voor stuk voor een speciaal contract typische prestaties op zich heeft genomen en wel zonder dat de overeenkomst in haar geheel onder slechts één der speciale contracten kan worden gebracht (46). Sommigen wensen meer en meer overeenkomsten als bijzondere in het BW geregeld te zien (47). Het is een grote verdienste van de ontwerper van Boek 8, dat hij zich met open oog voor de praktijk ter zake van "expeditie" heeft willen beperken. Had die beperking nog verder kunnen gaan?

Zwichtte de schrijver (zie sub 8) voor de verleiding om na een analyse van een denkbeeldig artikel 8.2.3.0. niet terstond op een existierend artikel 8.2.3.1. over te gaan, de tweede verleiding - te verdedigen dat alle expeditie een joint venture is van opdrachtgever en expediteur en dat geringe aansprakelijkheid van de laatste tot voordeel van de eerste kan zijn (48) - wordt weerstaan om te trachten op de gestelde vraag een antwoord te geven.

14. Hij die zich tot het doen vervoeren verbindt, maar de vervoerovereenkomst zelf uitvoert, wordt geacht zelf met de opdrachtgever een vervoerovereenkomst te hebben gesloten. Aldus ongeveer artikel 8.2.3.1. Selbsteintritt mag niet leiden tot ontduiking van bepalingen van dwingend vervoersrecht. T. 8.2.3.1.(4). De overeenkomst tussen opdrachtgever en expediteur voldoet aan de criteria van artikel 7.7.2.1. (lastgeving). Over Selbsteintritt blijven de opmerkingen van ASSER-KAMPHUISEN onverminderd van kracht. "De (vervoer)overeenkomst zelf uitvoert" is derhalve gelijk aan: de vervoerovereenkomst met zichzelf sluit. Een belangenconflict kan daarin schuilen, dat de expediteur liever zelf feitelijk vervoert dan een derde als vervoerder met de opdrachtgever in contact te brengen. Om de eigen functie van winstnemend tussenpersoon niet verloren te doen gaan.

(45) 8.36-8.40.

(46) Vergelijk M.G.de Baat, *Gemengde contracten*, prf Leiden 1920, p.148; zie ook HR 24 XI 72, N.J. 73-93.

(47) Aldus J.F.Rang, *Patientenrecht*, rede Leiden 1973 (het "behandelingscontract" arts-patient).

(48) Vergelijk "Ergänzende Stellungnahme des Deutschen Transport-Versicherungsverbandes zur Höchsthaftung im Rahmen der TCM", 26 V 71.

Wordt het vervoer verricht met materieel van een derde, dan is het - om met DORRESTEIN te spreken - een quaestio facti of er sprake is van een overeenkomst tot doen vervoeren dan wel tot (laten) vervoeren of verplaatsen. Selbsteintritt met vervoermiddelen van derden - voor vervoerderschap zijn eigen middelen immers niet nodig (49) - zal veelal, nu het vracht-criterium is losgelaten - T 8.2.3.1. (2) -, moeilijk te onderscheiden zijn van doen vervoeren door derden.

Artikel 8.2.3.1. kan in zoverre betekenis niet worden ontzegd, dat het

- a. mogelijk maakt, dat een expediteur die op eigen naam handelt, bij het aanvaarden van de opdracht het recht krijgt te opteren voor vervoerderschap (oneigenlijke Selbsteintritt);
- b. dwingend-rechtelijke bepalingen niet kunnen worden omzeild. Het is te verdedigen dat het eerste punt ook in afdeling 7.7.2. zou kunnen worden geregeld en het tweede in afdeling 8.2.1. in zake de vervoerovereenkomst van goederenvervoer.

Over doen vervoeren door tussenkomst van derden - tussenexpediteurs - wordt niet gesproken. Zij zijn lasthebber van de expediteur. Ceteris paribus.

De opdrachtgever kan zowel "afzender" als "geadresseerde" of persoon-ergens zijn (50). In de praktijk ontvangt de expediteur niet zelden twee opdrachten terzake van één verzending. De geadresseerde treedt dan als gemachtigde van de opdrachtgever op of is zelfstandig opdrachtgever voor het laatste parcours (bij voorbeeld van de grens af). Bij retourzendingen ontstaat soms misverstand over het al dan niet verbonden zijn van de geadresseerde jegens de expediteur (51).

15. Arriveren de zaken niet in goede staat of niet tijdig ter bestemde plaatse, dan moet de expediteur die "selbsteintrat", van eigen activiteit onverwijld aan zijn opdrachtgever laten weten. Aldus ongeveer artikel 8.2.3.2. Het ontwerp 1830 sprak nog van "onverwijld" verzending; in artikel 87 K werd het "zo spoedig mogelijk". De opdrachtnemer uit Boek 7 moet gewoon zijn opdrachtgever op de hoogte houden. Dit laatste, te goeder trouw gedaan, schijnt voldoende.

Zwijgt de selbsteingetretene expediteur, dan verbeurt hij een boete gelijk aan de schadevergoeding, die de opdrachtgever bij tijdig

(49) Hof Amsterdam 23 IV 36, N.J. 36-672.

(50) Hof Overijssel 18 IX 1854, W. 1901; Rb Breda 8 VI 65, SS 66-58; Ktg Rotterdam 17 XI 69, SS 70-98; Vergelijk Dorhout Mees 8.49; art. 6 Fenex-condities.

(51) AB 15 XI 67, AR 68-561.

aanspreken van de expeditie als vervoerder had kunnen ontvangen. Dit boetebeding is een *trouvaille*. In redelijkheid zal de boete echter niet mogen cumuleren met een schadevergoeding, die de opdrachtgever, na ontvangst van de boete, alsnog van de expeditie als vervoerder zou weten te verkrijgen. Er ontstaat dan een vorm van ongerechtvaardigde verrijking voor de opdrachtgever.

16. Artikel 8.2.3.3. verplicht de expeditie, die niet tot *Selbst-eintritt* overging, bij verlies, beschadiging en vertraging aan de opdrachtgever onverwijld te laten weten welke vervoerovereenkomsten hij aanging. Het valt hierbij op, dat niet gerept wordt van overeenkomsten met tussenexpeditie. Het ontwerp gaat ervan uit, dat de expeditie - en mitsdien ook de tussenexpeditie - de zaken niet onder zich behoeft te krijgen (52); uitgesloten is dit echter niet. Het kan daarom wenselijk zijn, dat de expeditie in gevallen als bedoeld in artikel 8.2.3.3. ook de namen van andere co-contractanten dan van vervoerders opgeeft.

Op indirecte wijze bereikt de opdrachtgever echter toch het gewenste doel. Bij het laten weten met welke vervoerders werd gecontracteerd, moet de expeditie namelijk alle documenten en gegevens ter beschikking van de opdrachtgever stellen, die de expeditie heeft, "voor zover deze althans kunnen dienen tot verhaal van opgekomen schade". Dat laatste moet door de opdrachtgever bewezen worden. De schade is echter niet beperkt tot schade tijdens vervoer. Derhalve zal de opdrachtgever ook een copie van een door de expeditie aan een tussenexpeditie gezonden bordereau kunnen opvragen.

Volgens het tweede lid van artikel 8.2.3.3. ontstaat er een verbintenis van de door de expeditie ingeschakelde vervoerder jegens de opdrachtgever (53). Artikel 401 van het *Schweizerisches Obligationenrecht* heeft voor deze regeling, die ook artikel 101 C. de C. in herinnering brengt, als voorbeeld gediend. Op zijn beurt heeft de vervoerder jegens ieder, ook derhalve tegenover de opdrachtgever in wiens naam de expeditie niet heeft gehandeld, een retentierecht voor hetgeen aan de vervoerder door de ontvanger is verschuldigd wegens vracht (artikel 8.2.1.11.). Faillieert een expeditie-ontvanger, dan zal diens opdrachtgever door de vervoerder tot betalen worden gebracht.

Nu de regeling van de expeditie-overeenkomst is teruggebracht tot een aantal bepalingen inzake de overeenkomst tot doen ver-

(52) T. inleidende opmerking 3 bij afdeling 8.2.3.

(53) Vergelijk Asser-Rutten II, p. 264; C.P. Aubel, *En passant* de tweede hand, 61; G.J. Scholten's noot onder HR 7 III 69, N.J. 69-249.

voeren, geplaatst in Titel 2 - "algemene bepalingen betreffende vervoer" - zou het mogelijk zijn geweest te stipuleren, dat de vervoerder altijd de hem verschuldigde vracht van de opdrachtgever van de expediteur kan vorderen als deze met betaling van de vracht in gebreke blijft. Verbintenissen over en weer tussen opdrachtgever en vervoerder dus. Hiertegen pleit, dat de boete voor de opdrachtgever wel hoog is, wanneer hij op deze grond verplicht zou kunnen worden het bedrag van de bij wijze van voorschot aan de faillerende expediteur betaalde vracht nogmaals aan de vervoerder te voldoen.

Voor de bijzondere verhouding tussen enerzijds een vervoerder en anderzijds een expediteur en een opdrachtgever-cognossemmentshouder zij verwezen naar SNIJDERS (54).

Er dreigt een nieuw soort "expediteursverklaring" te ontstaan (zie sub 11): de in artikel 8.2.3.3. lid 2 bedoelde verklaring van de expediteur of diens curator, dat een overeenkomst tot doen vervoeren werd gesloten. Ter vermindering van misverstand noemen men het stuk van meet af "expediteurscessie" of iets dergelijks.

De opdrachtgever, die uit onrechtmatige daad wil ageren tegen een co-contractant van de expediteur, zal rekening moeten houden met de beperkingen van aansprakelijkheid, die jegens de expediteur zijn bedongen (55). In het ontwerp schijnt te worden uitgegaan van een expediteur, die uitsluitend "independent contractors" kent en geen ondergeschikten heeft. Een paardesprongartikel (vergelijk artikelen 8.2.1.13., 8.2.4.11., 8.5.1.3., 8.5.1.5.) ontbreekt althans. Verklaring is hiervoor wellicht, dat aan de expediteur wel enige malen een boete wordt opgelegd, maar over zijn aansprakelijkheid bij doen vervoeren amper wordt gesproken. Deze ongelijke rechtspositie van personeel in de transportwereld - afhankelijk van de status van de ondernemer: vervoerder of expediteur - kan op sociale bezwaren stuiten.

Casus I:

De expediteur pleegt Selbsteintritt. De zaken gaan verloren tijdens vervoer over de weg. Schuldig is een ondergeschikte van de expediteur. De expediteur wordt volgens artikel 8.2.3.1. geacht als vervoerder een overeenkomst van goederenvervoer te zijn aangegaan. De ondergeschikte kan daarom als ondergeschikte van een vervoerder worden beschouwd. Beroep op artikel 8.2.1.13., met schadevergoedingslimiet voor wegvervoerders.

(54) p. 26; Rb Rotterdam 26 I 54, N.J. 54-659.

(55) HR 4 XI 71, N.J. 72-261, uitvoerig besproken door Aubel, 170 v.

Casus II:

De expediteur doet door een derde vervoeren. De zaken gaan verloren tijdens vervoer over de rail. Een ondergeschikte laat na de vrachtbrief uit zijn paperassen op te sporen en deze ter beschikking van de opdrachtgever te stellen. De expediteur faillieert; de spoorwegen wijzen de claim van de opdrachtgever af, omdat deze geen vrachtbrief overlegt. De schuldige ondergeschikte, aangesproken wegens onrechtmatige daad, mist het voordeel van de schadevergoedingslimiet der spoorwegen. (Anders: Unidroit, artikel 15).

17. Men vindt in K de rechten van de expediteur niet. Deze staan, afgezien van het voor de douane-expediteur feitelijk belangrijke en juridisch interessante (56) artikel 58 Algemene Wet Douane & Accijnzen, in het BW. DORHOUT MEES geeft, gelijk reeds opgemerkt, een systematisch overzicht. In artikel 8.2.3.4. van het ontwerp wordt voorkomen, dat de expediteur bij nalatigheid van de opdrachtgever tussen wal en schip kan vallen door de verplichtingen, die de expediteur als afzender heeft jegens de vervoerder(s).

Casus: de beheerder van een camping in de duinen van een Waddeneiland treedt tevens als expediteur op. Als de vervoerder zich door het zand heeft gewerkt om op de afgesproken tijd naar soort, hoeveelheid en hoedanigheid bepaalde vacatiegoederen (de overeengekomen zaken) te laden en naar de haven over te brengen, blijkt de opdrachtgever reeds te zijn vertrokken. "Bij nadere overweging" met de goederen. In de praktijk speelt nu zowel artikel 8.2.3.4. als artikel 8.2.3.5. een rol. De opdrachtgever zou aan de campinghouder-expediteur zowel de door deze te betalen vracht als de door deze bedongen commissie moeten betalen. De expediteur had recht op gedane verschotten en op loon (artikel 1845 BW) (57). De expediteur zal echter hebben: een recht op schadevergoeding. Zie de artikelen 8.2.1.5. (schadevergoeding), 8.2.3.4. (schadevergoeding), 8.2.3.5. (schadevergoeding) en 7.7.2.14. (mogelijkheid aan rechter matiging van het expediteursloon te vragen). De expediteur heeft immers in dit geval ter nakoming van zijn verplichting tot het doen vervoeren al het een en ander gedaan, met name het met de bode afspreken dat deze zal komen. Is zijn beloning door de opdrachtgever afhankelijk gesteld van de volbrenging, dan is niet in te zien waarom hij, opdrachtnemer-expediteur, een zwaarder bewijslast zou moeten aanvaarden dan andere opdrachtnemers.

18. Artikel 8 Fenexcondities houdt in:

(56) Doorbreekt de preferentie van de expediteur de fiduciaire eigendom (registerpand) van de bankier?

(57) Wachter, p. 247; anders Greebe, p. 149.

- verplichting voor de opdrachtgever de voor verzending (en voor ontvangst) vereiste documenten en instructies tijdig in het bezit van de expediteur te doen zijn;
- aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor alle gevolgen, "ontstaan door onjuiste, onduidelijke, onvoldoende en niet of niet tijdig verstrekte documenten en/of instructies";
- verplichting voor de opdrachtgever de expediteur te vrijwaren tegen alle gevolgen van het stellen van een garantie bij gebreke van documenten (tot welk stellen de expediteur overigens niet gehouden is).

Plaatst men dit artikel - afgezien van de vrijwaring - naast artikel 8.2.3.7. van het ontwerp, dan valt het op, dat - aangenomen, dat in artikel 8.2.3.7. abusievelijk "papieren" staat in plaats van "documenten", zodat hieronder niet slechts tapes, maar ook de (schriftelijke) instructies vallen - het ontwerp in goed Nederlands vrijwel hetzelfde zegt.

"Naar behoren" aanwezig doen zijn van documenten heeft betrekking op tijd, plaats en hoedanigheid (58). De eerste twee leden van artikel 8 Fenexcondities zijn gecomprimeerd. Dat de stukken te juister plaatse komen na in het bezit van de expediteur te zijn geweest (Fenex), heeft mogelijk, indien men onder "expediteur" hier uiteraard mede diens vertegenwoordigers begrijpt, voor de opdrachtgever in geval van moeilijkheden enig voordeel (59). Het kan ook plicht van de opdrachtgever zijn aan de expediteur opdracht te geven voor aanwezigheid van een document zorg te dragen. De documenten zijn overigens niet nodig voor het doen vervoeren, maar voor het vervoeren en voor het verrichten van de accessoire prestaties. Artikel 8.2.3.7. legt de expediteur geen controleplicht op (60).

Evenals artikel 8.2.3.4. inzake het te juister tijd en plaats aanwezig zijn der zaken, is artikel 8.2.3.6. een pendant van een artikel uit afdeling 8.2.1.: degene, die doet vervoeren is geplaatst tussen opdrachtgever en vervoerder.

Evenals bij de reisovereenkomst (afdeling 8.2.6.) is er voor gewaakt de tussenpersoon bij het aangaan van verplichtingen jgens

(58) Vergelijk J. Verhoeve, Het nieuwe binnenvaartrecht, prf Utrecht 1954, p. 153 (voor historische interpretatie).

(59) Vergelijk Rb Amsterdam 13 XI 23, W. 11144.

(60) Anders: Handelsgericht Wenen 30 III 71, 1 R 51/71: expediteur heeft zelf voor EFTA-verklaring te zorgen.

vervoerders niet ongedekt door de opdrachtgever te laten. Artikel 8.2.3.8. kan in de praktijk slechts "synchronisatie-vragen" doen opwerpen; met name als de goederen niet in handen van de expediteur komen, maar rechtstreeks in die van de vervoerder en deze de met de expediteur gesloten vervoerovereenkomst dan gelet op artikel 8.2.1.9. terecht ontbindt. Kan dan de expediteur de door hem met de opdrachtgever gesloten overeenkomst nog tijdig schriftelijk ontbinden door schriftelijke kennisgeving?

19. SCHADEE heeft kans gezien om de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen in negen (61) artikelen te regelen. Het blijft discutabel of zelfs deze negen artikelen nodig zijn. De expediteur, die zijn beroep uitoefent met als zekerheden het contractueel pandrecht op grond van artikel 19 Fenexcondities en de preferentie genoemd in artikel 58 AWDA - waarom staat deze niet in het BW? -, de echte expediteur dus, zal bij het inwerking treden van Boek 8 mogelijk overpeinzen:

- dat er naast een feitelijk vervoeren in de loop van de tijd een contractueel vervoeren is ontstaan,
- dat het moeilijk is om de "commission de transport" van dit contractueel vervoeren te onderscheiden (62),
- dat doen vervoeren en laten vervoeren zelden feitelijk kunnen worden onderscheiden,
- dat transportondernemen eindelijk niet slechts de facto, maar ook de jure zijn tijd heeft gehad,
- dat Selbsteintritt in het algemeen een wettelijk te regelen onderwerp is,

en voor het overige zal de expediteur zijn Fenex-condities nog eens goed nakijken. Want de expediteur, hij doet maar.

(61) Vele landen thans in vijf. (Zie K.). Zo ook Bulgarije. Volgens art. 304 van de Wet op de verbintenissen heeft daar de expediteur, die tot Selbsteintritt overgaat, de naam, de rechten en de verplichtingen van een vervoerder.

(62) Rodière, 1355 v.

1. Inleiding.

In het Ontwerp Schadee doet het reisbureau zijn intrede op het terrein van de codificatie van het burgerlijk recht en wel in afdeling 6 van de tweede titel van het boek 8, onder de Algemene bepalingen betreffende vervoer. Deze intrede geschiedt zonder enige schroomvalligheid. Naast die andere, van ouds bekende en vergelijkbare tussenpersoon op vervoergebied, de expediteur, die het in het ontwerp met 9 artikelen moet (mag?) stellen, treedt de nieuweling, het reisbureau, aanstonds op met 14 artikelen. Een duidelijke presentatie.

De vraag naar het waarom doet zich voor. Wie het antwoord zoekt in de Nederlandse doctrine en jurisprudentie doet vergeefse moeite. De handboeken zwijgen over het fenomeen; andere vakliteratuur terzake is ons niet bekend. De registers van de Nederlandse jurisprudentie vermelden onder de in aanmerking komende trefwoorden geen enkele rechterlijke beslissing (1). Dit opvallend absentisme is aan verschillende omstandigheden toe te schrijven. Het reisbureau is, vooral in zijn huidige gedaante, een betrekkelijk jeugdige verschijning op het maatschappelijk erf, ingénu, hoe wel niet van onbesproken gedrag. De wel bestaande rechtspleging speelt zich vrijwel geheel af buiten het forum van de burgerlijke rechter (2). De gang naar de burgerlijke rechter is niet aantrekkelijk, het belang van de zaak is meestal gering en niet evenredig aan de geïmpliceerde kosten. Wie deze gang toch wil maken vindt de algemene voorwaarden der A.N.V.R. op zijn weg, zoals gebruikelijk gedeponeerd ter griffie.

Dit alles moge begrijpelijk maken, dat schrijvers en rechters het reisbureau en zijn activiteiten hier te lande nog niet of nauwelijks onder de juridische loep hebben genomen. Niettemin, het feit ligt er dat er in Nederland jaarlijks miljoenen reisovereenkomsten worden afgesloten, waarmee een totaal belang van meer dan een miljard gulden is gemoeid. Bepaald wel een reden, ook

(1) Zie echter Kantongerecht Utrecht, 21 augustus 1972, N.J. 1973, nr. 31.

(2) De vakgenoten, verenigd in de Algemene Nederlandse Vereniging van Reisbureaus (A.N.V.R.), hebben een eigen gemakkelijk toegankelijke rechter gecreëerd, aanvankelijk in de figuur van de Stichting Nederlandse Reiskamer, sedert medio 1972 (tezamen met de Consumentenbond) in de Geschillencommissie Reizen.

voor de jurist, om er aandacht aan te besteden. De wetgever gaat voor. Het reisbureau presenteert zich in het Ontwerp Schadee aan het geïnteresseerd publiek: "Mijne heren, hier ben ik" (3).

2. Globaal overzicht.

De feitelijke bezigheden van het moderne reisbureau zijn de lezer min of meer bekend (4). Het reisbureau levert kaartjes (tickets) voor het vervoer per vliegtuig, trein, schip of bus; het reserveert kamers in hotels en pensions; het sluit reisverzekeringen af; het ontwerpt reizen en excursies voor enkelingen en groepen; het ver-schaft reisinformatie en verkoopt reisliteratuur; het verleent de diensten van gids en 'hostess'; het levert toegangsbewijzen voor museum of stadion; het verzorgt de verkrijging van paspoort en visum; het is wisselkantoor. Slechts een enkel reisbureau verleent al deze diensten, de meeste beperken zich tot een keuze uit dit assortiment.

Hoe deze diversiteit in zaken van koophandel in zijn volle om-vang onder een gemeenschappelijke noemer van recht te brengen? Het Ontwerp Schadee doet er (terecht) geen poging toe. Het be-perkt zich tot de twee hoofdmomenten van de reis: vervoer en verblijf, en het wijst in deze context de plaats van het reisbureau aan: tussenpersoon tussen het publiek (de opdrachtgever) enerzijds en de vervoerder of hotelier anderzijds. Wat het reisbureau ver-der verricht wordt deels elders in de wet geregeld.

Met deze plaatsbepaling is eigenlijk het belangrijkste gezegd, en het lijkt nogal vanzelfsprekend. De ervaringen elders leren dat deze vanzelfsprekendheid slechts schijn is. Onvermijdelijk is in dit verband een (korte) rondreis met enig séjour in Frankrijk, waar doctrine en jurisprudentie meer te bieden hebben dan in Ne-derland.

In zijn proefschrift 'Les agences de voyages en droit français' (5) geeft Couvrat een uitvoerig overzicht van beide, doctrine en jurisprudentie. De grootste moeite levert de juridische plaatsbe-paling van de overeenkomst tussen client en reisbureau. De meest voorkomende kwalificaties, zo schrijft hij op pagina 107, zijn die

(3) Aldus Phileas Fogg in "De Reis om de Wereld in 80 dagen" van Jules Verne.

(4) Voor enige geschiedenis van het reisbureau: La sociologie du tourisme en travers de l'évolution des agences de voyage in Le Répertoire des voyages, oktober 1963 en februari 1964. Thomas Cook, onderwijzer, organiseert in 1841 de eerste gezelschaps-reis per trein in Engeland. Hij ontwerpt vervolgens ook reizen naar Frankrijk en later naar de Verenigde Staten en Canada. Voor zijn rondreis door Nederland en België in 1856 bestaat weinig ani-mo. De eerste reisbureaus in Nederland ontstaan in de laatste decennia der 19de eeuw.

(5) Uitgave Pichon et Durand-Auzias, Parijs 1967.

van lastgeving (l'agence est le mandataire salarié du client) en van vervoer. Andere zijn die van aanneming van werk, waarvoor hij zelf opteert, van bewaargeving, van transportonderneming, van agentuur, van het contract sui generis.

De Franse commissie, belast met het opstellen van een ontwerp voor de vervoerovereenkomst, op te nemen in de code de commerce, kiest voor de transportondernemer (commissionnaire de transport) (6).

Ripert (7) wijst er op dat in principe het reisbureau als bezoldigde lasthebber optreedt, maar dat het zich zeer wel tot meer kan verbinden. In Planiol (8) wordt gekozen voor een "juxtaposition des contrats anciens". Zo ten aanzien van de hotelierie voor louage de choses (de kamer), bewaargeving (de bagage), koop en verkoop (de maaltijden) en louage de services (de bediening).

In zijn studie in Europees Vervoerrecht (E. V. R.) (9) vermeldt W. Vanderperren nog de Belgische doctrine omtrent de reisbureaus (meestal bezoldigde lasthebber), de Zwitserse (10) en Italiaanse leer (eveneens: lastgeving) en de Duitse ("gérants d'affaire" of makelaars). Uit Engeland en de Verenigde Staten is vrijwel geen doctrine of jurisprudentie bekend (11).

De opsomming van alle (globale) aanduidingen en benamingen worde hier onderbroken om eens te bezien welke praktijkgevallen tot zoveel verwarrende denkbeelden hebben geleid. Een aantal voorbeelden uit de Franse jurisprudentie.

a. De cardanas van een touringcar breekt in België tijdens een reis, uitgeschreven door een reisbureau, dat wordt aangesproken door een der gewonde reizigers. Het reisbureau is "mandataire salarié"; het treft geen schuld en derhalve geen aansprakelijkheid (12).

b. Een aantal personen gaat door tussenkomst van een reisbureau per vliegtuig op weg naar Casablanca. Het vliegtuig stort neer nabij Limoges. Cour d'appel de Paris (13): het reisbureau is een

(6) Het ontwerp heeft het nog steeds niet tot wet gebracht. Voor enige beschouwingen terzake zie R. Rodière in Recueil Dalloz, 1958, 241-244. Dezelfde in Droits des Transports III, 1960, 227-234. Ook J. Hémard, Contrats Commerciaux, dl. II, p. 370 e.v.

(7) Traité élémentaire de Droit Commercial, 1970, p. 224.

(8) Traité élémentaire de Droit civil (Ripert en Boulanger), Tome II, no. 89.

(9) European Transport Law, 1968, 226 e.v.

(10) Vgl. het proefschrift van J. P. Wiswald, 'Les agents de voyages', Lausanne, 1964.

(11) Zie echter Paul S. Quinn in E. V. R. 1968, p. 378-391.

(12) Cour de Cassation (Req.) 14 november 1939: Dalloz Hebdomadaire 40, p. 75. Soortgelijk: Cour d'appel de Paris, 6 februari 1943, Gazette du Palais 1943, I, 182.

(13) 11 december 1952, Juris Classeurs Périodiques 1953, 7650.

vervoerovereenkomst aangegaan met de reizigers en heeft bovendien naam en adres van de werkelijke vervoerder verborgen onder zijn eigen etiket. Reisbureau aansprakelijk.

c. Voorgaande vernietigd door Cour de Cassation (28 februari 1956, *Revue française de droit aérien* 1956, p.217): het reisbureau kan niet tegelijkertijd zijn generaal agent van de vervoerder, reisbureau en vervoerder.

d. De landauer, waarmede een gezelschap een excursie maakt in Tunesië slaat om in een greppel. Het betrokken reisbureau is niet aansprakelijk voor de fout van een lokale koetsier; het heeft slechts 'georganiseerd' (14).

e. Voor een Frans echtpaar ontwerpt het reisbureau een reis door Zuid-Amerika. Vanuit Rio de Janeiro wordt een excursie gemaakt per taxi, die door een brugleuning het ravijn instort. De chauffeur van de taxi blijkt niet verzekerd en niet solvabel. Het reisbureau is als bezoldigde lasthebber aansprakelijk: het heeft een verkeerde taxi gekozen (15).

f. Het reisbureau 'organiseert' een reis naar Japan. Onderweg wordt besloten een excursie per touringcar te maken in Bangkok, waartoe de reisbureau-leider een autobus engageert, die ergens slipt. Een gewonde reiziger spreekt het reisbureau aan en heeft succes. Het reisbureau heeft, alweer als bezoldigd lasthebber, een "faute particulièrement grave" gemaakt door een vervoerder te kiezen die niet voldoende verzekerd blijkt (16).

g. Het optreden van het reisbureau is gebrekkig: het heeft het vervoer slecht geregeld en de hotels zijn niet voor de juiste data gereserveerd. Het reisbureau is lasthebber en deswege aansprakelijk voor de "mauvaise synchronisation du service" (17).

h. Het reisbureau offreert een cruise in de noordelijke wateren per gecharterd s.s. Batory. Door een mankement van de radar wordt het vertrek twee dagen uitgesteld en moet de reis worden bekort. De schadevordering van de teleurgestelde reizigers wordt

(14) Tribunal Civil de la Seine, 15-70 1926, *Sirey* 1926, 2, 58. Soortgelijk (bij val van een kameel): Cour d'appel de Paris, 29 oktober 1942, *Dalloz Critique* 1943, p.129.

(15) Cour d'appel de Paris, 25 november 1955, *J.C.P.* 1956, 9240. Terecht bekritiseerd door P.Durand (in *Bulletin transp. intern.de Chemins de fer* 1956, p.340), die er op wijst dat het reisbureau niet is geëquipeerd voor een studie van het internationaal privaatrecht, waaronder begrepen de verzekeringspositie van de taxi in Brazilië. Niettemin, het cassatie-beroep is verworpen (5 januari 1961, *J.C.P.* 1961, 11979). Zie ook Jean Budin en Marc Ponelle in *Gazette du Palais*, 1963 (2e sem.), p.37/38.

(16) Cour de Cassation, 24 juni 1964, *Gazette du Palais* 1964, 2, 200.

(17) Cour de Cassation, 13 november 1956, *Gazette du Palais* 1956, 2, 411.

toegewezen door het Cour d'appel de Paris, bekrachtigd door het Cour de Cassation (18). Het reisbureau dat geacht werd schip en bemanning onder zijn opzicht te hebben gehad is aansprakelijk als vervoerder.

1. Twee dames nemen deel aan een reis naar Egypte en lopen daar bij vervoer per taxi tijdens een excursie letsel op. Het Hof beslist dat het reisbureau blaam treft, daar het niet heeft gezorgd dat de excursies onder normale "conditions de sécurité" konden plaats vinden en bovendien niets heeft gedaan om de dames na het ongeluk hulp te verlenen. In cassatie bekrachtigd (19).

1. Op een reis, waaraan mevrouw Vasseur deelneemt, wordt een uitstapje per autocar (in Spanje) gemaakt, waarbij dit voertuig een aanrijding heeft met een vrachtauto en mevrouw Vasseur letsel oploopt. Het Hof heeft beslist dat het reisbureau "a mis sur pied une organisation complète et dans tout ses détails d'un voyage comportant l'utilisation de nombreux moyens de transport différents et qu'elle assurait diverses prestations telles que logement, nourriture, excursions et distractions", waaruit het kon afleiden dat het reisbureau heeft gehandeld als aannemer van werk. Het reisbureau, dat heeft nagelaten tijdig te berichten wie in Spanje de aansprakelijke persoon was, waardoor een vervaltermijn is verstreken, is zelf aansprakelijk wegens 'négligence' in de naleving van zijn verplichtingen (20).

Tot zover enig illustratie-materiaal dat mogelijk kan helpen om de gedachten nader te bepalen. Veel lijn is er in deze jurisprudentie niet te ontdekken. De juridische kwalificaties, indien gegeven, lopen uiteen. Wel kan worden opgemerkt dat het 'organiserende' reisbureau, dat de elementen van vervoer en verblijf (eventueel met bijkomende voorzieningen) als 'pakket' aanbiedt, een zwaardere verantwoordelijkheid krijgt toegemeten dan het reisbureau dat deze diensten afzonderlijk verricht. De chaotische verschillen in benadering die de doctrine te zien geeft zijn (deels) in deze jurisprudentie terug te vinden.

3. De C.C.V.

De spectaculaire opkomst van de 'georganiseerde' reis, voornamelijk in de jaren na de tweede wereldoorlog (21), de verschijning

(18) 25 maart 1958, Gazette du Palais 1958, 1, 440 en 11 mei 1960, Gazette du Palais 1960, 2, 88.

(19) Cour de Cassation, 15 december 1969, Recueil Dalloz Sirey 1970, 326 (Gepubliceerd onder "Mandat").

(20) Cour de Cassation, 27 oktober 1970, Recueil Dalloz Sirey, 1971, p.449.

(21) Zeker niet alleen. De 8- of 14-daagse rondreis per touringcar was al jaren tevoren bekend. Ook de treinreis (met logies en maaltijden) en de cruise waren geen onbekenden. Op dit terrein is alleen het vliegtuig een volstreekte nieuwigheid.

van een 'clientèle démocratisée', binnen de poorten van het reisbureau, heeft alom verbazing gewekt en de geesten in verwarring gebracht, ook op juridisch terrein.

Wie uitspraken leest waarin het reisbureau, dat met behulp van de ingrediënten vervoer en logies een reis 'organiseert', wordt vergeleken met een scheppend kunstenaar of met een architect (22) of wordt aangemerkt als een "producteur d'une marchandise absolument indépendante de ses composantes" (23) krabt zich toch wel even achter de oren. Welke tovergodin gaat achter dit reisbureau schuil, met welke chimère wordt de argeloze reiziger (en de jurist) nu geconfronteerd? Het heeft er enige schijn van dat het *Projet de convention internationale relative au contrat de voyage* (C.C.V.) (24) door dergelijke niet geheel realistische overwegingen is beïnvloed. Dat heeft zich uiteraard in de uitwerking geworpen. Hoewel in het ontwerp ter conferentie (Brussel, 1972) grondig is gewijzigd, blijven de gebreken talrijk en ernstig. Bezien wij enkele artikelen dezer C.C.V. nader.

Artikel 1 introduceert (in lid 1) de term reisovereenkomst (contrat de voyage), doch zegt er niet meer of anders van dan dat het is hetzij een contrat d'organisation de voyage, hetzij een contrat d'intermédiaire de voyage. Daarna volgen de definities van deze onderscheiden categorieën. Derhalve: wat niet tot één van beide behoort is geen reisovereenkomst.

Vergelijken wij beide definities (25). Het is namelijk van gewicht of de overeenkomst die het reisbureau - of wie dan ook - afsluit tot de ene categorie behoort of tot de andere. Sprekend in de termen die wij hierboven zijn tegengekomen: wie een contrat d'organisation aangaat neemt nagenoeg de positie in van de aanneemer van werk, (26) wie een contrat d'intermédiaire afsluit is bezoldigde lasthebber.

Opvallend zijn allereerst de verschillen in de definities tussen het *Projet* en de C.C.V. Ter conferentie is ook dáárover blijkbaar het nodige te doen geweest. Het resultaat blijft onvoldoende.

(22) Couvrat t.a.p., p.180.

(23) Vanderperren t.a.p., p.269.

(24) E.V.R.1968, p.305-325.

(25) Contrat d'organisation de voyage: tout contrat, par lequel une personne s'engage, en son nom, à procurer à une autre, moyennant un prix global, un ensemble de prestations combinées de transport, de séjour distinctes du transport ou d'autre services qui s'y rapportent. Contrat d'intermédiaire de voyage: tout contrat par lequel une personne s'engage à procurer à une autre, moyennant un prix, soit un contrat d'organisation de voyage, soit une ou des prestations isolées permettant d'accomplir un voyage ou un séjour quelconque.

(26) Door wijziging der desbetreffende artt.13 en 15 is overigens veel van de oorspronkelijk aanwezige angel weggenomen.

Aan de definitie van contrat d'organisation (c.o.) is toegevoegd "en son nom", welke woorden bij het contrat d'intermédiaire (c.i.) ontbreken. Echter, ieder reisbureau handelt jegens het publiek onder eigen naam door het enkele feit dat het een bedrijf uitoefent en derhalve een handelsnaam voert. Het kan daarom niettemin zeer wel prestaties van een ander verschaffen en het doet dit ook, het doet niet anders, in beide categorieën. Men heeft in een poging tot afgrenzing van beide contracten een denkfout gemaakt: het optreden van het reisbureau "en son nom" of "en nom d'autrui" ziet in de leer van de lastgeving of bij het zich afzetten daartegen niet op de relatie van reisbureau tot client, maar op de relatie van reisbureau jegens vervoerder of hotelier.

De "prix global" die in de omschrijving van het c.o. voorkomt (en niet bij het c.i.) kan een methode van onderscheiding vormen, maar, zo vragen wij, wat is juridisch de relevantie of men de opdrachtgever één bedrag in rekening brengt of twee? En wat als men op de factuur de twee bedragen bij elkaar optelt?

Een derde verschil is dat tussen "un ensemble de prestations combinées" (c.o.) en "des prestations isolées" (c.i.). Ook hier alleen maar vraagtekens. De aansluitende vervoeren van trein en bus of van vliegtuig en taxi zijn duidelijk 'combinees', maar de ontwerpers zullen het wel niet zo hebben bedoeld (?). En hoe te denken over vliegreis en hotel met of zonder door het reisbureau besproken tussenliggende taxi? Men kan rustig zeggen dat als het reisbureau voor een reis twee (of meer) prestaties verschafft deze altijd met elkaar samenhangen en nooit van elkaar geïsoleerd zijn. Zou dan ook hier de "prix global" uitkomst moeten brengen (27)?

De woorden "permettant d'accomplir un voyage ou un séjour quelconque" in de definitie van het c.i. hebben geen onderscheidende kracht ten aanzien van het c.o. In beide gevallen gaat het om reis of verblijf. Er is over dit eerste artikel meer op te merken, maar wij laten het hierbij. De grondfout van de C.C.V. is dat zij accent-verschillen, die stellig zijn waar te nemen en die tot een genuanceerde benadering aanleiding kunnen geven, verab-

(27) Men denke aan het volgende praktijkgeval. De opdrachtgever wil vijf dagen naar Stockholm en bezoekt het reisbureau voor een vliegticket en een hotelkamer. De reisbureau-employé zal hem er op attent maken dat hij als hij zes dagen gaat voordeliger uit is. Hij kan zodoende nl. gebruik maken van een I.T.-vliegbiljet voor circa 2/3 van de prijs. Het reisbureau moet dan een factuur met een "prix-global" uitschrijven. Op hetzelfde moment echter zou, volgens de waarschijnlijke bedoeling der C.C.V., het reisbureau van "intermédiaire de voyages" veranderen in "organisateur". Het levert in het ene en in het andere geval, precies dezelfde diensten, zijn functie verandert in geen enkel opzicht, maar zijn positie rechtens verandert in één klap grondig.

soluteert door de ene reisovereenkomst, waarvan zij het bestaan erkent, niet op haar aard te onderzoeken, doch deze onbekende aanstonds in twee delen te snijden. Het resultaat is er naar (28).

Gaan wij ten overvloede nog enige andere artikelen na. Artikel 2, lid 1 (29) reikt buiten zijn krachten. Verondersteld dat Nederland een Etat non-contractant blijft, België daarentegen een Etat-contractant, dan zou de conventie toepasselijk zijn op een reis-overeenkomst in Nederland gesloten tussen een Nederlander en een hier gevestigd reisbureau als dit laatste zijn hoofdzetel in België heeft. De Nederlandse rechter zal er voor passen.

Artikel 6, dat in lid 1 een administratief nogal moeilijk document van het reisbureau eist, neemt dat in lid 2 terug door verwijzing naar het programma mogelijk te maken. Het reisbureau zal de client, die met het programma in de hand komt boeken, dan wel een reçu moeten laten tekenen, ten bewijze dat het programma is overhandigd aan de reiziger. Maar wat als de opdrachtgever een ander is dan de reiziger?

De reiziger mag zich volgens artikel 8 laten vervangen door een ander, mits deze voldoet aan de speciale eisen van reis of (en?) verblijf. Maar wat als de vervoerder of de hotelier op grond van zijn condities de remplaçant weigert? Voorbijgaand aan artikel 10, dat naast juridische vooral zakelijke problemen opwerpt - forse prijsverhogingen zouden onontkoombaar zijn - doet artikel 11 de vraag rijzen waarom stijgingen in bijv. de hoteltarieven niet tot prijsverhoging zouden mogen leiden. Men denke met name aan de landen die staatshotels kennen, waar het reisbureau zich in ieder geval niet op voorhand kan dekken.

Op deze wijze kunnen wij doorgaan. Naast het gesignaleerde euvel van weinig heldere begripsvorming, toont de C.C.V. een tweede gebrek: ze wil teveel regelen en heeft te weinig oog voor de eisen van de praktijk.

4. Ontwerp Schadee.

Het wordt de hoogste tijd dat nu dieper wordt ingegaan op het Ontwerp-Schadee.

Het eerste dat in gunstige zin opvalt is de eenvoud van de ontworpen bepalingen. Zij zijn ad rem en helder, vrij van dogmatisme. Zij pogen niet al te veel te regelen en laten ruimte voor ver-

(28) Degene bijv. die niet "en son nom" - wat dat dan ook hier moge betekenen - "prestations combinées" verschaft valt tussen schip en kade. Hij is nòch organisateur, nòch intermédiaire.

(29) Tekst: La présente Convention régit tout contrat de voyage conclu par un organisateur de voyages ou par un intermédiaire de voyages lorsque son établissement principal ou à défaut d'un tel établissement, sa résidence habituelle, ou l'établissement par l'entremise duquel le contrat de voyage a été conclu, se trouve dans un Etat contractant.

dere ontwikkelingen.

Het Ontwerp geeft in artikel 1 (30) een definitie van de reisovereenkomst, die aansluit bij de twee hoofdmomenten van de reis: vervoer en verblijf. Terzake van deze overeenkomsten (van vervoer en verblijf) is het reisbureau tussenpersoon. Dit stemt overeen met de werkelijkheid: het reisbureau is qua talis géén vervoerder en géén hotelier. Het biedt zijn diensten aan zodanig dat de opdrachtgever van deze (en dergelijke) door derden geboden gelegenheden van vervoer en verblijf op gemakkelijke wijze gebruik kan maken.

Contracterend met de opdrachtgever handelt het reisbureau altijd op eigen naam (zie boven). Contracterend met vervoerder of hotelier kan het reisbureau optreden in naam van de opdrachtgever (het vraagt een ticket of voucher op naam van meneer X), het kan ook op eigen naam contracteren. Daarbij kunnen weer twee mogelijkheden worden onderscheiden: het reisbureau noemt de naam van de "meester" later of het noemt deze helemaal niet. Het eerste doet zich bijv. voor als het reisbureau een vliegtuig heeft gecharterd en pas naderhand, kort voor de aanvang van het vervoer, een ticket verschaft van de vervoerder aan de reiziger en op diens naam. Het tweede komt (minder frequent) voor als bijv. het reisbureau voor een gezelschap van zeg 40 personen een touringcar voor een excursie heeft bevracht. De namen van de vervoerde personen blijven de vervoerder vaak onbekend. Zij ontleen hun recht op vervoer jegens de vervoerder aan de overeenkomst tussen reisbureau en vervoerder. Zo in het ene als in het andere, laatst-besproken geval behoeft het reisbureau niet mede iets voor zichzelf te hebben bedongen (lid 2).

In alle bedoelde gevallen heeft het reisbureau krachtens de reisovereenkomst voor de opdrachtgever een overeenkomst van vervoer afgesloten. Het is daarbij opgetreden binnen de grenzen van enerzijds de onmiddellijke anderzijds de middellijke vertegenwoordiging. In dit verband zou men aan een dogmatische plaatsbepaling kunnen denken, waarbij de reisovereenkomst wellicht het beste is te duiden als een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, die tevens een meer of minder geprononceerd element van vertegenwoordiging bevat (31).

Het reisbureau is overigens dikwijls tezelfder tijd agent van vervoerder en hotelier (of van een ander reisbureau). Wat de vervoerder betreft kent men de scheepvaartagent, handelend voor de vervoerder ter zee; de N.S.-agent waar men spoorbiljetten ver-

(30) De verwijzing geschiedt verder naar de nummers der artikelen in de betrokken afdeling (8.2.6.).

(31) Het Ontwerp voor het zevende boek van het nieuwe B.W. was bij het afsluiten van dit artikel nog niet verschenen. Met de bepalingen van Titel 7 (Opdracht) kon derhalve geen rekening worden gehouden.

krijgt; de I. A. T. A. -agent handelend voor de in het I. A. T. A. -kartel verenigde luchtvaartmaatschappijen. Ook de internationale busdiensten kennen eigen agenten. In deze relaties wordt het reisbureau uitsluitend door zijn principaal gehonoreerd. De opdrachtgever die met dit reisbureau een reisovereenkomst afsluit ter verkrijging van vervoer, vindt in het reisbureau tegenover zich de persoon die tevens gerechtigd is voor de vervoerder en op diens naam aanstonds de vervoerovereenkomst te sluiten.

Krachtens de reisovereenkomst is het reisbureau gerechtigd en verplicht de overeenkomst van vervoer (of verblijf) met de vervoerder (of hotelier) tot stand te brengen. De regels die deze verplichting beheersen noemt het ontwerp niet. De algemene regels van het verbintenissenrecht moeten uitkomst brengen: het reisbureau moet de opdracht correct, tijdig en volledig uitvoeren, uit de aard der zaak indien en voorzover er mogelijkheden van vervoer en verblijf zijn (32). Het zal zorg moeten betrachten bij de keuze van vervoerder en hotel, indien deze keuze niet door de opdrachtgever is gedaan. Het zal de geaccepteerde specifieke wensen van de opdrachtgever in acht moeten nemen. Het zal tijdig moeten reserveren en voor de juiste data (vgl. het voorbeeld onder 2 sub g). Enzovoort.

Aan de rechter de taak te beslissen of aan deze regels is voldaan. Er behoeft dunkt ons geen vrees te bestaan dat de Nederlandse rechter daarbij de grenzen van redelijkheid en billijkheid zo zeer zal overschrijden als elders wel is geschied (zie de voorbeelden onder 2 sub e en f).

Na de definitie van reiziger in artikel 2 (33), volgt in artikel 3 de gewichtige bepaling van dwingend recht (34), inhoudende, dat het reisbureau, dat zelf vervoert of logies verschafft, als zodanig, derhalve als vervoerder of hotelier, aansprakelijk is (35). Dit geval (van vervoer) doet zich in de praktijk nogal eens voor bij de reis per touringcar. Reisbureau en vervoerder zijn daar vaak één en dezelfde persoon.

(32) De C. C. V. zegt dat het reisbureau zal "veillent aux droits et intérêts du voyageur d'après les principes généraux du droit et les bons usages en ce domaine", wat niet veel anders is dan ons artikel 1375 B. W.

(33) Ook deze onderscheidt zich in gunstige zin van de vergelijkbare bepaling in de C. C. V., volgens welke de reiziger is "toute personne qui bénéficie de l'engagement", een vrij vage aanduiding.

(34) Wij vermelden dat niet telkens specifiek. Bijna de helft der artikelen is van dwingend recht.

(35) Wat het vervoer betreft zijn de regels dier aansprakelijkheid in wet en verdrag wel goeddeels aanwezig. Voor de hotellerie zijn er geen regels, behalve de weinig bekende, strikt privaatrechtelijke afspraken tussen F. I. A. V. en A. I. H., zijnde internationale lichamen van de reisbureaus resp. de hotellerie.

De zaken kunnen echter aanzienlijk moeilijker liggen, zoals blijkt uit het voorbeeld onder 2 sub h. We zien daar dat het reisbureau aansprakelijk is geacht, omdat het de zeggenschap aan boord van het vaartuig had. Of zulks in bedoeld geval terecht is beslist is een andere zaak. Het gaat er om dat met dit criterium een uiterst gewichtig element van de rechtsverhouding is gegeven.

Naar onze mening kan aan de hand van de twee volgende criteria, in de gegeven volgorde, een redelijke oplossing worden gevonden:

1. de inhoud van de toezegging,

2. de zeggenschap over het vervoermiddel tijdens de reis.

a. Het eerste criterium stelt de inhoud der overeenkomst voorop. Heeft het reisbureau beloofd te zullen vervoeren dan is het als vervoerder aansprakelijk, ongeacht of het enige zeggenschap heeft door een persoon in zijn dienst: chauffeur, piloot of kapitein (36). De duidelijke inhoud van de overeenkomst prevaleert hier boven de feitelijke omstandigheden der uitvoering.

b. Voorzichtiger en juistere handelt het reisbureau dat heeft toegezegd te zullen laten vervoeren, een toezegging die geheel in overeenstemming is met zijn rechtspositie uit de reisovereenkomst. Het neemt geen (mogelijkheid van) verdergaande aansprakelijkheid op zich. Maar hier kan de praktijk sterker zijn dan de leer. Zou immers in een dergelijk geval het reisbureau toch door zijn chauffeur, piloot of kapitein overduidelijk de volle zeggenschap hebben aan boord van het vervoermiddel, dan zal naar onze mening het reisbureau, ondanks de afwijkende inhoud der verbintenissen, als vervoerder zijn aan te merken. De tussenpersoon volvoert zelf het hoofdmoment van de verbintenis die het volgens de reisovereenkomst door een derde zou laten uitvoeren. Een vorm van "Selbsteintritt".

c. Als in de reisovereenkomst de zaken in het midden zijn gelaten: het reisbureau zal vervoeren of zal laten vervoeren, is de keuze aan het reisbureau (artikel 1309 B.W.). Het reisbureau zal dan meestal wel geacht kunnen worden voor 'laten vervoeren' te hebben gekozen. Het zal er niettemin goed aan doen deze keuze duidelijk ter kennis te brengen van de opdrachtgever. Is de keuze bepaald op 'laten vervoeren' dan geldt het onder b gezegde. Zo niet, dan zal zich het geval voordoen, bedoeld onder a (37) (38).

(36) Bij het vervoer per trein is het altijd de spoorwegondernemer die de zeggenschap heeft.

(37) Het reisbureau kan dus zeer wel diverse functies hebben, het kan ook uit de reisovereenkomst deels vervoerder worden, deels (ten aanzien van logies) tussenpersoon blijven, i.c. 'laten verblijven'. Of omgekeerd. Niet gemakkelijk te begrijpen is daarom de beslissing in het voorbeeld genoemd onder 2 sub c. De vraag is welke functie het reisbureau in concreto bij deze overeenkomst tegenover deze opdrachtgever heeft vervuld.

(38) Het niet helemaal duidelijke onderscheid tussen "contractuele

Het criterium dat (als derde) wel wordt gebruikt, namelijk de eigendom van het voertuig/vaartuig, achten wij niet beslissend. Of het reisbureau eigenaar is, dan wel (bijv.) slechts heeft gehuurd of in reis- of tijdbeverchting heeft gecharterd zal o.i. mogelijkterwils hulp kunnen bieden als de twee eerstgenoemde criteria tot geen duidelijke conclusie leiden. Het heeft geen zelfstandige betekenis, tenzij wet of verdrag uitdrukkelijk anders bepaalt.

Dit ten aanzien van de relatie reisbureau/vervoerder. Ten aanzien van het tweede hoofdelement der reisovereenkomst, het verblijf, zal naar onze mening op soortgelijke wijze moeten worden onderscheiden.

Artikel 4 van het Ontwerp legt het reisbureau de verplichting op tot het sluiten van verzekeringen ten behoeve van de reiziger. Dit gaat o.i. te ver. De reiziger zal toch zoveel eigen zeggenschap moeten worden gelaten, dat hij zelf beslist of hij verzekerd wil reizen of niet, en zo ja, waar hij de door hem begeerde verzekeringen sluit, c.q. wie hij daarmee belast, en tot welke bedragen. Men kan zeggen dat de bepaling niet van dwingend recht is, maar ze behoort in de wet niet thuis. Ten hoogste zou een verplichting tot aanbieding van verzekering aan het reisbureau kunnen worden opgelegd.

Artikel 5 bevat de langzamerhand gebruikelijke bepaling van aansprakelijkheid voor de 'préposés'. Een hier niet relevante vraag: waarom ontbreekt een dergelijke regel bij de expéditeur?

Artikel 6 brengt de figuur ten tonele, die in de C.C.V. met zo weinig succes is gebracht onder de noemer van 'organisation de voyage'. Wij hebben al gezegd dat het Ontwerp deze weg terecht niet volgt. Ook het reisbureau dat reizen aanbiedt in een programma of prospectus is qua talis tussenpersoon. Het wordt door publicaties als bedoeld geen vervoerder of hotelier - uiteraard tenzij het zich in die kwaliteit verbindt (zie boven).

Niettemin legt het Ontwerp een zwaardere plicht, een resultaatsverbintenis, op de schouders van deze 'touroperator', zoals dit reisbureau in de branche pleegt te worden aangeduid. De touroperator heeft er voor te zorgen, aldus artikel 6, dat de overeenkomsten van vervoer en verblijf - zij doen zich in de praktijk gewoonlijk te zamen voor - tussen opdrachtgever enerzijds en vervoerder en hotelier anderzijds tot stand komen. Brengt hij dit resultaat niet teweeg, dan is hij aansprakelijk voor de daardoor opgekomen schade, tenzij hij bewijst dat hij, gemeten naar de normen van een zorgvuldig reisbureau, de schadebrengende omstandigheid niet heeft kunnen vermijden en de gevolgen daarvan niet heeft kunnen verhinderen. De ratio van deze bepaling kan in twee omstan-

vervoerder" en "feitelijke vervoerder", dat op het terrein van het luchtrecht wordt gemaakt in het Verdrag van Warschau (1929), sinds de wijziging van Guadalajara (1961), zal mogelijk moeten worden begrepen met behulp van bovenbedoelde regels.

digheden worden gezocht. In de eerste plaats pleegt de touroperator zich ten aanzien van zowel het vervoer als het verblijf tevoren 'in te dekken'. Wanneer hij geen eigen vervoermiddelen heeft chartert hij deze; bij het ontbreken van eigen hotels bespreekt hij item zoveel bedden. Hij heeft het daardoor binnen de omvang dezer reserveringen goeddeels zelf in de hand de aangeboden overeenkomsten van vervoer en verblijf tot stand te brengen.

In de tweede plaats presenteert de touroperator zich in zijn reisprogramma aldus aan het publiek. Ook als hij duidelijk te kennen geeft dat vervoer en logies door met name genoemde derden worden verzorgd, biedt hij zich aan als degene die deze derden 'at his beck and call' heeft. Hij moet zulks dan maar waarmaken, meer in het bijzonder ook dat deze derden de kwaliteiten hebben die hij voorgeeft.

De artikelen 7 en 8 regelen het geval dat de overeenkomst tot vervoer of verblijf niet behoorlijk wordt uitgevoerd.

Artikel 7 zegt wat rechtens is als het reisbureau zelf als vervoerder of hotelier is opgetreden. Het moet onverwijld aan de opdrachtgever, die zich zelf of de reiziger beschadigd acht, mededelen dat het zelf heeft vervoerd, c.q. logies heeft verschaft. Doet het dat niet en zou het niet tijdig in deze kwaliteit zijn aangesproken - men denke aan vervaltermijnen -, dan verbeurt het (aan de opdrachtgever) een boete die gelijk is aan de schadevergoeding die het anders zou hebben moeten betalen (39).

Artikel 8 regelt het normale geval. Het reisbureau heeft niet zelf uitgevoerd, maar zich beperkt tot zijn taak ex de reisovereenkomst. Wat als de derde (vervoerder of hotelier) wanprestatie pleegt? In principe zal dan de opdrachtgever uitsluitend een actie hebben tegen de derde. Het reisbureau moet de opdrachtgever terzake nauwkeurig en volledig informeren en relevante documenten ter beschikking stellen. Het is echter mogelijk dat naast vervoerder of hotelier, ook het reisbureau blaam treft. Men zie hetgeen is gezegd ad artikel 1. Als, tenslotte, het reisbureau niet met bekwame spoed de informatie en gegevens verschaft die de opdrachtgever behoeft, verbeurt het reisbureau een boete, gelijk aan de (resterende) schade van de opdrachtgever.

Geven de artikelen 7 en 8 een vordering aan de opdrachtgever, degene die de reisovereenkomst met het reisbureau aanging, artikel 9 bepaalt dat in sommige gevallen de reiziger zelf een vordering heeft, ongeacht of hij contractueel de wederpartij is van vervoerder of hotelier. De reiziger en hij alleen heeft deze vordering als hij letsel of vertraging heeft opgelopen, dan wel als verlies, beschadiging of vertraging van bagage is opgetreden. De opdrachtgever blijft hiet buiten spel (40).

(39) Vgl. het geval onder 2, sub j.

(40) In zijn toelichting verwijst Schadee, via artikel 8.2.4.4 van het Ontwerp, naar artikel 10, lid 2 van het Verdrag van Brussel

Dat het reisbureau mede-aansprakelijk kan zijn, geldt vanzelfsprekend ook hier (41). In geval van lichamelijk letsel c.q. dood van de reiziger beperken het eerste en het tweede lid van artikel 9 de kring van personen die een vordering hebben en bepalen zij de waardering der schadevergoeding op de wijze van artikel 1406 c.q. 1407 B.W. Ten aanzien van de in lid 1 genoemde ongelukken met de bagage lijkt een waardering naar gelang van de wederzijdse stand en fortuin niet aanstonds zinvol.

Artikel 10 legt (voor het eerst) een verplichting op aan de opdrachtgever. Hij moet het reisbureau schadevergoeding betalen als de reiziger niet verschijnt of als hij niet de vereiste documenten bezit voor zichzelf of zijn bagage. Men denke aan de afwezigheid van paspoort, visum, health papers, e.d. - uiteraard indien en voorzover het reisbureau niet op zich heeft genomen deze documenten zelf te verzorgen.

"Door welke oorzaak dan ook" zegt het artikel. Het risico van bijv. ziekte van de reiziger ligt bij de opdrachtgever. Wil hij dit risico niet lopen dan dient hij zich te verzekeren (42).

De artikelen 11 en 12 geven onderscheidenlijk het reisbureau en de opdrachtgever het recht de reisovereenkomst te ontbinden, wanneer zich namelijk voor of tijdens de reis omstandigheden voordoen aan de zijde van de opdrachtgever of reiziger, c.q. aan de zijde van het reisbureau, die de bedoelde partij ten tijde van het aangaan der reisovereenkomst niet behoefde te kennen en die, had zij ze wel gekend, grond zouden hebben opgeleverd de reisovereenkomst niet of niet zó te sluiten. Voor wat betreft het recht tot ontbinding dat het reisbureau wordt toegekend, denke men aan het geval dat de reiziger ziek is of wordt, zich aan ergerlijk misbruik van sterke drank of drugs schuldig maakt, een psychisch gestoord persoon blijkt, of fysiek gehandicapt is, te ernstig voor het vervoer of het verblijf dat bij de overeenkomst is voorzien. Dit laatste kan bij verontschuld bare onbekendheid met de omstandigheden van vervoer of verblijf, ook voor de opdrachtgever zelf reden zijn tot ontbinding der reisovereenkomst. Men zal immers wel moeten aannemen dat deze omstandigheden van vervoer of verblijf zich voordoen "aan de zijde van het reisbureau" (43).

Bijzonder moeilijk te bepalen zal zijn of er voor partijen een verplichting tot schadevergoeding zal ontstaan. De rechter wordt opgedragen te beslissen naar redelijkheid en billijkheid. Wij zouden menen dat er aan de zijde der wederpartij verwijtbaarheid moet zijn, wil de ontbinder aanspraak hebben op schadevergoeding. Wat de opdrachtgever aangaat, hij moet zich deugdelijk hebben

(Bruspass. 1961) en naar Hoge Raad 2 april 1936, N.J. nr. 752.

(41) Vgl. de gevallen, bedoeld onder 2, sub d en i.

(42) De praktijk kent voor deze en dergelijke gevallen de zgn. annuleringsverzekering.

(43) In de toelichting wordt verwezen naar hetgeen bij de artikelen 8.2.4.7 en 8.2.4.8 is opgemerkt.

geinformeerd omtrent de geschiktheid van de reiziger voor het beoogde vervoer of verblijf. Het is hem in het algemeen te verwijten als hij een (chronisch) zieke of anderszins ongeschikte persoon als reiziger opgeeft. Zijn opdrachtgever en reiziger dezelfde, dan geldt zulks a fortiori. Wat het reisbureau aangaat, hier kan foutieve informatie verwijtbaar zijn. Overigens zijn er niet gemakkelijk voorbeelden van verwijtbaarheid te vinden, buiten de gevallen van wanprestatie hierboven besproken.

Artikel 13 geeft de opdrachtgever nog een (extra) recht tot ontbinding, los van de zoeven besproken gevallen. Maakt hij daarvan gebruik dan moet hij het reisbureau schadevergoeding betalen. De praktijk kent deze 'annulering' vooraf reeds en werkt vaak met gefixeerde schadebedragen. Bij ontbinding tijdens vervoer of verblijf - niet frekwent maar zeer wel denkbaar - zal het schadebedrag gewoonlijk zijn maximum vinden in de som die voor het resterend vervoer of verblijf verschuldigd was.

De slotregel (artikel 14) geeft een vervaltermijn in verband met schadeaanpakken jegens het reisbureau: drie maanden voor het doen van een kennisgeving van schade. Het adres waar deze mededeling onverwijld moet worden gedaan kan speciaal daartoe door het reisbureau zijn opgegeven. Gedacht kan worden aan een adres in het buitenland, ter plaatse of in de omgeving van het verblijf. Heeft het reisbureau niet een dergelijk adres verstrekt, dan moet de kennisgeving plaats vinden aan het reisbureau zelve, maar dan binnen drie maanden nadat de uitvoering van de laatste overeenkomst, die het reisbureau krachtens de reisovereenkomst heeft afgesloten, is geëindigd. Meestal dus binnen drie maanden na terugkeer in Nederland. Een bepaalde vorm van kennisgeving is niet vereist.

De ratio van deze vrij korte termijn is, dat het reisbureau in de gelegenheid behoort te zijn om het van de naald een onderzoek in te stellen naar aard en omvang der gepretendeerde schade en de omstandigheden waaronder deze is opgekomen. Geen termijn is bepaald voor het instellen der rechtsvordering. De branche zal daarin desgewenst zelf kunnen voorzien middels algemene voorwaarden, mits de evenbedoelde wettelijke termijn daardoor niet tot een farce wordt.

Slot

Reizen is een avontuur en het moet dat blijven. Het brengt daardoor eo ipso risico's met zich mee. Een gereglementeerd avontuur is in zekere zin een contradictio in terminis. Aan enige regeling was echter moeilijk te ontkomen. Zolang men niet probeert de vrijheid tot het nemen van risico's te ernstig te beknotten zal een ieder daar vrede mee hebben.

De echte reiziger neemt de risico's voor lief. Hij moge met panne in de Sahara zitten, hij zal zich niet beklagen, want hij beseft dat hij er een sprookje kan beleven en een prins kan ontmoeten.

ten. Die komt hem niet tegemoet met aansprakelijkheidsclausules en verzekeringspolissen, maar hij zal hem misschien zeggen:

"Toi, tu auras des étoiles comme personne n'en a" (44).

Moge ons "reglement" van wetgever tot en met rechtspraak ook van deze geest doortrokken blijven.

(44) Antoine de Saint-Exupéry, "Le Petit Prince".

1. Vele contractuele verhoudingen bevatten - hetzij krachtens wet of verdrag, dan wel krachtens de overeenkomst zelf - voorzieningen welke de contractant die zijn wederpartij wegens wanprestatie aansprakelijk wil houden, daarin belemmeren. Te denken valt aan exonerationen, aansprakelijkheidslimieten, vervaltermijnen, bepalingen betreffende toepasselijk recht, jurisdictie, arbitrage en wat dies meer zij. Op weinig gebieden zijn dergelijke voorzieningen in zo talrijke en gevarieerde mate gangbaar als in het recht betreffende het vervoer, zowel over zee en binnenwateren als te land en in de lucht.

Het is niet verwonderlijk dat bij de partij die zo'n voorziening op haar weg aantreft geneigdheid bestaat om te trachten daaraan te ontkomen. Daarbij zijn in beginsel drie figuren denkbaar, te weten:

A. degene die door een contractueel beding in zijn actie belemmerd wordt, spreekt zijn wederpartij uit onrechtmatige daad aan, B. de eisende partij spreekt niet haar door wettelijke of contractuele voorziening beschermde mede-contractant, doch uit onrechtmatige daad een derde aan; voorbeeld: de lading-ontvanger ageert tegen de ondergeschikte van de vervoerder,

C. degene die jegens zijn contractuele wederpartij door wet of overeenkomst is beschermd, wordt door een derde uit onrechtmatige daad aangesproken; voorbeeld: de ladingeigenaar die geen contractuele wederpartij van de vervoerder is ageert tegen deze laatste (1).

De figuren B en C, die in zekere zin elkaar's spiegelbeeld vormen, doch dikwijls samenvallen (2), vormen dus steeds driehoeksverhoudingen - of meerhoeksverhoudingen - waarbij eiser en verweerder niet elkaars contractuele wederpartijen vormen maar onderling als derden zijn te beschouwen en waarbij de eiser zijn toevlucht neemt tot een paardesprong.

(1) Men verg. voor figuur B ook de in noot 5 te noemen arresten en in het algemeen de jurisprudentie en literatuur vermeld in Onrechtmatige Daad III (Herrmann) no. 50 sub 2, en voor figuur C de in noot 6 te noemen arresten, alsmede ibidem no. 50 sub 1.

(2) Men zie mijn intree-rede Rotterdam 1964, getiteld: Een paardesprong in het privaatrecht (waarover Heuzeveldt in R.M. Themis 1966 p. 123 e.v.) p. 8-9.

Voor de drie figuren bevat boek 8 een regeling, waarbij figuur A - welke geen paardesprong betreft - de minste problemen geeft en hier verder buiten beschouwing blijft (3).

2. Het omzeilen van wettelijke of contractuele belemmeringen door middel van paardesprongen begint als probleem op het ganse gebied van het privaatrecht langzamerhand actueel te worden, hetgeen hier te lande in de jurisprudentie herhaaldelijk zijn neerslag heeft gevonden. Bij wege van voorbeeld noem ik enige na-oorlogse arresten van de Hoge Raad.

Zo werd bij het Lemmerboot-arrest van 1950 beslist dat de krachtens art. 1406 B.W. aansprakelijke persoon een door hem van de overledene bedongen exoneration niet met vrucht aan de eisende weduwe kon tegenwerpen (4). Ook op het gebied van de productenaansprakelijkheid - bij het in 1966 gewezen Moffenkit-arrest - heeft de Hoge Raad, m.i. terecht, een paardesprong doen slagen (5). Bij het gegaste uien-arrest van 1969 daarentegen liet het College een paardesprong mislukken, oordelende dat de eiseres de door verweerster van de contractuele wederpartij der eiseres bedongen exoneration tegen zich moest laten gelden (6).

De vraag in welke gevallen het maken van paardesprongen op het gebied van het privaatrecht gewenst is, dan wel moet worden tegengegaan, kan niet in het algemeen worden beantwoord en valt buiten het bestek van dit preadvies, waarbij slechts de in boek 8 vervatte paardesprong-regeling aan de orde is.

(3) Men zie de Toel. p. 1282 slot, en voor wat het cognossemments-vervoer betreft art. 8.5.2.67. Voor de samenloop-problematiek in het algemeen verwijs ik naar C. A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, diss. L.B. 1966.

(4) H.R. 22 dec. 1950, N.J. 1951, 222 m.o. Ph.A.N.H. Door de wetgever is zulks nadien voor het binnenvaartrecht gesanctionneerd (art. 921a), doch voor het zeerecht niet (art. 524b); men zie dien-aangaande Dorhout Mees, *Kort Begrip* (vijfde druk) nrs. 9.400 en 10.97. In art. 6.1.9.12, vierde lid, wordt - in afwijking van de leer van de H.R. - voorgesteld de paardesprong te verijdelen.

(5) H.R. 25 maart 1966, N.J. 1966, 279 m.o. G.J.S., AAe 1966 p. 38 m.o. Van der Grinten. Een vergelijkbare figuur (overigens geen productenaansprakelijkheid betreffende) leidde tot H.R. 3 mei 1946, N.J. 1946, 323 (Staat/Degens/Atiba).

(6) H.R. 7 maart 1969, N.J. 1969, 249 m.o. G.J.S. Men verg. ook H.R. 6 maart 1953, N.J. 1953, 791 m.o. Ph.A.N.H. (Nicolaos Pateras), waarbij zich een dergelijke figuur voordeed en de paardesprong op ander grond mislukte. Belangwekkende beschouwingen van dogmatische aard - inzonderheid n.a.v. de arresten van 1966 en 1969 - zijn te vinden bij C.P. Aubel, *En passant de tweede hand*.

3. Het is vooral in het zeerecht waar paardespiong-problemen reeds lang een grote rol spelen, zulks als gevolg van de soms lange ketens van door verschillende contracten (zoals bevrachtingen, vervoers- en expeditie-overeenkomsten e.d.) met elkaar verbonden personen, waardoor gecompliceerde structuren kunnen ontstaan.

Al bijna een halve eeuw geleden - in 1924 - oordeelde het Britse Hogerhuis bij zijn bekende uitspraak inzake *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co* (7) dat de scheepseigenaar zich jegens de ladingontvanger mocht beroepen op een exoneration-clausule in het cognossement dat door de bevrachter was afgegeven en door de kapitein als agent van de bevrachter was getekend, zodat de scheepseigenaar er geen partij bij was. Twee jaar later verdedigde *Cleveringa* hier te lande de zienswijze dat de aansprakelijkheid van de reder jegens derden zich niet behoort uit te strekken buiten de grenzen van zijn aansprakelijkheid jegens zijn contractspartner (8). Deze zienswijze heeft een dertigtal jaren later - ter gelegenheid van de toetreding van Nederland tot het Brussels Cognossementsverdrag van 1924 - haar neerslag in onze wetgeving gevonden (9).

Intussen was het resultaat, bereikt door de zojuist genoemde Britse uitspraak van 1924, in feite teniet gegaan door de bekende uitspraken van het Engelse Hof van Appel inzake de *Himalaya* (10) en van het Britse Hogerhuis inzake *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.* (11), waarbij aan ondergeschikten (in casu kapitein en bootman), resp. aan "independent contractors" (in casu stewards) van de zeevervoerder bescherming tegen paardespiongen was ontzegd. Ook in andere landen valt deze teneur in de jurisprudentie te bespeuren (12).

Door middel van internationale verdragen op het gebied van het vervoersrecht tracht men een bescherming tegen paardespiongen

(7) (1924) 18 Lloyd's Rep. 319.

(8) NJB 1926 p. 81-87.

(9) De van 1955 daterende en in 1956 in werking getreden artt. 321, derde lid (reder), 459a (vervrachter, 473a (goederenvervoerder), 524b (personenvervoerder) voor het zeerecht en de artt. 780, derde lid (scheepseigenaar), 791a (vervrachter, 815a (goederenvervoerder), 921a (personenvervoerder) en 931a (sleepondernemer) voor het binnenvaartrecht. Een opmerkelijk voorbeeld van op art. 321, derde lid, anticiperende rechtsvinding - waarbij steun wordt gevonden in het gegaste uien-arrest van 1969 - treft men aan bij Hof 's-Grav. 2 juni 1972, N.J. 1973, 29.

(10) (1954) 2 Lloyd's Rep. 267 (Adler/Dickson).

(11) (1961) 2 Lloyd's Rep. 365.

(12) Men zie dienaangaande, behalve de in de Toel. vervatte gegevens, E. Selvig, *Unit Limitation of Carrier's Liability*, p. 138 e.v.

tot stand te brengen en hier te lande heeft de wetgever - zoals reeds opgemerkt - beschermende bepalingen ingevoerd. Deze laatste regeling heeft overigens een beperkte strekking. Stellig van grote betekenis bij de totstandkoming van onze nieuwe burgerlijke wetgeving is dat thans voor het vervoersrecht in boek 8 de onderhavige materie op systematische en veelomvattende wijze wordt geregeld, waardoor in een groot aantal denkbare gevallen bescherming tegen paardesprongen in het leven wordt geroepen. Het lijkt mij niet uitgesloten dat deze regeling ook buiten het terrein van boek 8 bevruchtend zal kunnen werken, zowel op andere sectoren van het privaatrecht hier te lande als op het vervoersrecht elders.

4. Om welke personen gaat het op het gebied van het vervoer, d. w. z. a) welke personen zouden voor bescherming tegen paardesprongen in aanmerking kunnen komen, en b) van welke personen kan het maken van paardesprongen verwacht worden?

Wat categorie a) betreft, valt in de eerste plaats te denken aan alle personen die deel uitmaken van de - soms lange - exploitatieketen, lopende van de reder (= scheepseigenaar), via bevrachters en vervoerders, naar de ladingbelanghebbenden, met name de afzender, expediteur, ontvanger, eigenaar, resp. de reiziger, het reisbureau, degenen die bij de behouden aankomst van de reiziger belang hebben, zoals diens familie en werkgever; in het binnenvaartrecht spelen dan nog de sleepondernemer en de belanghebbenden bij de gesleepte zaak een rol. Het is duidelijk dat niet al deze personen door middel van een overeenkomst formeel een schakel in de keten hoeven te vormen (13).

In de tweede plaats komen voor bescherming in aanmerking de ondergeschikten van degenen die aan acties als uitvloeisel van de vervoersoperatie bloot staan.

In de derde plaats noem ik de niet-ondergeschikte opdrachtnemers ("independent contractors") van de tot de vervoersketen behorende personen, voor zover zij niet zelf van deze keten deel uitmaken. Met name de positie van de stuwadoer is hierbij van belang. Deze opdrachtnemers vinden in boek 8 geen bescherming tegen paardesprongen (14).

De vraag wie als aanvallers kunnen optreden is eenvoudig te beantwoorden: in beginsel allen - al dan niet van de vervoersketen deel uitmakend - die ter vermijding van wettelijke of contractuele

(13) In de schematische voorstelling van deze keten op p. 1283 van de Toel. onder de letter I als buitenstaanders aangeduid.

(14) Men zie de Toel. p. 1284 punt 3. In NJB 1963 p. 246 had Schadee nog met sterke argumenten uitbreiding van de Himalaya-regeling tot niet-ondergeschikte opdrachtnemers bepleit. Terloops zij opgemerkt dat in de terminologie van art. 7.7.1.1. de uitdrukking "niet-ondergeschikte opdrachtnemer" een pleonasme vormt.

belemmeringen een ander dan hun contractuele wederpartij uit onrechtmatige daad aansprakelijk stellen.

5. Alvorens aandacht te wijden aan de keuze tussen de verschillende denkbare systemen tot het tegengaan van paardesprongen, maak ik een enkele opmerking over de vraag of het in principe gewenst en noodzakelijk is om op vervoersgebied zulk een bescherming te aanvaarden en wettelijk te regelen. Naast een aantal evidente voordelen - waarop ik nog nader terugkom - zijn er stellig ook bezwaren aan verbonden.

Als argumenten tegen bescherming noem ik hier:

a) bescherming betekent een afwijzing van het in art. 1376 B.W. neergelegde beginsel, nu hetzij de eiser dan wel de verweerder erdoor wordt geconfronteerd, c.q. zich kan beroepen op een overeenkomst waarbij hij geen partij is. Doorslaggevend acht ik dit bezwaar niet; het bedoelde beginsel hoeft - zeker de jure constituendo - niet als heilige koe te worden behandeld indien met afwijking ervan waarwegende belangen zijn gemoeid.

b) contractuele voorwaarden worden dikwijls - door middel van verwijzing naar *dépôt* op een griffie of in de vorm van kleine lettertjes - door een der contractanten eenzijdig opgelegd aan de wederpartij, die daardoor in een onevenredig ongunstige positie kan geraken. In zodanige geval kan het omzeilen der condities maatschappelijk juist gewenst zijn, en zou er voor het tegengaan van zodanige omzeiling geen goede grond zijn, in tegendeel. Naar wij nog zullen zien, spreekt dit bezwaar in het vervoersrecht overigens minder sterk dan op andere terreinen.

c) aan een wettelijke regeling zou geen behoefte bestaan omdat degene die condities van zijn wederpartij heeft bedongen, zelf een bescherming tegen paardesprongen kan opbouwen, met name door het maken van derdenbedingen (bijv. ten behoeve van zijn ondergeschikten) of van vrijwaringsclausules, dan wel door het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Ook deze overweging acht ik niet doorslaggevend, aangezien zowel vrijwaringsclausules als aansprakelijkheidsverzekeringen licht tot extra-procedures en tot kostenverzwaring kunnen leiden, en het preventieve effect van een wettelijke regeling tegen paardesprongen achterwege blijft, terwijl degenen die het van derdenbedingen moeten hebben - men denke aan ondergeschikten - het stipuleren daarvan doorgaans niet zelf in de hand hebben.

d) een sluitende wettelijke voorziening zal licht tot een gecompliceerd geheel van regels leiden. Bij het voor boek 8 gekozen systeem is aan dit bezwaar dan ook niet ontkomen.

Tegenover deze bezwaren staan de volgende argumenten vóór de invoering van een wettelijke beschermingsregeling:

1) in het vervoersrecht zijn aansprakelijkheidslimieten, exoneraties e.d. niet alleen van oudsher gebruikelijk, maar ook functioneel: zij maken het de deelnemers aan het vervoersgebeuren

mogelijk de door hen op zich genoemen risico's bij voorbaat te overzien en door hen te sluiten verzekeringen dienovereenkomstig in te richten, terwijl de respectieve wederpartijen met deze condities vertrouwd plegen te zijn en er harerzijds uit assurantie-oogpunt rekening mee kunnen houden. Veelal zijn de condities bepalend voor de vraag wie zich tegen welke risico's moet verzekeren. Bovendien gaat het dikwijls om standaardvoorwaarden, die niet eenzijdig worden opgelegd, maar als compromis tussen de verschillende belangengroeperingen tot stand zijn gekomen. Als voorbeelden noem ik de inhoud van internationale conventies, zodat de Hague Rules, en stelsels van standaardcondities, zoals de A.V.C., die direct of indirect door de wetgever zijn gesanctioneerd (15). Het doorkruisen door middel van paardesprongen van de soms ingewikkelde en fijnmazige structuren op vervoersgebied kan desintegrerend werken en de verzekeringskosten opjagen. 2) het tegengaan van paardesprongen bij vervoer begint internationaal meer en meer als aanvaardbaar en gewenst te worden beschouwd, hetgeen in verband met het sterk internationale aspect van de vervoersmaterie zwaar weegt.

3) voor wat de categorie der ondergeschikten betreft is het in verband met hun doorgaans kwetsbare sociaal-economische positie van groot belang dat zij tegen paardesprongen worden beschermd.

4) indien eenmaal een wettelijke regeling - hoezeer ook gecompliceerd - geldt, zal de preventieve werking daarvan waarschijnlijk vrij zelden tot toepassing leiden, afgezien uiteraard van die gevallen waarin er op geheel andere gronden, bijv. insolventie of onvindbaarheid van de contractuele wederpartij, aanleiding bestaat een ander dan die wederpartij aan te spreken.

De voor- en nadelen van een wettelijke beschermingsregeling tegen paardesprongen - zoals hier globaal gereleveerd - tegen elkaar afwegende, ben ik het met de opsteller van boek 8 eens dat zulk een regeling daarin thuis hoort.

6. Gegeven deze conclusie komt aan de orde de vraag, op welke wijze een bescherming tegen paardesprongen dient te worden gerealiseerd. In beginsel komen twee verschillende stelsels in aanmerking, namelijk:

I) degene die door een derde wordt aangesproken, kan aan deze de verweermiddelen tegenwerpen waarover hij jegens zijn contractuele wederpartij beschikt (kort gezegd: het contract dat de aangevallene met betrekking tot het gelaedeerde belang aanging), II) de aangesprokene kan aan de eiser de verweermiddelen tegenwerpen waarover de contractuele wederpartij van de eiser jegens deze beschikt (kort gezegd: het contract dat de aanvaller zelf met betrekking tot het gelaedeerde belang sloot).

(15) Men verg. G.J. Scholten onder het in noot 5 vermelde Moffenkit-arrest, Dorhout Mees t.a.p. nr. 8.25.

Bij het bespreken van beide systemen zal ik summier enige aandacht wijden aan de vraag hoe die systemen de jure constituto zouden kunnen worden gefundeerd. M.i. verdient overigens een regeling van geschreven recht - zoals thans reeds incidenteel in het W.v.K. voorkomend en uitvoeriger in boek 8 voorgesteld - de voorkeur, nu daarbij een doeltreffender en meer rechtszekerheid biedende detaillering mogelijk is, hetgeen mede bij toepassing van Nederlands recht door buitenlandse belanghebbenden en rechters van groot belang is.

Het hiervoor onder I bedoelde stelsel (het contract van de aangevallene als verweermiddel) is, met name bij vervoer van goederen, theoretisch te funderen op het beginsel neergelegd in art. 2014, eerste lid, B.W.; op die grond is hantering ervan dan ook wel bepleit (16). De daarbij gevolgde gedachtengang kan als volgt worden samengevat: A (de ladingbelanghebbende) vertrouwt het te vervoeren goed toe aan B (de vervoerder/bevrachter), die het op zijn beurt afstaat aan C (de reder/vervrachter), waarbij B jegens C, voor zover deze als derde te goeder trouw valt aan te merken, is gelegitimeerd als degene die gerechtigd is ten aanzien van dat goed in de door C bedongen exonerationen e.d. te bewilligen. Het in genoemde wetsbepaling vervatte beginsel brengt dan mee dat A, die zijn goed vrijwillig uit handen gaf aan B, de door C van B bedongen exonerationen e.d. "tegen zich zal moeten laten gelden" (17).

Een bezwaar tegen toepassing van deze constructie op het vervoersgebeuren is echter gelegen in de uit art. 2014, eerste lid, voortvloeiende eis dat de derde C (in casu de reder/vervrachter) te goeder trouw dient te zijn, d.w.z. gelet op hetgeen hij weet of behoort te weten in redelijkheid af mag gaan op de door B gewekte schijn dat deze ten aanzien van het te vervoeren goed gerechtigd was in C's exonerationen e.d. te bewilligen. Enerzijds pleegt de reder in gevallen als hier bedoeld zeer goed te weten dat zijn contractuele wederpartij juist niet de rechthebbende op het goed is, anderzijds zal hij er meestal op mogen vertrouwen dat de rechthebbende dit goed uit handen gaf in de wetenschap, althans redelijke verwachting dat zijn wederpartij zich op haar beurt exonerationen e.d. met betrekking tot het goed zou hebben te laten welgevalen. Of een beroep van C (de reder/vervrachter) jegens A (de ladingbelanghebbende) op goede trouw zal slagen, zou wel eens van geval tot geval anders door de rechter kunnen

(16) Hier te lande met name door H. Drion, preadvies NJV 1957 p. 257-259, nader uitgewerkt door Aubel t.a.p. nr. 117 e.v.; anders G.J. Scholten onder het in noot 6 vermelde gegaste uien-arrest.

(17) De tussen aanhalingstekens geplaatste woorden ontleen ik aan het gegaste uien-arrest.

worden beoordeeld, hetgeen de constructie uit een oogpunt van rechtszekerheid weinig aantrekkelijk maakt. De voordelen van een regeling van geschreven recht liggen hier voor de hand.

Een andere theoretische fundering van het sub I bedoelde stelsel is via middellijke vertegenwoordiging denkbaar: B (de vervoerder/bevrachter) zou A (de rechthebbende op de lading) ten opzichte van C (de reder/vervrachter) vertegenwoordigen en op die wijze A aan de door C bedongen exonerationen e.d. binden (18).

7. Wat er overigens van deze dogmatische uitweiding zij: het systeem waarbij de aangevallene zijn eigen contract aan de aanvaller kan tegenwerpen is weliswaar, op het voetspoor van Cleveringa, sedert 1955 in het W.v.K. aanvaard, maar bij de samenstelling van boek 8 verworpen. Voordeel van dit stelsel is de betrekkelijke eenvoud: de aangesprokene weet bij voorbaat waar hij aan toe is, ongeacht of hij door zijn contractuele wederpartij dan wel door een derde in rechte wordt betrokken, en kan er zich tegen verzekeren (19). Als nadeel moet echter gelden dat de derde-eiser een contract tegengeworpen krijgt, aan het sluiten waarvan hij part noch deel had, zodat hier de afwijking van het in art. 1376 B.W. neergelegde beginsel sterk spreekt. Ten hoogste zou men kunnen zeggen dat dit nadeel wordt verzacht door hetgeen hiervoor over de mogelijke theoretische funderingen van het stelsel werd opgemerkt.

Bij de in boek 8 voorgestelde beschermingsregeling is weloverwogen gekozen voor het hiervoor sub II bedoelde stelsel: het contract van de aanvaller zelf als verweermiddel (20). Van de voordelen van dit stelsel noem ik vooreerst het meest principiële en tevens functionele: indien een gelaedeerde zijn toevlucht neemt tot een paardesprong, is dit veelal teneinde zich te onttrekken aan de belemmeringen die het door hemzelf aangegane contract heeft geschapen. De meest voor de hand liggende wijze om het nemen van een zodanige paardesprong tegen te gaan bestaat uiteraard in het bewerkstelligen dat de eiser nochtans aan die door hemzelf in het leven geroepen belemmeringen is gebonden (21).

(18) Men zie Aubel t.a.p. nr. 65 e.v., mijn hiervoor genoemde intree-rede (inzonderheid voetnoot 43) en voorts Schoordijk laatstelijk in WPNR 5211 en 5212.

(19) Terecht wijst Schadee in NJB 1963 p. 427 overigens op het praktische bezwaar van het stelsel, daarin betaande dat het de potentiële aangevallene ertoe kan brengen allerhand bepalingen in zijn contract op te nemen die met de verhouding tot zijn wederpartij niet van doen hebben.

(20) Reeds in zijn meergenoemde artikel in NJB 1963 p. 426 e.v. pleitte Schadee voor dit stelsel, zulks met bestrijding van het systeem-Cleveringa; anders Heuzeveldt in NJB 1963 p. 798 e.v.

(21) Men verg. mijn meergenoemde intree-rede p. 9.

De Toelichting (p.1281) motiveert de keuze voor stelsel II inzonderheid met een beroep op rechtsvergelijking: internationaal is het thans in het W.v.K. neergelegde stelsel niet aanvaard. M.i. weegt ook dit argument zwaar als redengeving om van dat stelsel af te stappen. Gezien het veelal internationale karakter van het vervoersrecht is het van groot belang om ten opzichte van het buitenland in de pas te lopen.

Het bij de totstandkoming van boek 8 gekozen stelsel is overigens niet zonder nadelen. Zo is het theoretisch minder goed te funderen, ofschoon ook hier aan een constructie gebaseerd op middellijke vertegenwoordiging gedacht zou kunnen worden. Voor de praktische uitwerking bezwaarlijk is dat deze tamelijk gecompliceerd blijkt uit te vallen. De formulering van het aangehangen principe, zo erkent Schadee in de Toelichting (p.1283), is uiterst moeilijk. Een bijkomend probleem doet zich voor wanneer de aanvaller zelf geen contract heeft, althans niet door middel van een door hem aangegaan contract van de vervoersketen deel uitmaakt, en de aangevallene wel. In zodanige gevallen gaat niet het zojuist genoemde principiële voordeel van het gekozen systeem op, namelijk dat dit systeem het onmogelijk maakt om zelf aanvaarde exonerties te omzeilen. In boek 8 is het probleem opgelost door de aangevallene in een dergelijk geval een beroep toe te staan op het "laatste contract" in de keten van de bij het vervoer betrokkenen (Toelichting p.1286-1287). Consequentie van deze oplossing is dat de aangesprokene zich in sommige gevallen tegen de eiser zal moeten verweren door het tegenwerpen van een overeenkomst waar geen van beide partij bij is en die - vooral indien de vervoersketen lang en gecompliceerd is, en zich over meer landen uitstrekt - niet altijd gemakkelijk zal zijn op te sporen.

Het voornaamste bezwaar tegen het gekozen stelsel lijkt mij hierin te zijn gelegen dat de aangesprokene in dit stelsel weliswaar wordt beschermd, maar door middel van een overeenkomst, bij de totstandkoming waarvan hij niet is betrokken, die een geheel andere inhoud kan hebben dan zijn eigen contract en door een volstrekt ander vervoersregime kan worden beheerst. Het is duidelijk dat de aansprakelijkheidsverzekering van de aangevallene, die uiteraard op diens eigen contract is toegesneden, lang niet altijd dekking zal verschaffen tegen een paardesprong, waartegen hij zich slechts door middel van een wellicht geheel andersoortig contract kan beschermen.

Het in boek 8 neergelegde stelsel biedt dus geen waterdichte bescherming tegen paardesprongen. Hoe ernstig dit bezwaar in de praktijk zal blijken uit te vallen, en in hoeverre het verzekerings-technisch mogelijk zal zijn daartegen - zonder buitensporige kosten - voorzieningen te treffen, kan ik moeilijk beoordelen.

8. Het is echter onvermijdelijk een keuze tussen beide stelsels te maken. Een tussenoplossing, waarbij in sommige gevallen

een beroep op het contract van de aangevallene zou worden toegestaan, lijkt mij bijzonder moeilijk te verwezenlijken en zou tot heilloze extra-complicaties leiden (22).

Als ik de hier aangeduide voor- en nadelen van beide systemen tegenover elkaar stel, kom ik tot de slotsom dat de bij het ontwerpen van boek 8 gedane keuze verantwoord is, waarbij ik aanstands wil opmerken dat het aan het gekozen stelsel inherente bezwaar van de gecompliceerdheid in zoverre is ondervangen dat dit stelsel door Schadee op uiterst vaardige wijze is uitgewerkt.

9. Na deze algemene beschouwingen ga ik thans wat nader in op de wijze waarop de materie - met inachtneming van het gekozen systeem - in boek 8 is uitgewerkt.

Aangezien de desbetreffende bepalingen over verschillende titels en afdelingen zijn verspreid, volgt hier eerst een overzicht van de artikelen waarin de regeling is belichaamd:

Titel 2. Algemene bepalingen betreffende vervoer

artt. 8.2.1.12 - 14 goederenvervoer in het algemeen

artt. 8.2.4.10 - 14 personenvervoer in het algemeen

Titel 5. Exploitatie (zeerecht)

artt. 8.5.1.2 - 12 goederen- en personenvervoer

artt. 8.5.2.67 - 68 cognossementsvervoer

Titel 10. Exploitatie (binnenvaart)

artt. 8.10.1.1 - 11 goederen- en personenvervoer

artt. 8.10.4.8 - 10 sleepovereenkomst.

Voorts zij, ten behoeve van een oriëntatie omtrent de regeling, reeds aanstands verwezen naar de bondige maar duidelijke Toelichting, en wel in de eerste plaats naar de algemene beschouwingen over de paardesprong-regeling (p. 1281-1284) met de daarbij aansluitende bijlage B (p. 1436-1438), welke een zeer verhelderend schema met bijbehorende uitwerking behelst. Daarnaast is voor-

(22) Incidenteel staat de regeling overigens wel eens een beroep op het contract van de aangevallene toe, bijv. bij toepassing van art. 8.10.4.8, tweede lid, in het op p. 1416 onder punt 2, tweede alinea, van de Toel. beschreven geval dat de scheepseigenaar die zijn schip heeft vervracht een actie instelt tegen de sleepondernemer, met wie de bevrachter heeft gecontracteerd; de aangesproken sleepondernemer mag zich nu op zijn eigen sleepovereenkomst beroepen, een zelfde resultaat als waartoe hantering van art. 931a leidt. Men verg. in dit verband het door mij in mijn intree-rede p. 9. opgemerkte t.a.v. de mate van gelijksoortigheid der betrokken contracten.

al van belang de artikelsgewijze toelichting op de eerste afdeling van titel 5 (p. 1285-1290). In de Toelichting - inzonderheid in de voetnoten - is een grote hoeveelheid oriënterende en rechtsvergelijkende verwijzingen naar jurisprudentie, rechtsliteratuur en verdragen samengebracht (23).

Enkele belangrijke aspecten van de regeling noem ik hier in het kort:

a) gelijk reeds uit het voorgaande blijkt, staat boek 8 - anders dan de meer beperkte regelingen in sommige verdragen - de aansprakelijke niet alleen een beroep toe op de in wet en/of verdrag neergelegde verweermiddelen, maar tevens - evenals de wettelijke regeling van 1955 - op contractuele verweermiddelen (Toelichting p. 1282). (24)

b) de voorgestelde regeling is - anders dan de huidige wettelijke regeling - niet beperkt tot vorderingen strekkende tot vergoeding van schade door vervoerde of gesleepte goederen geleden, doch bestrijkt een veel ruimer gebied van acties (Toelichting p. 1282).

c) op het voetspoor van het Brussels Protocol van 1968 tot wijziging van de Hague Rules (de z.g.n. Visby Rules) - men verg. art. 8.5.2. 68, tweede lid - en het Passagiersverdrag bevat de voorgestelde regeling voorzieningen om te voorkomen dat een gelaedeerde de aansprakelijkheidslimiet omzeilt door van verschillende personen telkens het maximum-bedrag te vorderen (Toelichting p. 1284 punt 4).

10. De gecompliceerdheid van de voorgestelde regeling brengt mee dat het niet gemakkelijk is na te gaan of er in de uitwerking in boek 8 lacunes zijn achtergebleven. Het reeds genoemde schema, vervat in bijlage B bij de Toelichting, vormt in zekere zin een waarborg tegen insluipselen van hamartologische aard, die ik dan ook niet heb kunnen ontdekken.

Slechts zou ik een opmerking willen maken over de bescherming van de expediteur, die door Schadee niet als afzonderlijke schakel in de vervoersketen wordt genoemd (Toelichting p. 1283), maar in zijn hoedanigheid van afzender wel van die keten deel uitmaakt. Het komt mij voor dat zijn bescherming tegen paardesprongen niet steeds is gewaarborgd.

Denkt men de expediteur in de met de letter G aangeduide positie in de keten, dan is hij in zijn hoedanigheid van afzender door

(23) In verband met het gestelde in de voorlaatste alinea van de Toel. p. 1218 vormen deze verwijzingen dan nog slechts de top van een ijsberg.

(24) Wel zullen de betrokkenen een eventueel regresrecht zelf moeten regelen (Toel. p. 1284, punt 5), hetgeen door middel van vrijwaringsbedingen zal dienen te geschieden. Een wettelijke regeling van het regresrecht zou tot onoverzienbare complicaties leiden.

art. 8.5.1.6 tegen acties van vervrachters of vervoerders beschermd. Wordt hij echter door een buitenstaander (letter I) aangesproken, hetgeen zich bijv. kan voordoen indien zijn opdrachtgever niet de ladingeigenaar is, dan geniet hij niet de bescherming van de artt. 8.2.1.12 of 8.5.1.4, eerste lid, aanhef en sub b, daar hij - tenzij het in art. 8.2.3.1 bedoelde geval zich voordoet - niet de hoedanigheid van vervoerder heeft. Alsdan zal een van de tussen hem en zijn opdrachtgever geldende condities deel uitmakend vrijwaringsbeding hem moeten helpen.

Het hier met betrekking tot de expediteur opgemerkte geldt mutatis mutandis ook voor het reisbureau (art. 8.2.6.1).

De regeling vertoont verschillende doublures, die overigens niet ongewild zijn ontstaan, maar als uitvloeisel van de opzet van boek 8, waarbij aan de regeling van het zeerecht (titels 3 t/m 7) en van het binnenvaartrecht (titels 8 t/m 12) een afzonderlijke vervoerstitel (titel 2) voorafgaat. Deze titel bevat ten aanzien van goederenvervoer in de artt. 8.2.1.12 t/m 14 en ten aanzien van personenvervoer in de artt. 8.2.4.10 t/m 12 een algemene regeling met betrekking tot paardesprongen gericht tegen de vervoerder en diens ondergeschikten, welke regeling gedeeltelijk samenvalt met de in de titels 5 en 10 vervatte regelingen (25). Zoals blijkt de Toelichting (p. 1225 punt 2) is bedoeld, mist de eerstgenoemde regeling (in titel 2) zelfstandige betekenis naast de laatstgenoemde, uitgewerkte regelingen (in de titels 5 en 10).

Een gedeeltelijke doublure wordt voorts gevormd door de artt. 8.5.2.67 en 68, welke zijn ontleend aan de Visby Rules. Art. 67 beschermt de cognossementsvervoerder en art. 68 diens ondergeschikten tegen ex lege acties door hun tegen de eiser een beroep op exonerationen en limieten ontleend aan de Hague-Visby Rules toe te staan. Strikt genomen zijn deze beide artikelen overbodig naast de in de voorafgaande afdeling van titel 5 vervatte beschermingsregeling, welke verder gaat, immers ook een beroep op de door de aanvaller aangegane overeenkomst toestaat (26). Het

(25) Men zie de rubrieken 12, 13 en 21 in het overzicht op p. 1437-1438 van bijlage B bij de Toel.

(26) Ofschoon denkbaar is dat deze overeenkomst de aangesprokene een minder vergaande bescherming biedt dan de Hague-Visby Rules zouden doen.

(27) Het derde lid van art. 8.5.2.68 maakt - op het voetspoor van de Visby-Rules - een uitdrukkelijke uitzondering voor opzet en daarmee op één lijn te stellen grove schuld van de ondergeschikten. Bij de overige beschermingsbepalingen in boek 8 is zulk een uitzondering niet uitdrukkelijk voorzien, doch dient naar algemene rechtsbeginselen nochtans te worden aanvaard; evenzo - terloops - de Toel. p. 1283, negende en achtste regel van onder. Slechts het aan de Visby Rules ontleende art. 8.5.2.15, vijfde lid, maakt hier uitdrukkelijk een voorbehoud.

nochtans opnemen van de doublure wordt in de Toelichting (p. 1339-1340) overigens genoegzaam gerechtvaardigd (27).

Ook incidenteel zijn doublures niet steeds vermeden - en ook moeilijk te vermijden - zoals in het geval dat een reder die zijn schip heeft vervracht wordt aangesproken door een der in art. 6.1.9.12 bedoelde personen terzake van het overlijden van een reiziger die een vervoersovereenkomst met de bevrachter was aangegaan. Alsdan kan de reder zich jegens de eiser zowel krachtens het vierde lid van genoemd artikel als krachtens art. 8.5.1.2., tweede lid, op die vervoersovereenkomst beroepen (28).

11. Tot slot maak ik nog een opmerking over de bescherming van de ondergeschikten der bij het vervoer betrokkenen, welke bescherming door middel van een aantal artikelen in het geheel van de beschermingsregeling is vervlochten (Toelichting p. 1284 punt 2). Gelijk voor de hand ligt, bestaat deze bescherming daarin dat de door een derde aangesproken ondergeschikte beroep openstaat op de verweermiddelen waarover zijn werkgever jegens de eiser beschikt.

Als bijzondere ratio voor de bescherming van de ondergeschikten kan gelden, naar ik reeds opmerkte, de doorgaans zwakke sociaal-economische positie van deze categorie van personen, welke positie als gevolg van hun somtijds gevaarzettende taak enerzijds en van de door hun werkgever van derden bedongen ontheffingen anderzijds extra kwetsbaar kan worden.

De Toelichting (p. 1284 punt 6) acht het vanzelfsprekend dat de beschermingsregeling tegen paardesprongen alle partijen contractsvrijheid laat (29). Gezien de zojuist genoemde ratio kan men zich afvragen of zulks ook met betrekking tot ondergeschikten zou dienen te gelden. Wanneer een bij de vervoersoperatie betrokkene voor zichzelf een exoneratie bedingt, stelt hij zijn ondergeschikte kwetsbaar ten opzichte van paardesprongen zolang deze laatste niet van dezelfde exoneratie kan profiteren. Het lijkt mij niet juist de werkgever vrijheid te laten zijn ondergeschikte die bescherming te ontnemen, zodat deze in ruimer mate aansprakelijk zou zijn dat zijn werkgever (30).

(28) Te bedenken valt in dit verband overigens dat bij het ontwerpen van het eerste stuk van boek 8 rekening is gehouden met de mogelijkheid van invoering van dit stuk voordat de boeken 3 en 6 geldend recht zullen zijn; men zie de aanbiedingsbrief van de ontwerper, vierde alinea.

(29) Ook de Hague-Visby Rules laten de vervoerder in dit opzicht vrij; men verg. a contrario art. 8.5.2.9, eerste lid.

(30) Wellicht kan dit punt nader onder ogen worden gezien in het kader van de nog te ontwerpen bepalingen inzake arbeidsrecht (afdelingen 8.4.1, 8.4.3, 8.9.1 en 8.9.3).

12. Vorenstaandekanttekeningen bij de paardesprong-problematiek pretenderen allerm minst volledigheid. Zij doen dan ook slechts in beperkte mate recht wedervaren aan de kundige wijze waarop Schadee bij het ontwerpen van boek 8 die problematiek te lijf is gegaan. Daarvoor gaarne mijn grote waardering.

There are few branches of the law which raise nicer points than those arising out of the clauses defining lay time for loading and discharging and providing for the calculation of demurrage and dispatch-money. (Scrutton, 'On charter-parties', 11th edition, p.310)

In het korte bestek van dit preadvies is het niet mogelijk alle vragen te beantwoorden die kunnen rijzen in verband met overschrijding van de laad- en/of lostijd. Slechts enkele hoofdzaken zullen in het navolgende besproken worden.

Het ontwerp B.W. bevat - voor wat betreft het zeerecht - slechts één artikel waarin overligtijd en overliggeld worden geregeld: art. 8.5.2.41. Dit art. heeft betrekking op de belading van het schip. Art. 8.5.2.53 verklaart dezelfde regeling van toepassing op de lossing. Er kan nauwelijks van een "regeling" worden gesproken, doch blijkens de toelichting is het ook niet de bedoeling geweest een regeling te treffen. De vele moeilijke vragen die zich kunnen voordoen zullen door de jurisprudentie moeten worden beantwoord. Er bestaat reeds een uitgebreide Engelse jurisprudentie die bij aanvaarding van het ontwerp ook voor het Nederlandse recht van groot belang zal worden.

Wat is overliggeld?

Overliggeld is de vergoeding die aan de vervoerder verschuldigd is voor oponthoud van het schip na het verstrijken van de overeengekomen ligdagen, gedurende een overeengekomen of wettelijk vastgesteld aantal zogenaamde overligdagen. (1)

Onder het thans geldende zeerecht heeft het overliggeld het karakter van tegenprestatie voor een geoorloofd oponthoud. (2) In de overeengekomen vracht is een bepaald aantal ligdagen voor laden en lossen begrepen. Daarnaast echter is het geoorloofd tegen betaling van een bepaald bedrag per dag, het overliggeld, een extra aantal dagen te gebruiken voor belading of lossing.

Het ontwerp stelt een wijziging van dit karakter voor in die zin,

(1) Carver Carriage by Sea 12th edition p.1019.

(2) Mr. G. E. Langemeyer bij H. R. 20-2-1948 N. J. 1949, 128.

dat degene die de laad- of lostijd overschrijdt wanprestatie pleegt, waardoor hij schadeplichtig wordt. Partijen zijn gehouden binnen de overeengekomen laad- en lostijden te laden, te stuwen en te lossen. Voldoet een partij niet aan deze verplichting, dan pleegt hij wanprestatie. (3) Een ingebrekestelling is daarvoor niet vereist, althans niet indien een bepaald aantal laad- en losdagen is overeengekomen. Is dit niet het geval, dan behoort volgens art. 8.5.2.41 lid 3 "de inlading te geschieden zo snel als ter plaatse voor een schip als het betrokken schip gebruikelijk of redelijk is!" In dat geval zal strikt genomen een ingebrekestelling ook niet noodzakelijk zijn, doch wenselijk lijkt het wel dat tenminste schriftelijk wordt medegedeeld aan degene die voor de belading (of lossing) dient zorg te dragen, wanneer hij die moet hebben voltooid (7). Indien dit niet gebeurt kan gemakkelijk het geval zich voordoen dat de eigenaar van het schip meent dat het gebruikelijke of redelijke aantal ligdagen verstreken is, doch te bevrachten in redelijkheid kan menen dat zulks nog niet het geval is.

Volgens het ontwerp is het overliggeld "de gefixeerde schadevergoeding voor het langere oponthoud van het schip". (5) Carver (6) drukt het als volgt uit: "Demurrage, then, is in the nature of liquidated damages for detention of the ship in breach of the charter-party."

Welke gevolgen heeft overschrijding van de ligtijd?

Indien de laadtijd wordt overschreden, zal het schip ook gedurende de overligdagen moeten blijven wachten. De afzender krijgt de gelegenheid de schade te beperken, door alsnog lading ten vervoer aan te bieden. De vraag kan daarbij worden gesteld of de afzender daardoor het verzuim kan zuiveren (7).

De Engelse rechtspraak stelt zich op het standpunt dat zuivering niet mogelijk is: "once on demurrage always on demurrage." (8) Men zal moeten aannemen dat deze regel ook voor het Nederlandse recht zal gelden bij aanvaarding van het ontwerp.

(3) Toelichting bij art. 8.5.2.41 blz. 1318 sub 5.

(4) Gezien het voorgaande lijkt het overbodig in art. 8.5.2.20 lid 1 te bepalen dat de vervoerder bevoegd is de overeenkomst te verbreken zonder enige ingebrekestelling, indien in het geheel geen zaken ter beschikking zijn, zelfs na het verstrijken van de overligtijd: door het laten verlopen van de laadtijd was de afzender reeds vanzelf in gebreke!

(5) Toelichting p. 1318 sub 5.

(6) 12th edition p. 1022.

(7) Hofmann-Van Opstall p. 75 e.v.

(8) Scrutton p. 309, 310.

Aan overschrijding van laad- of lostijd zijn speciale gevolgen verbonden. Het ontwerp zegt weinig over de gevolgen en ook daarvoor zullen wij derhalve te rade moeten gaan bij de Engelse jurisprudentie. De afzender die de laadtijd overschrijdt pleegt wanprestatie. Er kunnen zich nu verschillende mogelijkheden voordoen:

- a) De vervoersovereenkomst noemt geen overligtijd en ook geen overliggeld. In dat geval mag de overeenkomst door de vervoerder worden verbroken indien geen lading is aangebracht, of de reis worden aanvaard met een gedeeltelijke lading (art. 8.5.2.20 en 21).
- b) De overeenkomst noemt overliggeld, doch geen overligtijd. Het ontwerp bepaalt dan de overligtijd op 8 dagen of op een ander aantal, indien dit in de ligplaats gebruikelijk of redelijk is. (9) Eerst ná het verstrijken van de overligtijd treden de sub a) genoemde gevolgen in.
- c) De overeenkomst noemt overligtijd, doch geen overliggeld. Dit geval wordt in het ontwerp niet geregeld en zal ook wel niet veel voorkomen. Onder de huidige wet kan de rechter het overliggeld naar billijkheid vaststellen (art. 520p 1e 519q lid 1 1e 518v). Volgens het ontwerp zal dan volledige schadevergoeding moeten worden gegeven en de schade door de vervoerder worden bewezen.
- d) De overeenkomst bepaalt overligtijd en overliggeld. Dit geval levert geen bijzondere problemen op.

In het algemeen geeft wanprestatie de wederpartij het recht ontbinding van de overeenkomst te vorderen. In dit geval echter is het recht uitdrukkelijk uitgesloten (10). De vervoerder kan uitsluitend overliggeld vorderen als vergoeding voor de schade die hij lijdt door het oponthoud van het schip. Als de afzender gedurende de overligdagen toch nog lading aanbrengt, zal de vervoerder verplicht zijn deze lading aan te nemen en te vervoeren. Dit geldt zelfs indien geen volledige lading wordt aangeboden (11), al zal dan de afzender wel de daardoor ontstane schade moeten vergoeden (foutvracht). De vervoersovereenkomst blijft ondanks de wanprestatie in stand. Wel echter komt er een wijziging in de verhouding tussen de partijen.

Zoals hiervoor reeds gezegd, geldt in het algemeen de regel: "once on demurrage, always on demurrage". Dit betekent dat de bevrachter die in overligtijd geraakt, niet langer een beroep kan doen op excepties die te zijnen behoeve in de charterpartij zijn opgenomen, tenzij uit die excepties uitdrukkelijk van het tegendeel blijkt. Indien bijvoorbeeld in de charterpartij is bepaald, dat zondagen niet als ligdagen zullen tellen, moet wel overliggeld

(9) art. 8.5.2.41 lid 4.

(10) Asser-Rutten 3e deel II p.354.

(11) Zie art. 8.5.2.20.

worden betaald voor de zondagen in de overligtijd. Als tijdens de ligdagen een staking uitbreekt, zal het aantal ligdagen worden uitgebreid met het aantal dagen gedurende welke werd gestaakt. Wordt echter gestaakt nadat het schip in overligtijd is geraakt, dan zal het over de gehele periode van de staking overliggeld verschuldigd zijn (12).

Ook zal moeten worden aangenomen dat overliggeld verschuldigd is over de periode van het tijdstip van aankomst in de loshaven tot aan het einde der lossing, indien alle ligdagen reeds bij de belading zijn verbruikt. De bevrachter zal dan niet kunnen eisen dat in de loshaven "notice of readiness" wordt gegeven alvorens de overligtijd doorloopt. (13) In veel charterpartijen worden overigens afwijkende regelingen getroffen.

Het ontwerp volgt niet geheel het Engelse systeem. Een consequentie van de aansluiting bij het Engelse systeem zou zijn dat ook zou moeten worden overgenomen de zogenaamde leer van "frustration": De vervoerder mag de overeenkomst niet zonder meer verbreken, zelfs niet indien ook de overligdagen zijn verstreken zonder dat het schip beladen is. Hij is hiertoe eerst gerechtigd indien er een zodanige vertraging is, dat het economisch doel van de overeenkomst gefrustreerd wordt, dat wil zeggen niet meer met een redelijke mate van zekerheid bereikt kan worden. Dit geldt naar Engels recht in ieder geval indien geen bepaald aantal overligdagen is overeengekomen. (14) De wet beperkt dit aantal dan niet, zoals bij ons het geval is. De rechter zal moeten uitmaken wanneer er van "frustration" sprake is. Er zijn schrijvers die menen dat er "frustration" moet zijn alvorens tot ontbinding mag worden overgegaan, ook als er wel een bepaald aantal overligdagen was overeengekomen. Ook mag de vervoerder de overeenkomst beëindigen indien de bevrachter zich zodanig gedraagt, dat hieruit van een "fundamental breach of contract" blijkt, naast de wanprestatie door het overschrijden van de ligdagen. (15)

Blijkens art. 8.5.2.20 mag de vervoerder terstond de overeenkomst verbreken indien in het geheel geen lading is aangebracht nadat de overligdagen zijn verstreken. In een noot bij de toelichting (p. 1307) wordt verwezen naar Carver 11th edition p. 569, waar inderdaad gelezen kan worden dat ook in Engeland de vervoerder de overeenkomst zou mogen verbreken, indien het over-

(12) Zie Rb R'dam 25-3-1969 S 1969, 54 Carver t.a.p. p. 1023 Summerskill, "Laytime" 2nd edition 1973 p. 235 e.v.

(13) Rb R'dam, S 1969, 54.

(14) Carver t.a.p. p. 584.

(15) Summerskill t.a.p. p. 211, Carver t.a.p. p. 1022.

eengekomen aantal overligdagen verstreken is zonder dat lading is aangeboden. Door deze verwijzing wordt de indruk gewekt dat het ontwerp heeft willen aansluiten bij het Engelse systeem. Op p. 997 van dezelfde editie van Carver wordt echter uitgebreider op deze kwestie ingegaan en kennelijk de leer van frustration aangehangen.

Overigens lijkt het ontwerp in de praktijk gemakkelijker te hanteren dan het Engelse systeem. Ook is het niet onbillijk aan de vervoerder toe te staan de overeenkomst te verbreken, indien zelfs na het verstrijken van een soms niet onaanzienlijk aantal overligdagen (wettelijk aantal 8) nog in het geheel geen lading is aangeleverd.

Minder voor de hand liggend is het om de vervoerder zonder meer toe te staan de reis te beginnen, indien na het verstrijken van de overligdagen nog niet de gehele lading is aangeleverd:

art. 8.5.2.21. Het is denkbaar dat het belang van de bevrachter meebrengt dat de vervoerder nog één of meer dagen wacht. Indien bijvoorbeeld iemand een schip heeft bevracht voor het transport van een fabrieksoutillage naar een plaats waarnaar geen geregeld vervoer plaatsheeft en een gedeelte van die outillage ondervindt enige vertraging op weg naar de laadhaven, terwijl met het wel ter beschikking zijnde gedeelte van de outillage op de plaats van bestemming niets kan worden begonnen zonder het ontbrekende gedeelte, moet van de vervoerder geëist kunnen worden dat hij ook het ontbrekende gedeelte nog meeneemt. De schade die de bevrachter lijdt zal zeer aanzienlijk groter kunnen zijn dan de schade van de vervoerder indien het schip nog langer wordt opgehouden.

In zulk een geval zou de leer van "frustration" uitkomst kunnen brengen.

Kan uitsluitend overliggeld worden gevorderd?

Overliggeld is de gefixeerde schadevergoeding voor het langere oponthoud van het schip (zie hiervoor p. 3). De vervoerder hoeft geen schade te bewijzen om recht op overliggeld te kunnen doen gelden tijdens de overligdagen. Anderzijds zal hij geen vergoeding kunnen eisen van eventuele meerdere schade die het gevolg is van het langere oponthoud van het schip. Wel echter kunnen er andere schadefactoren zijn die de wederpartij nog verder schadevergoedingsplichtig maken. (16)

Indien bijvoorbeeld door oponthoud van het schip minder lading kan worden meegenomen als gevolg van het invallen van vorst of veranderde waterstand, zal de vervoerder wel foutvracht kunnen

(16) Toelichting p. 1318.

vorderen, naast het overliggeld. (17)

Situatie na het verstrijken van de overligtijd.

Zijn de overligdagen verstreken en maakt de vervoerder geen gebruik van zijn recht de overeenkomst te ontbinden, dan neemt de schadefixatie een einde. De vervoerder zal dan moeten bewijzen dat hij schade lijdt door het oponthoud en hoeveel die schade bedraagt.

Het ontwerp (18) gaat er, - evenals Carver (19) en Scrutton (20) kennelijk van uit dat het overliggeld meestal geen volledige vergoeding van de schade biedt.

Het lijdt geen twijfel dat de bepalingen betreffende overligtijd in de eerste plaats strekken ten voordele van de bevrachter. Dit neem echter niet weg dat ook de vervoerder daarbij baat kan hebben (21). In ieder geval is deze laatste tijdens de overligdagen ontslagen van de verplichting zijn schade te bewijzen. Dat bewijs zal in veel gevallen niet gemakkelijk te leveren zijn. In het korte bestek van dit preadvies is het niet mogelijk in te gaan op de vele en moeilijke vragen die rijzen bij het bepalen van de schade welke voor vergoeding in aanmerking komt.

Het is derhalve mogelijk dat de vervoerder na het verstrijken van de overligdagen in een moeilijker positie geraakt dan waarin hij daarvoor verkeerde. In de praktijk zal dan ook vaak het overliggeld gevorderd worden ook voor de dagen na de overligperiode. Het verdient wellicht aanbeveling een bepaling op te nemen daartoe strekkende, dat overliggeld verschuldigd zal zijn voor het totale oponthoud van het schip tenzij de vervoerder kan bewijzen dat hij na het verstrijken van de overligperiode meer schade heeft geleden. Wenst de bevrachter het schip niet langer op te houden tegen betaling van het overliggeld, dan dient hij daarvan de vervoerder op de hoogte te stellen. Blijft deze nog langer wachten, dan zal de bevrachter niet aansprakelijk zijn voor de extra schade die dan nog kan ontstaan. (22)

Wanneer is overliggeld betaalbaar, of opeisbaar?

In veel charterpartijen wordt bepaald dat overliggeld van dag tot dag betaalbaar zal zijn. (payable day by day) Het verdient overweging een bepaling van deze strekking in het ontwerp op te nemen,

(17) Carver t.a.p. p.1022, Scrutton t.a.p. p.307.

(18) Zie toelichting p.1319.

(19) t.a.p. p.1022: "Claims for damages limited by provision for demurrage".

(20) t.a.p. p.307.

(21) Scrutton t.a.p. p.305.

(22) Carver t.a.p. p.584.

ook al zal er in de praktijk niet vaak een beroep op worden gedaan (23). Vooral indien de laadtijd wordt overschreden, zonder dat enige lading is aangeleverd, kan de vervoerder in een moeilijke positie komen. Hij heeft immers geen enkele zekerheid voor de voldoening van zijn vordering. Indien hij wel reeds lading heeft ontvangen, kan hij op die lading een retentierecht uitoefenen voor o. a. het overliggeld, mits de ontvanger dit overliggeld verschuldigd is. (24) Hierop zal nog worden ingegaan. Het is dan redelijk dat het overliggeld van dag tot dag gevorderd kan worden, althans dat daarvoor zekerheid wordt gesteld. Gebeurt dit niet, dan moet aan de vervoerder het recht worden toegekend de overeenkomst onmiddellijk te verbreken.

Bij gebreke van de bedoelde bepaling zal niet duidelijk zijn wanneer overliggeld opeisbaar wordt:

- a) bij het einde van de overligdagen voor belading en/of lossing,
- b) bij het einde van de vervoersovereenkomst,
- c) tegelijk met de vracht,
- d) op enig ander tijdstip.

De rechter zal dan een keuze moeten maken.

Indien zou worden bepaald dat overliggeld van dag tot dag betaald moet worden, verspeelt de bevrachter het recht op verdere overligdagen, wanneer hij aan het verzoek tot betaling geen gevolg geeft. Alsdan echter zal de vervoerder het recht tot ontbinding eerst toekomen na ingebrekestelling voor de betaling van overliggeld.

Wie is overliggeld verschuldigd?

Blijkens art. 8.5.2.41 lid 6 zijn schuldenaren van overliggeld (verschuldigd geworden tijdens de belading) tot betaling daarvan hoofdelijk verbonden, doch zijn zij onderling slechts verplicht bij te dragen voor dat gedeelte van de schuld, dat ieder van hen aangaat.

De toelichting spreekt over meer dan één bevrachter, waaronder verstaan moet worden de afzender, de wederpartij van de vervoerder (8.5.2.2. lid 2). Bij de belading heeft de vervoerder in het algemeen slechts één wederpartij: de afzender, voor het geheel of een gedeelte van de lading. Het is duidelijk dat deze aansprakelijk is voor de betaling van overliggeld, hetwelk verschuldigd is wegens niet tijdige belading.

Indien geen cognossement wordt uitgegeven, zal de afzender ook

(23) Zie "The law of Demurrage", Hugo Tiberg, London 1971 p. 586 e.v.

(24) Art. 8.5.2.59.

aansprakelijk zijn voor overliggeld, verschuldigd op grond van overschrijding van de lostijd. (25)

Moeilijker wordt de beantwoording van de hier gestelde vraag als de overeenkomst wordt beheerst door de bepalingen van een cognossement. Jegens iedere houder van het cognossement kan de vervoerder "de uit het cognossement duidelijk kenbare rechten tot betaling geldend maken" (art. 8.5.2.47 lid 2). Het ontwerp noemt in dit verband niet met name het overliggeld zoals thans wel het geval is in art. 511 lid 2 K. (26)

Indien een cognossement is uitgegeven, zal de cognossementhouder derhalve verplicht zijn tot betaling van overliggeld, voorzover deze verplichting duidelijk uit het cognossement blijkt. (27) Op de vraag of een eenvoudige verwijzing naar de bepalingen van een charterpartij daarvoor voldoende is, zal hier niet nader worden ingegaan. (28)

In het algemeen zal de afzender wel willen voorkomen dat op het cognossement wordt vermeld dat bij de belading overliggeld verschuldigd werd, doch nog niet betaald. De afzender zal het overliggeld dan dienen te voldoen teneinde "schone" cognossementen te verkrijgen. Betaalt de afzender niet, dan zal de vervoerder verstandig doen op het cognossement nauwkeurig te vermelden welk bedrag voor overliggeld verschuldigd is. Een verwijzing naar de charterpartij lijkt daarvoor onvoldoende, omdat de cognossementhouder uit het charter niet kan zien hoeveel overligdagen bij de belading zijn ontstaan.

Voor overliggeld ontstaan bij de lossing ligt de aansprakelijkheid van de ontvanger meer voor de hand, daar deze doorgaans verantwoordelijk zal zijn voor de duur van de lossing. Het verschuldigde bedrag per tijdseenheid dient ook dan echter duidelijk uit het cognossement kenbaar te zijn.

Naast de cognossementhouder blijft de afzender jegens de vervoerder aansprakelijk voor het overliggeld, tenzij de charterpartij een cessar-clausule bevat en de afzender niet tevens cognossementhouder is. (29)

De aansprakelijkheid is een hoofdelijke (art. 8.5.2.41 lid 6).

(25) Vergelijk Carver t.a.p. p. 1104.

(26) Zie ook Cleveringa p. 639.

(27) Tiberg t.a.p. p. 585.

(28) Zie toelichting bij art. 8.5.2.34 en de daar genoemde schrijvers en jurisprudentie.

(29) Tiberg t.a.p. p. 599. Summerskill t.a.p. p. 244. Carver t.a.p. p. 1114.

De vraag, die als titel aan dit pre-advies is gegeven, laat zich eenvoudig beantwoorden, wanneer slechts een scheepseigenaar en een ladingeigenaar bij de vervoersovereenkomst zijn betrokken. De ladingeigenaar is dan voor de vrachtpenningen, of kortweg de vracht, debiteur jegens de scheepseigenaar. Het antwoord wordt moeilijker zodra andere partijen op het toneel verschijnen. Wanneer een argeloze toeschouwer niet anders ziet dan het uitvoeren van één enkele reis, is dit dikwijls in werkelijkheid het gelijktijdig uitvoeren van een groot aantal vervoersovereenkomsten, waar- bij bijvoorbeeld de scheepseigenaar zijn verplichtingen vervult tegenover een tijdbevrachter, deze zijn verplichtingen tegenover een reisbevrachter en laatstgenoemde die tegenover een ladingeigenaar (1). Een ander voorbeeld van een keten van vervoersovereenkomsten geeft de Toelichting (2). Wanneer iedere schakel tijdig zijn financiële verplichtingen nakomt, is het niet zo belangrijk wie nu eigenlijk debiteur tegenover wie is. Alle afrekeningen leiden er dan toe, dat uiteindelijk iedereen het zijne ontvangt. Maar wanneer een schakel zijn verplichtingen niet nakomt, is het zaak vast te stellen wie tegenover wie staat.

In de Toelichting bij artikel 8.5.2.54 (3) lezen wij in noot 7:
"De vracht is zowel in het huidige recht als in het ontwerp ver-
"schuldigd door de contractuele wederpartij van de vervoerder;..."

Terecht is een uitdrukkelijke bepaling waarin dit gezegd wordt niet in het Ontwerp zelf opgenomen. Deze betalingsverplichting vloeit reeds zonder meer uit het verbintenissenrecht voort. Bij iedere schakel staat een vervoerder tegenover "de lading". Zo is tegenover de scheepseigenaar de tijdbevrachter "de lading", ofschoon bij de volgende schakel die tijdbevrachter als "het schip" wordt beschouwd.

Wanneer nu in de eenvoudige keten scheepseigenaar-tijdbevrachter-cognossementhouder de tijdbevrachter in financiële moeilijkheden raakt, zal de scheepseigenaar de vraag moeten beantwoor-

(1) Memorie van Toelichting 1920, blz.45; Cleveringa blz.400.

(2) Toelichting blz.1283.

(3) Alle verwijzingen zijn naar de artikelen betreffende het zee-
recht.

den of hij op grond van wanprestatie van zijn wederpartij kan weigeren zijn schip te laten varen. Het antwoord luidt in het algemeen bevestigend, tenzij de scheepseigenaar naast zijn rechtstreekse contractuele relatie met zijn tijdbevrachter nog een andere rechtsband in het leven heeft geroepen. Indien immers een cognossement in omloop is gebracht waaraan de scheepseigenaar gebonden is, dan is hij gehouden de daaruit voor hem voortvloeiende verplichtingen na te komen, ook al is de tijdbevrachter tegenover hem in gebreke gebleven. Het spreekt vanzelf, dat de scheepseigenaar die aldus gehouden is verplichtingen na te komen zonder betaling van zijn rechtstreekse contractuele wederpartij te kunnen verwachten, gaat onderzoeken of hij op andere wijze betaling kan verkrijgen. Dat zal hij ook doen wanneer de reis reeds geheel of gedeeltelijk is volbracht.

Naar het huidige recht zijn het de artikelen 518 d en 518 k, geldende respectievelijk voor tijd- en voor reisbevrachting, die de houder van het cognossement in staat stellen zowel bij de scheepseigenaar als bij de bevrachter aan te kloppen om uitlevering van de lading te vragen. Zo zijn verplichtingen geschapen, die niet zouden bestaan wanneer ieder slechts te maken zou hebben met zijn rechtstreekse contractuele wederpartij. Volgens de Rotterdamse Rechtbank is dit uitsluitend een éénrichtingverkeer, want zij besliste:

"dat de betekenis van het door de kapitein van een vervracht schip 'tekenen van het cognossement niet is aan de reder een vrachtvordering te geven op de cognossementhouder, doch slechts - 'gelijk uit ar. 518 d K blijkt - om aan de cognossementhouder 'de mogelijkheid te bieden voor schade of manco, aan het ver- 'voerde goed ontstaan, naast de bevrachter ook de reder aan te 'spreken." (4)

In de "Wiltrader"-zaak werd de keten gevormd door de scheepseigenaar Sameiet Wiltrader, de tijdbevrachter Transaco en de reisbevrachter (niet afzender, maar wel ontvanger en cognossementhouder) E.N.C.K.

E.N.C.K. had van hetgeen door haar ingevolge de reisbevrachtingsovereenkomst aan Transaco verschuldigd was 60% betaald. Transaco bleef in gebreke het door haar ingevolge de tijdbevrachtingsovereenkomst onder meer over de betrokken periode aan Wiltrader verschuldigde te voldoen. Wiltrader vroeg van E.N.C.K. betaling van een naar billijkheid en overeenkomstig markttarieven berekende vracht. Deze vordering werd afgewezen. De Rechtbank overwoog in dit verband dat Wiltrader nu eenmaal niet de vervoerder was geweest vis-à-vis E.N.C.K. (5) en dat artikel 518 d geen

(4) S&S 1969, 78, "Wiltrader"; S&S 1971, 39, "Tharald Brøvig".

(5) Zie ook Rechtbank Amsterdam S&S 1960, 39, "Alkimos".

soelaas kon brengen.

Zou het verschil gemaakt hebben wanneer Transaco niet een tijd-bevrachter, doch een reisbevrachter zou zijn geweest? Het lijkt niet waarschijnlijk. Evenmin is het waarschijnlijk, dat het verschil gemaakt zou hebben in de ogen van de Rechtbank indien niet de reisbevrachter E.N.C.K., doch een derde als cognossementhouder uitlevering van de lading zou hebben gevraagd. Ook in deze gevallen zal de scheepseigenaar (of reder in de thans nog geldende betekenis van het woord) tevergeefs bij anderen dan zijn rechtstreekse wederpartij aankloppen, ook al is hij ingevolge een cognossement gehouden de lading aan een derde uit te leveren.

Wat zegt het Ontwerp hierover?

Het Ontwerp zelf zwijgt. In de Toelichting bij artikel 8.5.2.54 volgt op het zojuist uit noot 7 geciteerde

"... zij (de vracht) kan c.q. op grond van artikel 8.5.2.47 ook "van de cognossementhouder worden gevorderd"

In artikel 8.5.2.47 lezen wij:

"Jegens iedere houder van het cognossement kan hij (de vervoerder) "de uit het cognossement duidelijk kenbare rechten tot betaling "geldend maken.

".....

"Indien bij toepassing van artikel 8.5.2.49 verscheidene personen als vervoerder onder het cognossement moeten worden beschouwd, zijn deze personen hoofdelijk verbonden en hebben zij "gezamenlijk één vorderingsrecht."

In het Ontwerp is aan de scheepseigenaar - daar reder genaamd - een centrale plaats toebedeeld. Bijna altijd zal de reder, naast één of meer anderen, als vervoerder te beschouwen zijn. Het zojuist geciteerde artikel legt vast, dat de scheepseigenaar, die als vervoerder aansprakelijk is, één van degenen zal zijn die een vorderingsrecht kan uitoefenen en wat dat betreft is hij vergeleken met de reders van de "Wiltrader" en de "Tharald Brøvig" erop vooruitgegaan. Het ontworpen artikel laat echter de mogelijkheid open, dat een cognossementhouder aan de tijdbevrachter betaalt, en voor uitlevering van de lading bij de reder aanklopt.

In het systeem van het Ontwerp is de vracht eerst verschuldigd na aflevering van de lading (artikel 8.5.2.54, lid 1). Men zou dus kunnen denken aan een regeling, waarbij een cognossementhouder aan dié vervoerder moet betalen van wie hij uitlevering verkreeg. Maar wat dan te bepalen ten aanzien van vooruit voldane vracht (artikel 8.5.2.54, lid 4)? In de hier gevolgde gedach-

tegang zou een beperking passen van de mogelijkheid iedere vervoerder aan te spreken en wel in die zin dat deze rechten slechts gelden ten aanzien van vervoerders die de hun verschuldigde vracht hebben ontvangen, althans daarvoor over zekerheid beschikken. Dit kan ertoe leiden dat een cognossementhouder tweemaal moet betalen. Dit bezwaar behoeft niet doorslaggevend te zijn, omdat dit risico beperkt kan worden bij behoorlijke oplettendheid bij het verrichten van de (eerste) betaling. Wel zou deze verfijning moeten worden aangebracht dat de scheepseigenaar slechts aanspraak kan maken op een bedrag gelijk aan de cognossementsvracht, want het gaat wat te ver om bijvoorbeeld een scheepseigenaar de mogelijkheid te geven op een cognossementhouder alle vracht te verhalen welke de tijdbevrachter hem nog schuldig was.

Tot dusver is gesproken over de positie van de scheepseigenaar, die een vrachtdebiteur zoekt in die gevallen waar een cognossement een rol speelt. Nu moet nog onderzocht worden wat er gebeurt als er geen cognossement is afgegeven. Artikel 8.5.2.47, lid 3 is immers alleen toepasselijk wanneer er een cognossement is afgegeven. Bovendien moet onderzocht worden wat er gebeurt indien de scheepseigenaar niet als vervoerder kan worden aangemerkt (artikel 8.5.2.49, lid 3).

Het eerste wordt in de Toelichting even aangestipt. Het is ook weer in de Toelichting in noot 7 bij artikel 8.5.2.54, dat wij lezen:

"Is er geen cognossement, dan is op grond van het feit, dat de "afzender eventueel een ontvanger heeft aangewezen, aan te nemen dat de vervoerder eerst zal trachten de vracht van deze "laatste te incasseren."

Hanteren wij het ketentje scheepseigenaar-tijdbevrachter-reisbevrachter en laten wij de tijdbevrachter failleren, dan moeten wij onderzoeken of de scheepseigenaar een vrachtvordering heeft op de reisbevrachter-niet-cognossementhouder. In het Ontwerp is een dergelijk recht niet te vinden. Omgekeerd heeft de reisbevrachter geen rechtstreekse aanspraak tot uitlevering van de lading jegens de scheepseigenaar bij ontstentenis van een cognossement, zodat hij, wil hij de lading uit het schip krijgen, genoodzaakt zal zijn tot een arrangement met de scheepseigenaar te komen. Het valt te voorzien, dat dit systeem niet altijd bevredigend zal werken. Overigens, op welke wetsbepaling zou de scheepseigenaar zich tegenover de afzender moeten beroepen?

Het andere punt, dat nog onderzocht moest worden, hing samen met het feit, dat de scheepseigenaar toch niet altijd als vervoer-

der aangemerkt mag/moet worden. (6) Dit heeft dan aan de ene kant de plezierige consequentie, dat hij niet tot uitlevering van de lading verplicht is. Maar gelijktijdig ontvalt hem de mogelijkheid zich te beroepen op artikel 8.5.2.47, lid 3. De scheepseigenaar zal niet kunnen bogen op een recht, doch slechts zijn machtspositie, het zitten op de eieren, kunnen hanteren.

Ofschoon het ontwerp afwijkt van de door de Rotterdamse Rechtbank geschapen jurisprudentie, waar de scheepseigenaar er wel heel ongunstig afkwam, kan men zich afvragen of het Ontwerp ver genoeg gaat en voldoende duidelijkheid brengt. Andere regelingen zijn denkbaar. Ter inspiratie ware eens te bezien hoe elders in de wereld de vraag die ons bezighoudt is opgelost. De bespreking van de uitkomsten, die men in andere landen bereikt, kan het beste daar begonnen worden waar de meest in het oog springende verschillen met ons systeem bestaan.

Allereerst denkt men dan aan het Engelse en het Amerikaanse recht, waar op het eerste gezicht deze materie geheel beheerst wordt door wat men noemt een "lien on the cargo". Deze magische woorden leiden weleens de aandacht af van het feit, dat een "lien" niets anders is dan een zekerheidsrecht.

Ook in Engeland is de contractuele band, die bij het sluiten van de vervoersovereenkomst is geschapen of een latere contractuele band, de basis waarop de aanspraken berusten. Wanneer Scrutton (7) de vraag wie aan wie vracht verschuldigd is beantwoordt, gaat hij na wie tegenover wie bij de vervoersovereenkomst is gebonden. Anders dan bij ons is ook in die gevallen waar cognossementen worden uitgegeven voor vervoer met een gecharterd schip als regel sprake van een contractuele relatie scheepseigenaar/cognossementhouder. Zo lezen wij in *Wehner v. Dene S.S. Co.* (8) onder meer het volgende:

"In ordinary cases, where the charterparty does not amount to
"a demise of the ship, and where possession of the ship is not given up to the charterer, the rule is that the contract contained
"in the bill of lading is made, not with the charterer, but with the
"owner, and that will, I think, explain away and accounts for all
"the difficulties which would otherwise arise as to the existence
"of the shipowner's lien. When there is a sub-charterparty, there
"is no direct contract between the sub-charterer and the owner,
"and if the contract in the bill of lading were made, not with the

(6) Het binnenvaartartikel 8.10.2.53 is niet identiek aan artikel 8.5.2.49. De hier gemaakte opmerkingen gelden echter ook daar.

(7) *On Charter Parties and Bills of Lading*, 17e druk, blz. 362 e.v.

(8) (1905) 2 K.B. 92.

"owner, but with the sub-charterer, how is the shipowner's
 "lien to be accounted for as against the holder of the bill of lading?
 "It would be very difficult to deal with the question upon any logical
 "or intelligible footing unless one starts with the proposition that
 "the bill of lading contract is made, as it appears upon its face
 "to be made, with the shipowner. In support of that view is the
 "high authority of Willes J. in *Gilkison v. Middleton* and the opi-
 "nion of a learned author (9) of a work on this subject."

De continentale jurist doet deze redenering wat merkwaardig aan.
 Er wordt niet gezocht naar de bestaansgrond van de "lien". De
 "lien" wordt zonder meer als een vaststaand gegeven aanvaard,
 als ook dat deze geldt niet alleen tegenover de rechtstreekse we-
 derpartij, maar eveneens tegenover de cognossementhouder.
 Uitgaande van deze vaststaande, onaantastbare gegevens, wordt
 een redenering opgebouwd, die voert tot de conclusie dat er een
 rechtstreekse contractband bestaat tussen scheepseigenaar en
 derde cognossementhouder.

Een systeem, waarbij de ontvanger jegens meer dan één weder-
 partij in een debiteurspositie verkeert, draagt het risico in zich
 dat hij, wanneer er iets fout gaat, aan meer dan één crediteur
 moet betalen. Teneinde te voorkomen dat hij twee keer moet be-
 talen, wordt aangenomen dat, wanneer hij heeft betaald, de an-
 dere crediteur hem niet nog eens tot betaling kan verplichten.
 Met name kan het voorkomen, dat de ontvanger al (gedeeltelijk)
 betaald heeft aan de charterer en dat daarna de scheepseigenaar
 jegens hem een beroep op een "lien" doet.
 Aangenomen wordt dat de scheepseigenaar in dat geval slechts
 recht heeft op datgene wat eventueel nog niet betaald is en dat ook
 zijn "lien"-rechten tot dat bedrag zijn beperkt. Aldus besliste de
 Privy Council in *Turner v. Goolam* (10). De keten in deze zaak
 bestond uit de scheepseigenaar Turner, een tijdbevrachter en
 Goolam als onderbevrachter. Goolam verschepte zijn eigen la-
 ding en toen hij de kapitein cognossementen liet tekenen, die ver-
 meldden dat de vracht vooruit betaald was, betekende dit in we-
 zen dat Goolam de vracht aan zichzelf betaalde in zijn kwaliteit
 van onderbevrachter. Turner trachtte van Goolam betaling te
 verkrijgen, daarbij wijzend op het feit, dat hij tegenover Goolam
 gebonden was aan de door de kapitein getekende cognossementen
 en daartegenover betaling van vracht mocht verwachten. Turner
 had slechts in zoverre succes, dat hij een lien kon uitoefenen
 voorzover Goolam nog iets aan de tijdbevrachter verschuldigd was.

Vermoedelijk zou het geen verschil gemaakt hebben, indien de

(9) Deze "author" was Carver (4th ed. s. 155).

(10) (1904) AC 826, Scrutton blz. 366, Carver par. 1355.

tussenschakel niet een tijdbevrachter doch een reisbevrachter was geweest.

Over het Engelse recht zou nog meer te zeggen zijn, maar voor ons doel zullen wij ons tot deze opmerkingen beperken.

Ook het Amerikaanse recht kent de "lien" en ook daar brengt de "lien" met zich, dat de scheepseigenaar de hem verschuldigde vracht op de lading kan verhalen met dezelfde beperking, die wij in Engeland zagen: die mogelijkheid vervalt zodra de ladingontvanger het door hem verschuldigde aan degene, die hij als zijn crediteur mocht beschouwen, heeft voldaan.

Amerikaanse juristen delen niet de gedachte, dat de "lien" berust op een contractsband. Maar zij hebben er wel moeite mee, dat de "lien" een recht tot het ontvangen van vracht schept tegenover iemand met wie men geen contractuele relatie heeft. Poor verzucht:

"Difficult questions arise when the charterer has in turn sub-chartered. There is then no privity of contract between owner and sub-charterer. Nevertheless, the courts have allowed the owner to hold these bill of lading freights for his hire even though they were the property of the sub-charterer." (11)

Poor spreekt hier over de cognossementsvracht. Het is die vracht waarvan de scheepseigenaar betaling kan vragen voor hij de lading uitlevert.

Ook in Amerika zijn de problemen het scherpst aan de orde gekomen in gevallen waar meer dan één vervrachter een rol speelde. In hoofdzaak komt men tot hetzelfde resultaat dat wij in Engeland in *Turner v. Goolam* zagen: de scheepseigenaar kan zich beroepen op een "lien" met deze beperking, dat dit slechts mogelijk is voor zover de onderbevrachter nog iets verschuldigd is. *Gilmore & Black* zeggen hierover:

"The provisions for liens on cargo and subfreight can apply only when there is freight actually owing on a shipment of goods; payment in the ordinary course to the charterer by the third-party shipper, discharges the latter's obligation and with it the lien. And of course the lien on cargo cannot be enforced beyond the amount of freight actually due on that cargo; as to the third-party shipper, this means, usually, the freight stipulated in the bill of lading." (12)

(11) Poor on *Charter Parties and Ocean Bills of Lading*, 5e druk, paragraaf 16.

(12) *The Law of Admiralty*, 1957, blz. 208.

Aan de woorden "in the ordinary course" mag niet te licht getild worden. Wanneer de vrachtdebiteur wist of bij normale zakelijke oplettendheid had kunnen bevroeden dat de scheepseigenaar nog niet betaald was, dan bestaat er een grote kans dat de scheepseigenaar hem met succes zal aanspreken. Meer dan eens is uitgemaakt, dat dan inderdaad een tweede keer betaald moest worden. Bij de afweging van belangen, die hierbij steeds plaatsheeft, wordt veel aandacht gegeven aan de vraag of de ladingontvanger al dan niet wist of kon weten, dat de scheepseigenaar het aan hem verschuldigde nog niet had ontvangen.

Een goed voorbeeld hiervan is de zaak van de "Solhaug" (13). In die zaak speelden de volgende partijen een rol: de scheepseigenaar Aktieselskab Venborg, de charterer Columbus Line Inc., de onderbevrachter Agencia Cooperativa de Exportacion de Azucar S.A. en de cognossementhouder National Sugar Refining Company. Zowel de charter tussen Venborg en Columbus als die tussen Columbus en Azucar bevatte een lien-clausule als ook het cognossement, dat door de kapitein werd getekend. In dit cognossement was een plaats, waar een verwijzing naar een charter kon worden ingevuld, maar dit was niet gebeurd. Toen Columbus in gebreke bleef Venborg te betalen, sprak Venborg de cognossementhouder National aan. Special Commissioner Ralph W. Brown (14) stelt voorop, dat een scheepseigenaar voor onbetaalde vracht een "lien" kan uitoefenen en dat het erom gaat of in casu National daartegen terecht verweer voert.

Het voornaamste verweer kwam erop neer, dat National stelde, dat zij te goeder trouw had betaald zonder bekend te zijn met de hoofdcharter en de daarin vervatte "lien". Brown weegt dan af dat weliswaar in het cognossement de plaats om naar een charter te verwijzen niet was ingevuld, maar National wist dat Columbus niet de eigenaar van de "Solhaug" was, althans dit had kunnen begrijpen, omdat de Amerikaanse vennootschap Columbus bezwaarlijk eigenaar kon zijn van een onder Noorse vlag varend schip. Aansluitend bij een eerdere beslissing (15) komt Brown tot de conclusie dat "reasonable business foresight and caution" vereist hadden, dat National zich ervan vergewist zou hebben of Venborg voldaan was. (16)

Zowel in het Engelse als in het Amerikaanse recht zien wij dat gepoogd

(13) 1931 AMC 640; 2 F.S. 294.

(14) Wiens rapport werd overgenomen in het vonnis van het U.S. District Court, Southern District of New York.

(15) *Jebson v. A Cargo of Hemp* (DC Mass. 1915), 228 Fed. 143.

(16) Voor andere Amerikaanse beslissingen zie o.m. *The Albert Dumois* (54 Fed. 529) and *The Jackie Hause* (1961 AMC 83).

wordt hetgeen men billijk acht te bereiken, namelijk dat de scheepseigenaar wordt voldaan, welk beginsel slechts soms moet wijken, wanneer de lading-ontvanger daardoor gedwongen zou worden twee keer te betalen. Ook dat vindt men niet erg, indien die ladingontvanger door enige mate van oplettendheid had kunnen weten dat de scheepseigenaar nog niet voldaan was.

Wanneer wij nu het Engelse en Amerikaanse recht verlaten en onze aandacht geven aan rechtstelsels die meer met het onze vergelijkbaar zijn, dan valt het ons op, dat ook in landen waar de dogmatiek meer aandacht pleegt te krijgen dan in landen waar de common law hoogtij viert, min of meer identieke resultaten worden bereikt zonder theoretische grondslag.

Zo kende men in Frankrijk reeds lang een "action directe" van de scheepseigenaar tegen de sub-charterer (sous-affrèteur) in die gevallen waar het om de bevrachting van een geheel schip ging, en wel voor zover deze sub-charterer nog in het krijt stond bij zijn rechtstreekse wederpartij. Men is er in Frankrijk niet in geslaagd het eens te worden over de theoretische grondslag voor dit recht, maar dit nam niet weg dat vaste jurisprudentie het bestaan van dit recht had erkend. In wezen stond dit recht gelijk met een voorrecht op de subvracht (17). Dit destijds in Frankrijk bestaande beginsel is bij de herziening van het Franse zeerecht in de Loi Rodière wettelijk vastgelegd (met enige uitbreiding):

"Le fréteur, dans la mesure de ce qui lui est dû par l'affrèteur, peut agir contre le sous-affrèteur en paiement du fret encore dû par celui-ci.

"Le sous-affrètement n'établit pas d'autres relations directes entre le fréteur et le sous-affrèteur." (18)

De scheepseigenaar heeft dus thans zolang hem door de charterer vracht verschuldigd is een rechtstreeks recht jegens de sub-charterer voor hetgeen deze nog verschuldigd is. (19)

De scheepseigenaar, wiens kapitein het cognossement tekende, heeft echter van oudsher ook nog een rechtstreekse actie jegens de ladingontvanger, de destinataire. Geheel anders dan in Rotterdam wordt aangenomen, dat, wanneer de cognossementhouder het cognossement aanbiedt, hij daardoor te kennen geeft dat hij de vervoersovereenkomst aanvaardt zoals die is met al de daaraan verbonden rechten en plichten "et spécialement avec l'obliga-

(17) Ripert, Droit Maritime II, nr.1658.

(18) artikel 14 van de Loi nr.66-420 van 18 juni 1966.

(19) Rodière: Traité General de Droit Maritime I, blz.328.

tion corrélative au transport lui-même d'en payer le prix". (20)
Franse juristen worstelen met de vraag hoe dit alles nu toch eigenlijk mogelijk is, want het gevolg is dat "le destinataire est tenu de payer le fret à l'armateur, avec qui il n'a pas contracté". Ripert bekent:

"Il vaut mieux dire tout simplement que l'obligation du destinataire dérive de la réception des marchandises. Le capitaine ne livre les marchandises que sous la condition d'être payé de son fret. Le réclamateur qui, en vertu de son connaissance, peut prendre livraison des marchandises, n'obtient cette délivrance qu'en s'engageant à payer le fret." (21)

In België lijkt de positie veel op de Franse, hetgeen Smeesters-Winkelmolen aldus samenvat:

"Le frèteur principal a donc contre le sous-affrèteur des droits identiques à ceux que l'article 1753 du Code civil accorde au propriétaire d'un immeuble contre le sous-locataire." (22)

Artikel 1753 Code civil correspondeert met het Nederlandse artikel 1618 B.W. Deze bepaling stamt uit het Romeinse recht en heeft dus een eerbiedwaardige ondergrond. Ripert weigert echter deze analogie te zien (23), omdat men zich naar zijn inzicht op een gevaarlijke weg begeeft, wanneer men bevrachting en huur met elkander vergelijkbaar acht.

De bedoeling van deze korte opmerkingen over vreemd recht was te laten zien, dat in onderling zeer verschillende rechtstelsels de gedachte naar voren is gekomen, dat een scheepseigenaar over het hoofd van zijn rechtstreekse wederpartij heen aanspraken geldend moet kunnen maken tegen degene die nog vrachtpenningen op tafel moet leggen. In het Ontwerp is er kennelijk naar gestreefd om ook bij ons als tegenhanger van de aanspraken tot uitlevering van lading, waarbij één of meer schakels worden overgeslagen, de mogelijkheid te scheppen in omgekeerde richting één of meer schakels over te slaan, wanneer het gaat om betaling van de vracht. Zoals hierboven is gesteld is het niet zeker dat het Ontwerp steeds waar nodig uitkomst biedt.

(20) Ripert: Droit Maritime II, nr. 1661; Cour de Cassation 20 mei 1912, Rev. Int. Droit Maritime XXVIII, 326.

(21) Ripert: Droit Maritime II, nr. 1661. Zie overigens Rodière: Traité General de Droit Maritime II, blz. 200.

(22) Smeesters-Winkelmolen: Droit Maritime et Droit Fluvial I, 1929, No. 280.

(23) Ripert: Droit Maritime II, nr. 1658.

Ook de Franse oplossing kan niet zonder meer overgenomen worden.

De zaak van de "Solhaug" eindigde ermee, dat National twee maal vracht moest betalen. Is dit ook mogelijk in het systeem Rodière? Op het eerste gezicht luidt het antwoord ontkennend; de sous-affréteur kan slechts aangesproken worden tot betaling van hetgeen nog door hem verschuldigd is. Heeft hij al betaald, dan heeft hij niets meer de vrezen. Hierop ware echter één uitzondering te maken, die hetzij met zoveel woorden in de wet moet worden vastgelegd of tenminste uit het door de wetgever aanvaarde systeem moet volgen.

Voorkomen moet worden, dat de rechten van de scheepseigenaar getorpedeerd worden door te haastige betaling (zoals National deed) of door samenspel tussen ontvanger en onderbevrachter. Vastgelegd moet worden dat de betaling van de ontvanger te goeder trouw en opeisbaar (24) moet zijn gedaan.

In zijn brief waarmee Schadee zijn Ontwerp aan de Minister van Justitie aanbood, heeft hij tot uitdrukking gebracht dat hij vaak praktijk-eisen heeft laten prevaleren over juridische dogmatische argumenten.

Ook in dit pre-advies zal men tevergeefs naar een dogmatische aanpak zoeken. Denkbaar zou zijn, dat men voor alle schakels, die in de Toelichting zijn vermeld, en voor schakels die men nog daarnaast zou kunnen verzinnen, na zou gaan wie tegenover wie op welke vracht aanspraak heeft of behoort te hebben. Dit min of meer mathematische spel zal in sommige gevallen leiden tot het intrappen van open deuren of tot het zoeken van een antwoord op een vraag die zich in de praktijk nimmer zal voordoen. In het voorgaande is vrijwel steeds alleen onderzocht welke rechten een scheepseigenaar heeft tegenover een lagere schakel dan zijn rechtstreekse wederpartij. Min of meer analoog kan men de positie van de rompbevrachter bepalen. Hun investering en risico is als regel van veel groter gewicht dan de marges van de tijden reisbevrachter. Steeds weer is het de scheepseigenaar die men betrokken ziet in processen over de vraag die ons heeft beziggehouden. Hem c.q. de rompbevrachter ware een recht te geven zoals de Franse wet thans doet, aangevuld zoals hierboven gesuggereerd.

(24) Vergelijk "opeisbaar" in artikel 1618 B.W.

1. Overzicht van de verschillende artt., waarin een retentierecht wordt gegeven.

Al eerder (1) is aangekondigd, dat naast de algemene regeling van het opschortingsrecht, waarvan het retentierecht deel uitmaakt, ook andere bijzondere opschortingsrechten zouden worden opgenomen in het Ontwerp B.W., bijv. in boek 5, 7 (2) en nu in boek 8. Als reden hiervoor is toen gegeven dat door een aparte bepaling de schuldenaar zelf in de wet kan lezen of hij de nakoming van zijn verbintenis mag opschorten en dat hij niet in onzekerheid is, of de rechter in zijn geval de opschorting nu wel in overeenstemming met wat redelijk en billijk is zal vinden.

In het nieuw ontworpen 8ste boek komen de volgende retentierechten voor: art. 8.2.1.11 voor de vervoerder, waaronder ook de sleper over zee gerekend wordt (3), art. 8.2.3.9, de expediteur en de belangrijkste artt. 8.5.2.59 en 8.10.2.63, het retentierecht van de vervoerder op de lading resp. voor het vervoer van goederen over zee en over de binnenwateren.

Het retentierecht op de bagage van de passagier staat in art. 8.5.3.11 voor de zeevaart en art. 8.10.3.11 voor de binnenvaart (hieronder zijn ook begrepen veerdiensten, plezierreisjes over de Rijn en een overtocht naar de Waddeneilanden, art. 8.1.1.4). Tenslotte nog het retentierecht op schip en lading voor hulploon, art. 8.6.2.17 jo 8.11.2.1. De hulp verleend op de in art. 8.6.2.2 genoemde stromen (bijv. Waddenzee, IJsselmeer, Zeeuwse- en Zuidhollandse wateren) wordt gerekend onder art. 8.6.2.17.

2. Andere gevallen naast het eigenlijke retentierecht.

In al deze gevallen gaat het om een eigenlijk retentierecht, dat "de bevoegdheid geeft om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak op te schorten totdat de vordering wordt voldaan" (art. 3.10.4A.1). Daarnaast staan nog twee artt. waarin de cognossementshouder de bevoegdheid wordt gegeven om het cognossement tijdelijk in bewaring te geven aan een derde, totdat de vervoerde goederen aan hem zijn afgegeven, artt. 8.5.2.51 en 8.10.2.55. Deze wat onpraktische (4) bepaling, die ook al in art.

(1) Toel. boek 6, blz. 521.

(2) Bijv. artt. 5.7.12 erfpacht, 5.2.6 opstal, 7.7.1.9 opdracht.

(3) Zie Toel. blz. 1293.

(4) Aldus de Toel. blz. 1330.

515 Kh staat, zal ook in de toekomst wel zelden worden toegepast. Hier wordt, anders dan in art. 6.1.6.17, lid 4 (5), geen recht van opschorting gegeven. Ware dat mogelijk dan zou de vervoerder kunnen weigeren te lossen, wanneer hem niet het cognossement van gehele of gedeeltelijke kwijting voorzien, werd afgegeven. Dit zou een belangrijke vertraging in de lossing betekenen met alle nadelige gevolgen van dien. Bij weigerachtigheid van de crediteur leidt art. 6.1.6.17 ook tot een impasse, die zou kunnen worden opgeheven door in bewaringgeving van het bewijs van kwijting, het order- of het toonderpapier.

Het verbod van artt. 493 en 833 W.v.K. om een recht van terughouding uit te oefenen komt te vervallen; de vraag blijft echter of de in het vervoersrecht genoemde gevallen limitatief bedoeld zijn, dan wel of er daarnaast nog opschortingsrechten mogelijk zijn op grond van art. 6.1.6.19 of misschien artt. 6.5.4.2 e.v. In het stelsel van de opschortingsrechten lijkt het laatste het meest waarschijnlijk.

3. Het bedongen retentierecht.

Het bovenstaande moge - gezien de vrij uitvoerige regeling van het retentierecht - een wat academische vraagstelling zijn, van veel meer belang en ook veel meer voorkomend zijn de overeengekomen retentierechten. Deze kunnen als een uitbreiding op art. 8.5.2.59 zinvol zijn. Bijv. voor vorderingen niet door de ontvanger verschuldigd, voor dead freight, detention (6), vertragschade voor nog langere tijd dan het overliggeld of voor andere schulden (7). Dergelijke, in bijna alle charter parties en ook wel in cognossementen voorkomende lien-clauses kunnen slechts werken tussen partijen en kunnen niet aan derden worden tegengeworpen. Voor zover echter het cognossement duidelijk naar de charter party verwijst, zal de daarin genoemd lien door de reder tegenover de ontvanger van de lading kunnen worden ingeroepen.

(5) Evenzo par. 371 BGB; Asser-Rutten, Verbintenissenrecht, de verbintenis, 1e stuk, blz. 352-354. Benelux, Ontwerp Benelux-Overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen, Bijl. I art. 22, lid 1: "De Schuldeiser is verplicht voor iedere voldoening een kwitantie af te geven, tenzij uit overeenkomst, gewoonte of billijkheid anders voortvloeit"; lid 3: "De schuldenaar kan de nakoming van zijn verbintenis opschorten, indien de schuldeiser niet voldoet aan het voorschrift van het eerste lid".

(6) Scrutton, On charter parties, blz. 376-377; Carver, Carriage of goods by sea nos. 1341-1348; Captain L. F. H. Stanton, The Law and the practice of sea transport (1960), blz. 50.

(7) Rb. Amsterdam, 28 febr. 1928, N.J. '28, 1536 achtte een bedongen retentierecht waarbij er geen verband meer bestond tussen de vordering en het transport van de goederen ongeldig.

In de Toelichting op het algemene art. 8.2.1.11 (8) wordt gezegd dat dit artikel geen dwingend recht is; aangezien alle artikelen regelend recht geven, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald geldt dit ook voor de andere artt. met name voor art. 8.5.2.59 en 8.10.2.63.

4. Het retentierecht op de lading.

Het onderstaande zal voornamelijk over artt. 8.5.2.59 en 8.10.2.63 gaan; de verschillende bepalingen betreffende het retentierecht zijn kennelijk zoveel mogelijk hetzelfde geredigeerd en veel van hetgeen hier volgt zal ook daarop van toepassing zijn. Voor zover er verschillen zijn is dit duidelijk in de wet te lezen. Slechts voor zover het nodig mocht blijken zal ik op de andere retentierechten apart ingaan.

Tussen artt. 8.5.2.59 en 8.10.2.63 bestaan enkele verschillen; deze vloeien ten dele voort uit de veelvuldig voorkomende bedingen in de binnenvaart. Het belangrijkste is dat de vervoerder in de binnenvaart een retentierecht heeft op de lading voor hetgeen bij wijze van rembours op de zaken drukt (evenzo artt. 8.2.1.11 en 8.2.3.9).

Een tweede verschil is, dat de vervoerder in de binnenvaart een retentierecht heeft tegenover de ontvanger ook voor vorderingen op de afzender; als er een cognossement is afgegeven geldt dit indien en voor zover de cognossementshouder uit het cognossement kon zien dat de afzender nog verplichtingen jegens de vervoerder had.

Onder het bestaande recht (9) wijst men het retentierecht op de lading uitdrukkelijk af en ook de rechtspraak verwerpt iedere figuur die er ook maar enige gelijkenis mede vertoont (10). De Rb. te Rotterdam en het Hof te 's-Gravenhage werd ter beoordeling voorgelegd een geval, waarin de vervoerder van de ontvanger een zekerheidsstelling vorderde met een belofte van betaling terstond na lossing. Het Hof overwoog dat dit een soort verkapt retentierecht opleverde, daar ook bij de uitoefening van een retentierecht de ontvanger de vracht moet betalen zonder te weten wat en of hem zal worden geleverd.

Deze schroom heeft Schadee (11) kennelijk overwonnen en hier blijkt hoe rechtsvergelijking ertoe kan leiden, dat het beperkte

(8) Toel., blz. 1233.

(9) M.v.T., blz. 1335, art. 8.5.2.59, sub 1.

(10) Rb. Rotterdam, 16 dec. 1958, S&S 1959.39; Hof 's-Gravenhage 4 mei 1960, S&S 1961.41, N.J. '61.254.

(11) Ook al B. Wachter, Beurtvaart, blz. 255-256; evenzo Frankrijk, Décret no. 66-1078 van 31.12.1966, R. Rodière, Traité général de droit maritime, dl. I no. 261, blz. 287.

nationale - hier zelfs Benelux (12) standpunt - wordt prijsgegeven en andere oplossingen gekozen worden.

Anderzijds is Schadee verder gegaan dan het Engelse recht en geeft hij het retentierecht niet alleen voor de vracht maar ook voor het nog verschuldigde overliggeld; de common law lien dekt juist niet de demurrage, maar moet daartoe door een beding worden uitgebreid (13).

Deze retentierechten gaan uit van de volgende elementen:

5. Vervoerde goederen, lading.

Te dezer zake rijst de vraag of er - zoals art. 6.1.6.19 voor het opschortingsrecht in het algemeen stelt - een verband moet bestaan tussen de lading en de vordering. Mag bijv. de vervoerder, die meerdere reizen voor eenzelfde ontvanger maakt, de goederen terughouden omdat de vracht voor een voorafgaande reis verschuldigd, nog niet is voldaan? Of mag de vervoerder, ingeval er meerdere cognossementen zijn uitgegeven aan dezelfde ontvanger, de gehele partij terughouden omdat een deel van de daarvoor verschuldigde vracht nog niet is voldaan?

Blijkens de tekst van de artt. en de Toel (14) mogen de goederen niet worden teruggehouden voor vracht op andere goederen door dezelfde ontvanger verschuldigd.

Art. 8.6.2.17 jo art. 8.11.2 eist een duidelijk verband tussen het hulploon en de zaken, waarop het wordt uitgeoefend. Het retentierecht betreft schepen, luchtvaartuigen of zaken, waaraan hulp is verleend of schepen, dan wel luchtvaartuigen, die de zaken waaraan de hulp werd verleend aan boord hadden.

(12) België kent het systeem van art. 493 Kh, zie art. 124 Belgisch W.v.Kh., R. de Smet, droit maritime et droit fluvial belge, dl. I no. 224.

(13) Carver t.a.p. no. 1341-1343; Scrutton t.a.p. art. 165, blz. 376-377.

(14) Blz. 1336 en de daar genoemde literatuur. Anders Schaps-Abraham dl. II Anm. 16 op par. 614 HGB, blz. 494: De vervoerder heeft voor de gehele vracht een pandrecht op de gehele lading - ook al bestaat deze uit deelbare partijen vgl. par. 1222 BGB. Carver no. 1332: Als verschillende partijen onder één cognossement vallen, mag de vervoerder een deel terughouden voor de gehele vracht. Zijn er meerdere cognossementen in handen van dezelfde ontvanger dan geldt hetzelfde. S. Frédéricq, Handboek van Belgisch Handelsrecht no. 1459: Het retentierecht slaat op het geheel der zaken die er het voorwerp van uitmaken. De handelsgebruiken laten de ontvanger een korte tijd om de goederen te bezichtigen. De voorman kan een deel - voldoende om zijn vordering op te verhalen - onder zich houden, Mits er sprake is van één overeenkomst kan het retentierecht op alle onderdelen worden uitgeoefend Hof van Verbreking, 7 nov. 1935, Pas. 1936. I. 28.

6. Het retentierecht komt toe aan de vervoerder.

Aldus de meeste teksten betreffende dit onderwerp in boek 8 met uitzondering art. 8.3.2.9 betreffende de expediteur en art. 8.6.2.17 betreffende het hulploon. Het laatste art. spreekt van "hij, die gerechtigd is vaststelling van het hulploon te vorderen". Dit is, art. 8.6.2.13, degene die de hulp verleend heeft, tenzij dit geschiedde door een groep of door een schip, dan is het respectievelijk ieder voor de groep en de kapitein of de reder. Dit laatste is eenvoudiger dan wanneer elk bemanningslid zelfstandig vaststelling van het hulploon zou kunnen vorderen.

Wie vervoerder is volgt weer uit de wet, 8.5.2.1 en 8.10.2.1. Ingeval er geen cognossement is afgegeven is het hij die een overeenkomst van goederenvervoer heeft gesloten, al dan niet tijd- of reisbevrachting zijnde, waarbij de vervoerder zich tegenover de afzender verbindt in een schip lading te vervoeren. Ingeval er een cognossement is afgegeven wordt als vervoerder aangemerkt de in artt. 8.5.2.49 en 8.10.2.53 genoemde persoon, soms zelfs personen. Aangezien deze vraag door anderen wordt behandeld acht ik mij ontslagen diep op de problemen welke hier rijzen, in te gaan. In de regel wordt als vervoerder aangemerkt degene, die het cognossement ondertekende of voor wie een ander (de kapitein of agent) dit heeft gedaan. Het kan ook zijn degene wiens formulieren zijn gebruikt. Is het schip in reis- of tijdbevrachting gegeven dan is de laatste tijd- of reisbevrachter, soms ook de laatste rompbefrachter als vervoerder te beschouwen naast degene die het cognossement ondertekende.

Deze regel leidt weer tot uitzondering als uit het cognossement duidelijk blijkt wie de vervoerder is behoudens de mogelijkheid te bewijzen dat hij buiten zijn toestemming als zodanig is vermeld.

Het is de bedoeling dat de cognossementshouder een gemakkelijk te identificeren debiteur krijgt (15). Het art. is echter, anders dan de artt. 518d en 518k niet hierop toegesneden, maar lijkt een definitie te geven van het begrip vervoerder. De vraag is of de cognossementshouder nu ook precies weet, wie zijn crediteur is.

7. De vordering.

Het onder 6 en onder 7 geschrevene loopt door elkaar heen. Enerzijds gaat het om de vraag voor wiens vordering bestaat het retentierecht, anderzijds voor welke vorderingen bestaat het.

De Toelichting (16) schrijft, dat de vorderingen ruim genomen mogen worden, in de eerste plaats de vrachtvordering, daarnaast ook die tot overliggeld, extra kosten onderweg, foutvracht, bijdragen in avarij grossen enz. Naar Engels recht vallen deze kosten

(15) Toel. blz. 1326.

(16) Blz. 1335; evenzo Duitsland, Schaps-Abraham t.a.p. Anm. 18 e.v. op par. 614, blz. 494 e.v. voorzover deze kosten krachtens het cognossement door de ontvanger verschuldigd zijn.

niet van rechtswege onder de lien, maar moeten zij er bij beding onder worden gebracht (17); dit komt echter zo veelvuldig voor, dat de oplossing van 8.5.2.59 eenvoudiger is.

De bagage van de reiziger kan door de vervoerder worden vastgehouden voor "alles wat de wederpartij van de vervoerder of de reiziger aan de vervoerder verschuldigd is", artt. 8.5.3.11 en 8.10.3.11. Art. 8.5.2.59 geeft het retentierecht voor "hetgeen hem (de vervoerder) verschuldigd is of zal worden".

De Toel op art. 8.5.2.54 (18): "Op grond van art. 8.5.2.59, lid 1 heeft de vervoerder het recht de goederen terug te houden voor de vracht, die eerst na de aflevering verschuldigd zal worden. De ontvanger kan aan deze retentie een einde maken door het stellen van zekerheid (art. 8.5.2.59, lid 2). Doet hij dit niet dan is het niet-afleveren van de goederen het gevolg van deze nalatigheid zijnerzijds, zodat uit hoofde van het in het 5e lid van dit artikel bepaalde de vracht verschuldigd wordt". De tekst van art. 8.5.2.59 is het direct gevolg van artt. 8.5.2.54, 491 en 517p W.v.K.; de vracht is pas verschuldigd direct na aflevering van het goed op de plaats van bestemming (19). Door de toevoeging "of zal worden" in art. 8.5.2.59 en door de daarop gegeven toelichting is gekozen voor een afwijking van een van de voornaamste vereisten van de opschortingsrechten, te weten de opeisbaarheid van de vordering van degene die het recht uitoefent (zie art. 6.1.6.19 Ontw. B.W.).

Men kan zich de vraag stellen of uit de tekst van art. 8.5.2.59 "of zal worden" en de toelichting daarop ook de conclusie getrokken moet worden dat de vervoerder een retentierecht heeft in geval er uitdrukkelijk is overeengekomen "vracht betaalbaar dagen na aflevering". Juist vanwege de bovengenoemde grondregel zou ik die conclusie niet willen trekken; in een dergelijk beding zal dan tevens een afstand doen van het retentierecht door de vervoerder gelezen moeten worden.

Voor wat betreft de bijdrage in de avarij-grosse komt het mij voor dat deze bijdrage in principe verschuldigd is, zodra avarij-grosse is verklaard, alhoewel de omvang van die bijdrage eerst veel later zal komen vast te staan. Een retentierecht voor de geschatte bijdrage en daarvoor te stellen zekerheid vormt een zinvolle regeling.

Vreemd is dat aan art. 8.5.2.54 direct afbreuk wordt gedaan door art. 8.5.2.59. De ontvanger behoeft pas te betalen na aflevering, maar de vervoerder kan aflevering van de goederen weigeren totdat hem de vracht etc. is betaald of - voor een eventueel

(17) Carver t. a. p. no. 1346 e. v.; Scrutton t. a. p. blz. 376-377.

(18) Blz. 1332, 3e alinea.

(19) Duitsland par. 614 HGB, betaling en uitlevering moeten tegelijkertijd geschieden; voor de praktische moeilijkheden, die daarbij kunnen ontstaan zie Schaps-Abraham, t. a. p., dl. II, blz. 493, Anm. 15 op par. 614 HGB.

betwist gedeelte van de vracht en andere vorderingen - zekerheid is gesteld. Wanneer de vracht bepaald moet worden aan de hand van het afgeleverd gewicht of aantal, biedt blijkens lid 2 van art. 8.5.2.59 zekerheidsstelling de oplossing omdat dan van toepassing is: bedragen, welker hoogte nog niet kan worden vastgesteld.

Bij vracht te berekenen aan de hand van ingeladen gewicht of aantal of bij zgn. 'lumpsum' vracht valt niet te ontkomen aan de conclusie dat de vervoerder in feite toch eerst betaald moet worden, hetgeen blijkens art. 8.5.2.54 juist niet de bedoeling is. Een mijns inziens betere regeling geeft art. 71 van de Eenvormige Wet inzake de Internationale Koop (20): "Onverminderd het bij art. 72 bepaalde, moet de betaling van de prijs gelijktijdig geschieden met de aflevering van de zaak. De koper is evenwel niet verplicht tot betaling van de prijs, voordat hij gelegenheid heeft gehad om de zaak te keuren".

Voor het vervoer zou een analoge oplossing misschien theoretisch minder juist zijn, praktisch gezien echter voordelen hebben. Theoretisch behoort de aflevering van de goederen in de meeste gevallen tot het vervoer, zodat het logisch is dat de vracht pas verschuldigd wordt nadat de totale prestatie geleverd is. Praktisch komt het erop neer, wanneer de vervoerder zijn retentierecht uitoefent, dat hij de goederen niet uitlevert totdat hem betaling wordt aangeboden.

De ontvanger zal echter van zijn kant eerst bereid zijn te betalen, nadat hij geïnspecteerd heeft of de lading in goede conditie is aangekomen.

In het Engels recht is de vracht verschuldigd wanneer de vervoerder "is ready to deliver at the port of discharge"(21). Deze "readiness to deliver" is een "condition precedent" ten aanzien van het recht op betaling van de vracht, d.w.z. de bereidheid te lossen moet aanwezig zijn alvorens het recht op betaling ontstaat. Dit geeft een praktischer en sluitender systeem dan dat van het Ontwerp.

Evenmin als thans is in het Ontwerp duidelijk voor welke vordering en door welke crediteur het retentierecht mag worden uitgeoefend. In de Toelichting (22) staat: "Art. 8.5.2.59 geeft slechts een retentierecht voor wat de ontvanger aan de vervoerder verschuldigd is. De vraag wat de ontvanger verschuldigd is, moet beantwoord worden o.a. aan de hand van art. 8.5.2.47, 2e lid".

Ongetwijfeld geeft dit artikel een antwoord op de vraag, welke vorderingsrechten de vervoerder jegens de cognossementshouder geldend kan maken. Er blijven echter andere vragen onbeantwoord. Alvorens daarop in te gaan zij nog vermeld dat art. 8.5.2.47, leden

(20) Tr.1964, 117, Wetgevingsbijlagen 1968-'69, 9817 (R666).

(21) Carver t.a.p., no.1117-1119; Scrutton t.a.p., blz. 350-351.

(22) Blz.1335.

2 en 3 ook bepalingen bevatten terzake van de verplichtingen van de vervoerder onder cognossement. In de huidige wet is dit veel minder duidelijk geregeld, artt. 510, 511 en 518d en k W.v.K.

Anderen zullen de in art. 8.5.2.49 vervatte regeling (artt. 518d en k W.v.K.) behandelen; ik volsta ermede te constateren dat in een aantal gevallen, genoemd in lid 3 van dit artikel de reder van het schip niet als vervoerder onder het cognossement beschouwd kan worden. Bijv. indien een cognossement op het formulier van de tijdbevrachter en door deze zelf ondertekend is afgegeven, dan wel indien anderszins duidelijk uit het cognossement kenbaar is, dat een ander dan de reder de vervoerder is; of ingeval de houder van het cognossement op het tijdstip van de verkrijging wist dat de kapitein niet bevoegd was voor de betrokken reder het cognossement te tekenen.

Doordat er verschillende tijd- en reisbevrachters kunnen optreden ten aanzien van dezelfde reis en dezelfde lading, kunnen zeer ingewikkelde casusposities ontstaan. Ik volsta met een voorbeeld om de dan onbeantwoorde vragen aan te duiden.

Een reder/eigenaar A. sluit een overeenkomst van tijdbevrachting. De tijdbevrachter B. zet het schip in op een lijndienst New York/Rotterdam en geeft op eigen, door hem zelf getekende formulieren te New York cognossementen af "freight prepaid". B. incasseert de cognossementsvrachten bij de verschepers in New York. Gedurende de reis naar Rotterdam komt B. in financiële moeilijkheden. Bij aankomst te Rotterdam is B. aan A. voor twee maanden tijdvracht verschuldigd, stel voor een bedrag van \$ 100.000. De cognossementshouders hebben geen vorderingsrecht tegen A. tot uitlevering van de goederen, omdat A. niet als vervoerder onder cognossement beschouwd kan worden.

A. kent uitsluitend B. als zijn contractuele wederpartij; B. is de vervoerder onder cognossement en is degene die de goederen moet afleveren aan de cognossementshouders. A. oefent zijn retentierecht uit tegenover B., doch wanneer de laatste noch betaalt, noch zekerheid stelt, zullen de cognossementshouders noodgedwongen A. aanspreken tot uitlevering van de goederen en dan waarschijnlijk gedwongen worden gezamenlijk de tijdvracht aan A. te betalen, terwijl zij maar moeten zien verhaal te vinden op B.

Dit is echter een uitzonderingsgeval. Regel is dat de vervoerder tegenover de ontvanger een retentierecht uitoefent voor wat de ontvanger hem verschuldigd is. Deze verschuldigdheid zal in alle gevallen dat er een cognossement is afgegeven blijken uit het cognossement, art. 8.5.2.47, lid 2. Voor zover het cognossement een duidelijke verwijzing naar de charter party bevat ("freight payable as per charter party") zal de ontvanger ook hetgeen daarin staat omtrent de charter freight verschuldigd zijn, aldus artt. 8.5.2.34 jo 8.5.2.47, lid 2.

Naar Engels recht (23) kan de cognossemmentshouder eveneens alleen dan een retentierecht voor de charter freight worden tegen-
geworpen, wanneer het cognossement een duidelijke verwijzing
naar de charter party bevat. In Duitsland (24) heeft de vervoerder
alleen een retentierecht voor de vorderingen tot welker voldoening
de ontvanger door aanvaarding van de goederen verplicht wordt.

Ook in geval het vervoer langs verschillende schakels plaats-
vindt kunnen zich vragen voordoen. Bijv. een lading stukgoed wordt
verzonden van New York naar Düsseldorf. Het eerste deel van het
vervoer gaat per zeeschip naar Rotterdam; de zeevervoerder le-
vert de goederen af aan een beurtvaarder voordat hem de vracht
is betaald en hij cedeert zijn vrachtvordering aan de beurtvaarder.
Deze vervoert de goederen verder naar Duitsland. Kan hij nu een
retentierecht uitoefenen op de lading voor de totale vracht?

Of - een variatie op het voorgaande - de zeevervoerder heeft het
gehele vervoer New York-Düsseldorf op zich genomen, in Rotter-
dam levert hij de goederen af aan zijn agent en deze regelt via een
beurtschipper het verdere vervoer. In het eerste geval kan men
zeggen: de zeevervoerder heeft zijn retentierecht verspeeld toen
hij de goederen aan de beurtvaarder afleverde, toen verloor hij
de detentie van de zaak. De vraag blijft dan nog of bij de cessie
ook het retentierecht mee overging op de beurtvaarder; tenslotte
heeft deze krachtens art. 8.10.2.63 een retentierecht op wat hem
verschuldigd is. In het tweede geval, kan men zeggen, heeft de
zeevervoerder de detentie van de zaak niet verloren door de goe-
deren af te geven aan zijn vertegenwoordiger, terwijl de beurt-
schipper gezien kan worden als een verlengstuk van de zeevervoer-
der, als iemand die hij bij de uitvoering van zijn verbintenis ge-
bruikt.

Een strikte interpretatie van de woorden 'hetgeen hem verschul-
digd is' in de artt. 8.5.2.59 en 8.10.2.63 lijkt in ieder geval ge-
boden om te voorkomen dat de laatste schakel in een vervoersketen
een opeenstapeling van retentierechten (ook bijv. hetgeen door de
afzender nog verschuldigd is, art. 8.10.2.63) uitoefent tegenover
de ontvanger.

Soms zal een ruime interpretatie van diezelfde woorden geboden
zijn, wanneer één vervoerder bij één overeenkomst het vervoer
met verschillende transportmiddelen op zich neemt, geldt afd.
8.2.2 en zal aan hem de vracht verschuldigd zijn. Het lijkt niet
onredelijk dat deze vervoerder door middel van zijn ondervervoer-
ders zijn retentierecht laat uitoefenen.

8. Tegenover wie roept de vervoerder het retentierecht in?

De verschillende artt. geven op deze vraag allen hetzelfde ant-
woord, nl. tegenover ieder, die afgifte van de vervoerde zaken

(23) *Scrutton t.a.p.* ad art. 160, blz. 374.

(24) *Schaps-Abraham t.a.p.*, dl. II, blz. 515.

verlangt, zie artt. 8.2.1.11, 8.2.3.9, 8.5.2.59, 8.10.2.63, 8.5.3.11, lid 1, 8.6.2.17, 8.10.3.11, lid 1, met dien verstande dat in 8.2.3.9 in plaats van vervoerder de expediteur moet worden gelezen.

In al deze artikelen mist de beperking van art. 3.10.4A.2, lid 2, Ontwerp B.W. nl.: dat de retentiehouder wist of op het tijdstip dat de zaak ter uitvoering van de overeenkomst in zijn macht werd gebracht behoorde te weten dat de bevoegdheid daartoe jegens de derde ontbrak.

Hier een opzettelijke rechtsvergroving (25) t.o.v. de algemene regel. Tot welke gevolgen dit leidt wil ik trachten met een voorbeeld te verduidelijken.

B. huurt in Frankrijk van A. goederen. B. laat door S. deze goederen over zee naar Nederland vervoeren. S. moet ze aldaar afleveren aan C. Zowel S. als C. weten dat B. verduistert. A. legt onder S. beslag op de goederen voordat ze zijn uitgeleverd aan C. en voordat C. de vracht heeft betaald. S. heeft nu een retentierecht tegenover A., hoewel hij wist dat B. niet bevoegd was hem de goederen ter vervoer te geven (26).

Ook zou de eigenaar, die van de vervoerder afgifte vraagt van onder hem gestolen goederen, die zich in de bagage van een ander bevinden en, naar men mag aannemen, tegen zijn zin vervoerd werden, de passage e.d. van deze passagier moeten betalen aan de vervoerder, alvorens hij deze in ontvangst kan nemen.

Daar de regeling van boek 8 - gesteld dat dit gehandhaafd blijft - een *lex specialis* t.o.v. boek 3, zal art. 8.2.3.11 steeds derogeren aan art. 3.10.4A.2. Het vervoer zou dan ook in art. 3.10A.4.2 geschrapt moeten worden. Er is ook weinig reden de hotelhouder die wist dat zijn gast zonder diens toestemming met goederen van een derde reisde, geen retentierecht toe te kennen op de bagage van de gast voor kosten wegens logies en verteringen, terwijl de vervoerder eenzelfde recht wel heeft voor dezelfde soort vorderingen.

Deze "rechtsvereenvoudiging" (misschien een beter woord dan rechtsvergroving, al is het evenmin juist; de toepassing van het recht wordt wat vereenvoudigd, doordat men zich niet hoeft af te vragen of de vervoerder wel "te goeder trouw" was, het recht zelf vereenvoudigt niet, het wordt door iedere uitzondering op de hoofdregel eer ingewikkelder) komt niet voor in Duitsland (27).

Daar kan geen wettelijk pandrecht ontstaan op aan de tegenpartij niet toebehorende goederen enkel en alleen omdat de andere partij te goeder trouw was. Anderzijds echter kan krachtens par.

(25) H. Schadee, Het schip en zijn schulden, rede 1963, blz. 10-13.

(26) Anders A. Greebe, Transportrecht, blz. 135.

(27) Schaps-Abraham t.a.p., dl. II, blz. 515; H. Prüssmann, Seehandelsrecht ad par. 623; BGHZ 21 dec. 1960, 34, 122 e.v. en 43, 153 e.v.

397, 410, 421, 440 HGB wel een wettelijk pandrecht worden uitgeoefend op aan de commissionair, expediteur, veemhouder, vervoerder (binnenvaart en spoorwegen) toevertrouwde goederen alhoewel deze aan een derde toebehoren. De wet sluit dit alleen uit wanneer deze personen of t. a. v. de eigendom of t. a. v. de beschikkingsbevoegdheid niet te goeder trouw waren.

9. De uitoefening van het retentierecht, zekerheidsstelling.

De vervoerder aan wie de vracht, avarij grossen etc. niet wordt betaald zal beginnen te weigeren de lading aan de ontvanger af te geven. Terwijl hij op grond van artt. 493 en 833 W. v. K. eerst zekerheid moet vragen alvorens hij tot uitoefening van zijn retentierecht mag overgaan, is de volgorde in de toekomst omgekeerd. Boek 8, artt. 8.5.2.59, 8.10.2.63, 8.2.1.11 enz., eist zelfs betaling van de ontvanger van het bedrag waaromtrent geen geschil bestaat tussen partijen, daarvoor mag zelfs geen zekerheid worden gesteld.

Boek 8 wijkt hier af van boek 3. Art. 3.10.4A.6 luidt: Wanneer de vordering alleen strekt tot betaling van een geldsom, kan zodra voor de betaling van die som verhoogd met drie jaren rente voldoende zekerheid is gesteld, onmiddellijke afgifte van de zaak worden gevorderd, tenzij de schuldeiser daardoor onredelijk zou worden benadeeld. In de Toelichting (28) wordt de afwijking van boek 8, de verplichting tot directe betaling van het onbetwiste deel van de vordering, gemotiveerd door te wijzen op het geval dat een ontvanger een klein gedeelte van de verschuldigde vracht zou betwisten om zich daarmee de mogelijkheid te verschaffen de lading zonder betaling maar slechts tegen zekerheidsstelling in handen te krijgen. De ontvanger beweert bijv. dat het ingeladen gewicht lager ligt dan door de vervoerder wordt opgegeven.

Geldt deze mogelijkheid van betwisting van een deel van de vordering eerder voor het vervoersrecht dan voor het gemene recht? Een werf bijv. verricht reparaties aan een schip. De opdrachtgever betwist een gedeelte van de rekening die de werf hem stuurt. Kan de opdrachtgever nu door zekerheid te stellen voor het totale bedrag directe betaling van het niet betwiste deel ontlopen?

De werf kan zich niet op een regel beroepen, die voorschrijft dat dit gedeelte direct moet worden voldaan. Wel echter kan hij een beroep doen op art. 6.1.6.21 en eisen dat hij zich op de zekerheid zonder moeite kan verhalen. Voor het opeisbare gedeelte van de vordering zou dat m. i. zelfs terstond mogelijk moeten zijn, daar de werf anders, zie art. 3.10.4A.6, wordt benadeeld. De oplossing die boek 8 als remedie tegen eventuele chicanes van de ontvanger geeft is wat radicaler dan die van boek 3 en 6; de retentiehouders wordt een gang naar de rechter en de vertraging die daardoor zal ontstaan, bespaard. Anderzijds betwijfel ik toch of

(28) Blz. 1336, sub 7.

het nodig is de partij-autonomie zozeer te beknootten als hier is geschied. Is de onderhandelingspositie van de vervoerder zo zwak, dat hiervan op deze wijze veelvuldig misbruik zou worden gemaakt?

Cleveringa, Zeerecht (29) ziet al als geldend recht voor art. 493 W.v.K.: "Als bij de afrekening geschil bestaat over hetgeen de ontvanger moet betalen of een nadere berekening nodig is moet hij direct betalen het bedrag waarvan de verschuldigdheid vaststaat, voor het betwiste gedeelte behoort hij zekerheid te stellen". Waarop dit, anders dan op de redelijkheid, gebaseerd is, ontbreekt.

Merkwaardigerwijs zou men de regel van bijv. 3.10.4A.6 voor het zeevervoer en voor het vervoer over de binnenwateren niet eens mogen bedingen, zie bijv. artt. 8.5.2.59, lid 3, 8.10.2.63, lid 3, 8.2.3.9, lid 3. Wel mag dit voor het vervoer in het algemeen; art. 8.2.1.11 is "niet van dwingend recht en partijen kunnen dus ieder retentierecht bedingen dat hun goeddunkt" (30). Wat t.a.v. de bagage geldt is door de Toel. (31) op artt. 8.5.3.11 en 8.10.3.11 niet duidelijk.

Bedoeld is mijns inziens te doen uitkomen dat in geval er een gewone lien clause is gemaakt in het cognossement of in de charter party, het retentierecht opgeheven wordt door betaling c.q. zekerheidsstelling en dat in de regel de ontvanger er niet met zekerheidsstelling afkomt voor zover het bestaan en de hoegrootheid van de vordering van de vervoerder op hem vaststaat. Maar waarom zouden partijen niet anders mogen overeenkomen? Door hun redactie verbieden deze bepalingen iedere afwijking van hetgeen omtrent de opheffing tegen zekerheidsstelling is bepaald en het is de vraag of een zodanige beperking van de contractsvrijheid van partijen niet veel te ver gaat.

Men kan in het 3e lid lezen dat het partijen niet zou vrijstaan te bedingen dat, ondanks het feit dat de in art. 8.5.2.59 jo 8.5.2.47, lid 2 genoemde vorderingen zijn voldaan, de vervoerder toch nog een retentierecht mag uitoefenen op de lading voor andere vorderingen.

De angst bestond, blijkens de M.v.T., blz. 1336, dat de gebruikelijke retentierechtbedingen, waarin over opheffing tegen zekerheidsstelling niet gerept wordt, zouden derogeren aan art. 8.5.2.59, 2e lid. Het zou echter ook denkbaar zijn dat in een dergelijk geval de rechter zou beslissen dat de uitoefening van het retentierecht nadat er voldoende zekerheid was gesteld misbruik van recht oplevert.

Art. 8.1.1.10 (vgl. 6.1.6.21) geeft nog een nadere bepaling omtrent de zekerheid. Deze kan zowel zakelijke als persoonlijke

(29) Blz. 605.

(30) Toel. blz. 1233.

(31) Toel. blz. 1343.

zekerheid zijn. De vroeger (32) voorkomende angst voor persoonlijke zekerheid is verdwenen nu degene die zich garant of borgstellen meestal zeer kapitaalkrachtige instellingen (banken) zijn. Daarvoor in de plaats is nu gekomen de angst dat zekerheid wordt gesteld om betaling te kunnen uitstellen (33).

Evenals in art. 3.10.4A.4 is het retentierecht bij het vervoer gekoppeld aan een voorrecht, artt. 8.3.4.2, lid 2 en 8.8.4.2, lid 2. In de Toelichting (34) wordt gesteld: "Het ware onjuist wanneer op de zaken, die een ladingbelanghebbende ontvangt, een voorrecht zou komen te rusten voor een schuld, die niet de zijne is".

Teneinde dit te voorkomen koppelt het onderhavige artikel het ontstaan van een voorrecht voor de vervoerder onder een vervoersovereenkomst vast aan diens mogelijkheid retentie op het goed uit te oefenen. Bij het retentierecht (35) wordt slechts gesteld dat de vervoerder niets van doen heeft met de verhouding waarin zijn wederpartij tot het goed staat. Dikwijls zal het retentierecht het enige middel zijn waarmee de vervoerder betaling van de vracht en hetgeen hem nog meer verschuldigd is, kan afdwingen. Daarom wijkt het belang van de ontvangers voor het belang van de vervoerder. Erg overtuigend klinkt dit niet. Daarmede is nog niet gezegd waarom de ontvanger gehouden kan worden tot betaling van een schuld die - uiteindelijk - een ander behoort te dragen.

Een betere motivering is, dacht ik, die gegeven in de M.v.A. op art. 3.10.4A.4 (36); daar wordt gewezen op de impasse, die zou ontstaan bij loskoppeling van retentierecht en voorrecht.

In zo'n geval kan alleen geëxecuteerd worden wanneer een schuldeiser bereid is de retentiehouder integraal te voldoen. Hij verliest immers zijn retentierecht zodra hij de zaak uit handen geeft en zal daartoe derhalve alleen tegen betaling bereid zijn. Ditzelfde speelt zich nu rondom art. 60 F.W.af.

(32) Par. 273, lid 2 BGB.

(33) Gelijkwaardig naar het oordeel van Pres. Rb. Rotterdam, 10 augustus 1957, S+S 1957, 86.

(34) Blz. 1268, sub 6.

(35) Blz. 1335, sub 2.

(36) Blz. 300.

Qui didicit ... quod iudicis officium ... ille profecto reddere personae scit convenientia cuique (2).

1. Er is wellicht geen gereeder aanleiding om de rechtsgeschiedenis te overzien en zich daarvan rekenschap te geven dan de publicatie van een goed wetsontwerp, dat, zelfs al zou het nooit worden ingevoerd, toch de momentopname is tussen verleden en toekomst en als zodanig het bestuderen waard. Er zijn ook weinig gelegenheden, waarbij de vaak onbewust werkende macht der geschiedenis zich zo sterk openbaart.

De hulp aan in gevaar verkerende schepen en hun opvarenden en het bergen van driftige of angespoelde zaken opent vragen van verbintenissen -, zaken- en publiekrecht. De hulpverlening en de overeenkomst daartoe is geregeld in het Wetboek van Koophandel; de publiekrechtelijke bepalingen vindt men zowel daar als in de Wet op de Strandvonderij (3) en in de Wrakkenwet (4); het zakenrecht in het Burgerlijk Wetboek - waarvan in dit verband in het bijzonder art. 638 van belang is (5) - en het recht op gevonden voorwerpen nergens. De verschillende ontwerpers stonden dus allereerst voor de taak deze indeling te herzien en te completeren. Zij hebben dit gedaan door naast de regeling in boek 3 van het vermogensrecht in het algemeen, waaronder bepalingen betreffende onvrijwillig bezitsverlies, de regeling van de zakelijke rechten in boek 5, waaraan toegevoegd een regeling van de gevonden voorwerpen, en die van verbintenissenrecht in boek 6 te handhaven de afzonderlijke regeling van de hulpverlening in boek 8, waaruit in het volgehouden streven naar scheiding tussen privaatrecht en publiekrecht nog enkele bepalingen betreffende de strandvonder zijn verwijderd (6).

Daargelaten thans de eigen merites van de boeken 3, 5 en 6, waarvan een bespreking hier te ver zou voeren, komt de opzet van boek 8 in dit opzicht juist voor, hoewel de oorsprong van wat

(1) Met de artikelen zonder nadere aanduiding worden in dit opstel de artikelen van deze afdeling bedoeld.

(2) Horatius, De arte poetica r. 312 e.v.

(3) Wet van 27 juli 1932 S. 321.

(4) Wet van 9 juli 1934 S. 401

(5) A. Korthals Altes, Prijs der zee, Raakvlak van redding, strandrecht en wrakwetgeving (1973) p. 169.

(6) Toelichting p. 1353.

thans een deel van de hulpverlening in het algemeen vormt: de zeevond, niet in het zeerecht maar in het publiekrecht ligt en berging noch zelfs hulpverlening op zichzelf iets te maken hebben met het vervoersrecht. Hij wordt echter gewettigd door de bijzondere rol, welke sedert de vorige eeuw de hulp aan schepen naast de zeevond is gaan spelen. Daarom mag een kort overzicht van die ontwikkeling, die tevens de door het ontwerp gekozen scheiding tussen publiek- en privaatrecht rechtvaardigt, hier niet ontbreken (7).

2. Onbeheerde goederen als "ghestolengoeden, zeevonck, alle ander ghevonden goeden, dair nyement na en claghet (8), ende goeden, die nyement anghestorven sijn" (9) stonden ter beschikking van de landsheer (10). Als "zeevonden" werden beschouwd alle onbeheerde, in zee drijvende of aangespoelde voorwerpen. Indien zich geen rechthebbende aanmeldde werden zij opgeslagen, tenzij het bederfelijke goederen betrof. Deze werden verkocht en de opbrengst na aftrek der kosten voor de rechthebbende bewaard, mits deze zich binnen jaar en dag (11) aanmeldde. Daarna verviel zij aan de overheid, die evenwel zou "ghedencken altois der zielen dairt of comen is" (12). Deze laatste bepaling ontbreekt in onze wet maar verder is aan berging en strandvonderij in wezen niets veranderd (13). Met betrekking tot driftige of aangespoelde zaken is de van het burgerlijk recht afwijkende regel behouden, dat deze niet worden beschouwd als aan niemand toebehorende zaken, welke iedereen zich kan toeëigenen (14), maar als aan de overheid vervallende goederen (15), tenzij de rechthebbende zich

(7) P.A. Brugmans, De beginselen van het hulp- en bergloon volgens het Nederlandsche Recht (1866) p.7 e.v.; Korthals Altes p.129 e.v.

(8) D.w.z. waar niemand rechten op doet gelden.

(9) D.w.z. onbeheerde nalatenschappen.

(10) Uit hoofde van hetzij het regaal van de bona vacantia (Pieter Bort, Tractaat van de Domeynen van Holland, VII.1, in: Alle de Wercken, 1681), hetzij het strandregaal (Bort V.60 e.v.); meer dan een onderscheid tussen twee facetten van dezelfde macht was dit overigens niet.

(11) Deze omstreden termijn, die nog steeds de aandacht der historici trekt, bedroeg vermoedelijk een vol jaar van 365 dagen en was dus de oervorm en naamgever van de verjaring, Hardenberg, Zur Frist von Jahr und Tag, Savigny Zeitschr. Germ. 87 (1970) p.287 e.v.

(12) Deze regeling is, met de citaten, ontleend aan Jan Mathijssen, Het rechtsboek van den Briel (Uitg. Fruin en Pols, 1880) p.176.

(13) Tot de herziening van 1931 luidde het opschrift van boek 2, titel 7 K. nog "Van schipbreuk, stranding en zeevonden".

(14) Artt.575 en 640 B.W.

tijdig bekend maakt (16). Het oude regaal bestaat dus nog steeds en hoort inderdaad niet in een burgerlijk wetboek thuis (17).

Als rechthebbenden op strandgoederen werden aanvankelijk alleen ingezetenen erkend, "maar de zeilage aen-neemende in en omtrent deze landen" (18) werd reeds in de vijftiende eeuw, naar aanleiding van de uit een Hamburgs gestrand schip geredde goederen, besloten ook de rechten van vreemdelingen te erkennen, mits op basis van wederkerigheid (19), een aardig voorbeeld van het ontstaan van internationaal privaatrecht. In dit verband wordt voor het eerst ook gesproken over wrakken, die geheel werden behandeld als strandgoederen (20) en over bergloon als de beloning van degenen, die de goederen heeft geborgen en overgedragen aan "des graeflickheids gemachtigde zeevonders" (21) een aanvankelijk ongetwijfeld uit welbegrepen eigenbelang uitgelooft en door de gewoonte bevestigde, aanmoedigende beloning van de eerlijke vinder, waaraan zich echter al spoedig een tweede element toevoegde: de beloning voor het door de berger gelopen gevaar, hetgeen ook de reden was om hem, zelfs als hij zonder opdracht had gehandeld, niettemin, in afwijking van hetgeen rechtens was en is ten aanzien van zaakwaarneming in het algemeen, aanspraak op bergloon te geven (22). Het ontwerp trekt deze lijn door en bepaalt, dat de wetsbepalingen omtrent zaakwaarneming geen toepassing vinden op het verlenen van hulp (art. 21).

De term hulploon komt pas later voor, wanneer zich naast het bergen van goederen ook hulpverlening aan schepen en opvarenden gaat voordoen (23) en hoewel het huidige ontwerp dit verschil

(15) Art. 551 K.; artt. 19 en 20 Wet Strandvonderij; art. 9 Wrakkenwet.

(16) Art. 638 B.W.; zie ook het algemene art. 5.1.4. N.B.W.; art. 16 Wet Strandvonderij; art. 6 Wrakkenwet.

(17) Anders A.C. Holtius, Voorlezingen over Handels- en Zeeregt (uitg. B.J.L. de Geer van Jutfaas, 1861) II p. 352 met miskenning van art. 558, lid 2 (oud) K., waar zelfs nog met de oude term over "vacerend goed" werd gesproken; zie ook H.R. 26 maart 1965 N.J. 1965, 386, S&S. 1965, 48: de uit hoofde van de Wrakkenwet gemaakte opruimingskosten van een gezonken schip worden niet gemaakt ten behoeve van dat schip maar berusten op een aan de beheerder van het water toegekende eigen bevoegdheid, zodat zij niet vallen onder de priv. r. bep. van bijv. de artt. 534 of 639 K. resp. art. 1 van het Brussels aanv. verdrag.

(18) De Groot, Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid, II. 4. 36, vrijwel letterlijk geciteerd door Bort V. 63.

(19) Bort V. 63

(20) De Groot II. 4. 36.

(21) De Groot II. 4. 37.

(22) De Groot III 27, 6; art. 1394 B.W.

op goede gronden niet meer kent, verdient het toch de aandacht omdat alleen bij hulpverlening in oude zin vragen rijzen naar de plicht daartoe, de inhoud van de overeenkomst, en vooral het daarbij dreigende misbruik van omstandigheden. Dat misbruik is uit de geschiedenis van het hulploon niet weg te denken. Het is niet typisch voor hulpverlening ter zee (24), maar komt voor bij alle gevaarlijke omstandigheden en het lijkt niet te veel gezegd, dat, zoals het bergloon de strekking had de eerlijkheid te bevorderen, het hulploon van den beginne aan ook een element van afkoop en tevens voorkoming van afpersing in zich heeft gedragen (25). Een ander verschil is dat het element van gevaar alleen vereist is bij hulpverlening aan schepen en opvarenden, niet bij berging van voorwerpen (26).

Nadat de herziening van Scheltema (27) het verschil tussen hulpen bergloon reeds had opgeheven (28), zal thans ook het onderscheid tussen hulp en berging (29) uit de wet verdwijnen, omdat het "geen materiële rechtsgevolgen" heeft (30), dat wil zeggen geen afzonderlijke wettelijke regeling behoeft. Materieel, in de zin van verschillen naarmate onbeheerde goederen worden geborgen dan wel hulp wordt verleend aan schepen met opvarenden, blijven de verschillen aanmerkelijk, doch zij komen voornamelijk bij de bepaling van het hulploon tot uiting.

3. Inmiddels was al geruime tijd geleden de Brusselse "Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes" - verder "het verdrag" te noemen - tot stand gekomen, op dezelfde dag als de "Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage", die beide korte tijd later tegelijk door Nederland werden goedgekeurd (31). Hoewel beide verdragen hun bruikbaarheid hebben bewezen,

(23) Artt. 560, 561 (oud); Holtius p. 348 e.v.

(24) P. A. Stein, Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen (1957) p. 11 e.v.

(25) Holtius II p. 355 e.v.

(26) R. P. Cleveringa, Zeerecht (4e druk 1961) p. 863 noot 4; over vereiste van gevaar bij hulpverlening aan schip o.a. Hof Amsterdam 12 januari 1939, N.J. 1939, 706.

(27) Wet van 27 juli 1931 S. 320; de kortstondige herziening van Molengraaff, die alleende artt. 560 t/m 568 (oud) K. betrof wordt verder buiten beschouwing gelaten.

(28) Art. 552, lid 1K.

(29) Nu nog in het opschrift van boek II, titel 7 K.

(30) Cleveringa p. 828 noot 2; Toelichting p. 1353.

(31) Verdragen van 23 september 1910, goedgekeurd bij de wetten van 11 januari 1913 S. 26 Trb. 1953, 124 (aanv.); S. 27, Trb. 1953, 125 (hulpverl.).

is het merkwaardig te lezen, hoeveel hun uniformerende werking te wensen heeft overgelaten: niet alleen de nationale rechtspraak maar ook de nationale wetgevingen bleven onderling aanmerkelijk verschillen (32). Wat de rechtspraak betreft was dit haast onvermijdelijk, wat de wet betreft niet. In tegenstelling echter tot wat men - nu - zou verwachten, beoogde de herziening van 1931 geenszins om de Nederlandse wet, zij het dan tenminste in eigen bewoordingen, aan het verdrag aan te passen, doch alleen om "de techniek en systematiek der bestaande voorschriften te verbeteren en ze te doen aansluiten aan de in de nieuwe zeerecht veranderde bepalingen van het W.v.K." (33) Het verdrag werd door de toenmalige wetsontwerper slechts vermeld bij "eenige aanverwante regelingen, die in meer of minder verwijderd verband betrekking hebben op het door ons te behandelen onderwerp" (34).

Met deze struisvogelpolitiek brekend heeft de huidige ontwerper de eenvormigheid aanzienlijk bevorderd, maar hij stond toen nog voor de keuze om het verdrag hetzij in zijn geheel en in zijn authentieke tekst (35) ook op zuiver Nederlandse verhoudingen van toepassing te verklaren, hetzij het zo letterlijk mogelijk vertaald in de Nederlandse wet over te nemen (36). Tegen het eerste pleiten alleen taalkundige bezwaren (37), die echter in vergelijking met de vroegere receptie van het Romeinse recht een peuleschil lijken, en tegen het tweede pleit dat "herhaling in nationale wetsvorm overbodig, ja zelfs bezwaarlijk (is) indien, gewild of ongewild, de wet op sommige punten van het tractaat afwijkt" (38). Het tweede bezwaar, dat alleen geldt voor een ieder verbindende verdragsbepalingen, wordt door art. 66 Gw. altijd ten gunste van het verdrag beslist (39) nadat het door zijn herhaling in de wet - mits inderdaad zo letterlijk mogelijk - reeds tot een minimum is gereduceerd. In dit geval komt daar nog bij, dat art. 15 van het verdrag de toepasselijkheid op zuiver interne gevallen uitsluit.

De keuze is dan ook terecht gevallen op zoveel mogelijk letterlijke vertaling en inpassing van het verdrag in de wet, zonder dit te willen interpreteren of zelfs aanvullen, behalve daar, waar het

(32) A. van Oven, De uniformerende werking van het Brusselsche Aanvaringstractaat (1938) p. 3 e.v., p. 442; I.H. Wildeboer, The Brussels Salvage Convention (1964), p. 5 e.v., p. 272.

(33) F.G. Scheltema, Hulpverlening en strandvonderij (1934) p. 7.

(34) Scheltema p. 13.

(35) Alleen de Franse tekst is authentiek, Wildeboer p. 4.

(36) Aanbevolen door Van Oven, p. 445.

(37) Zie, in ander verband, Toelichting p. 1364, waarover hierna bij avarij-grosse, sub 7.

(38) Kusters-Dubbink, Algemeen Deel van het Nederlandse Internationaal Privaatrecht (1962) p. 150.

verdrag geen regel geeft en dat ook niet beoogt (40). Nu geeft het verdrag inderdaad slechts "certaines règles", die, behoudens art. 9, alle zijn overgenomen (41) en met enkele aanvullingen tot een fraai samenhangend geheel gerangschikt, hetgeen ondanks de bescheiden rol, die de wet in de praktijk speelt, nu de meeste geschillen door arbitrage te Londen worden beslecht, volledige instemming verdient. De hierna volgende beschouwingen zijn dan ook vooral ingegeven door het onderwerp en niet door kritiek op het ontwerp. Daarbij is geen bijzondere aandacht geschonken aan Angel-Saksisch recht, aangezien het verdrag daarvan niet de neerslag is (42). De Toelichting doet dat trouwens in dit geval ook niet (43).

4. Belangrijker uit wetgevend oogpunt is, hoe in weerwil van talrijke raakvlakken en wederzijdse beïnvloeding in het verleden, de hulpverlening thans geheel onafhankelijk van het burgerlijk recht is geregeld. "In het zeerecht en andere min of meer afzonderlijk geregelde delen van het recht moet men zich steeds realiseren, dat het ongeregeld laten van een bepaalde situatie tengevolge heeft, dat deze door het "gemene recht" wordt beheerst" (44). Dit uitgangspunt is juist en het doet eens te meer de vraag rijzen naar het praktisch nut van een encyclopedische codificatie, die nimmer werkelijk één geheel kan worden. De onafhankelijkheid van het zeerecht is niet nieuw, maar men werd haar zich pas bewust toen de codificatie in de vorige eeuw werd ontworpen en daarin de bepaling werd opgenomen, dat de rechter hulp- en bergloonovereenkomsten kon vernietigen of wijzigen (45): "De wetgever kan toch nooit aan den rechter de bevoegdheid geven, om overeenkomsten te wijzigen, m.a.w. te verklaren, dat eene overeenkomst verbindende zal zijn, waarin hij eenige ver-

(39) Dat het verdrag eenieder verbindende bepalingen bevat werd algemeen aangenomen en de leer van Molengraaff, dat de latere wet het voorafgaande verdrag buiten werking zou stellen, verworpen, Scheltema p. 14; Cleveringa p. 856 noot 3 i.v.m. p. 759 noot 3. De mening van Van Panhuys, De regeling der buitenlandse betrekkingen in de Nederlandse grondwet (Med. Ned. Ver. v. Int. recht 34 (1955) p. 44, dat door een aanpassingswet het verdrag zou ophouden zelfwerkend te zijn, waardoor art. 66 Gw. veel van zijn betekenis zou kunnen verliezen, lijkt een verlate, Engelse (Van Oven p. 4) variant op die van Molengraaff, waartegen W.E. Haak, Het Portalon arrest, N.J.B. 1970 p. 298.

(40) Toelichting p. 1217/8.

(41) Toelichting p. 1352.

(42) Wildeboer p. 272.

(43) Als regel wel, Toelichting p. 1218.

(44) H. Schadee, Hamartologie (1967) p. 21.

(45) Thans art. 555 K.; Ontwerp art. 8.

anderingen gemaakt heeft" (46). Letterlijk was dit onzin, want de wetgever kan nagenoeg alles, maar de gedachtengang was duidelijk deze: het gemene recht en zijn bepalingen omtrent overeenkomsten, met name de daarvoor vereiste toestemming van partijen en de bepaling, dat zij haar tot de wet strekken, gaan vanzelfsprekend voor (47) en dan is een door de rechter gewijzigde overeenkomst eenvoudig geen overeenkomst meer.

Holtius (48), die de bepaling overigens prees, kon het toch niet laten eraan te herinneren, dat wijzigingen van in nood gesloten contracten wel was "in strijd met het gemene recht in L. 9, par. 1 D Quod metus. Iemand kan zich op zijne verlegenheid niet beroepen om van de betaling der duur gekochte hulp af te wezen". Men had het in die tijd niet moeten wagen om in art. 555 (toen art. 568) K. in plaats van een uitzondering een beginsel te ontwarren en zijn toepassing ook op andere, onder de druk der omstandigheden gesloten overeenkomsten te bepleiten, zoals Eggens dat een eeuw later deed (49). Toch was die gedachte bepaald niet nieuw meer, zie Van Leeuwen (50): "Also werd hy verschoont, ende herstelt, dewelke in doods-nood ende gevaar zijnde, eenige Beloven ofte Verbintenissen heeft aangegaan, om daar door sijn leven te behouden. Gelijk als in dat voorbeeld hetwelk Christin. vol. 2 decis. 114 in fin. naa het leven vertelt, te Antwerpen by zijn tijd voor-gevallen te zijn; Alwaar een seekre jonge Dogter op het Ys in gevaar van haar leven zijnde, aan een Schippers Gast belooft had, indien hy haar wt dat gevaar koste verlossen, dat sy hem soude trouwen: Door welkers toedoen sy het gevaar ontkomen zijnde, wanneer sy over haar beloven wierd aangesproken, heeft sy deselve geweigert te voldoen, dog in plaats van dien, aangeboden voor sijnuit-gestaan gevaar, ende gedane dienst, een groote somme gelds te willen vereeren, waarmede sy ook by den Raad geoordeelt is te mogen volstaan." (51)

Raakvlakken met het gemene recht en wederzijdse beïnvloeding te over dus, maar de huidige scheiding is er niet minder om.

(46) Brugmans p. 134.

(47) Daartoe draagt art. 1 K. zeker bij.

(48) Holtius II p. 357.

(49) J. Eggens, Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met "ongerechtaardigde verrijking" en "misbruik van omstandigheden", W. P. N. R. 4704/5.

(50) Simon van Leeuwen, Het Rooms-Hollands-Regt (1664) IV. 42, (Van Herstellingen) 4; idem, Censura Forensis (1685) I. 13. 7.; zie ook de Groot III. 48. 2 e. v.

(51) Trouwbeloften waren bindend en gaven recht op nakoming, L. J. van Apeldoorn, Geschiedenis van het Nederlandsche Huwelijksrecht (1925) p. 78.

5. Zo behoudt het Ontwerp terecht de eigen bepaling, dat de rechter een overeenkomst omtrent hulpverlening kan vernietigen of wijzigen (art. 8), hoewel art. 3.2.10 Ontwerp daarvoor een eigen, doch ietwat afwijkende regeling geeft. De verschillen zijn gelegen in de aard van de rechterlijke ingreep en in de gronden, waarop deze kan geschieden. De ingreep kan weliswaar ook bij misbruik van omstandigheden bestaan uit enkele wijziging in plaats van vernietiging (art. 6.5.3.10), maar de overeengekomen prestatie kan daar niet worden verhoogd, hulploon echter wel.

Ook de gronden, waarop wordt ingegrepen, zijn uitgebreid. Niet alleen op grond van de omstandigheden (het gevaar) kan een onbillijke overeenkomst worden gewijzigd, maar in ieder geval als "de toestemming van een der partijen is gegeven onder de invloed van bedrog of van verzwijging of (als) tussen het loon en de bewezen diensten een ernstige wanverhouding bestaat." Een enkele wanverhouding is dus op zichzelf niet voldoende als er niet tevens van invloed van gevaar (52) sprake is.

Een merkwaardig bijverschijnsel van de nauwe aansluiting bij het verdrag is het behoud van de "verzwijging", die hier, naast bedrog, geen eigen betekenis heeft (53). Beter ware "bedreiging", zowel in aansluiting aan art. 3.2.10, lid 1, als ook omdat daarmee de mogelijkheid wordt ondervangen, dat een onereuze overeenkomst wordt afgeperst, hoewel het gevaar niet bijzonder groot of zelfs afwezig is. Zodanige bedreiging kan zich ook van de zijde van het geholpen schip voordoen (bijv. een oorlogsschip dwingt een koopvaarder hem kosteloos hulp te bieden, art. 3). Het is dan ook juist, dat de overeenkomst op verlangen van ieder van partijen kan worden vernietigd of gewijzigd.

6. Volgens het ontwerp (art. 4) onderscheidt hulpverlening zich daarin van alle andere rechtshandelingen, dat zij geoorloofd is, zolang de rechthebbende uitdrukkelijk of stilzwijgend toestemming geeft (zoals art. 545, lid 1 nog, overeenkomstig art. 1356 B.W., vooropstelt), ja zelfs, zolang hij haar niet uitdrukkelijk verbiedt, ongeacht dus of hij in staat is zijn toestemming te verlenen (waarop art. 546 K. het oog heeft), zodat zij ook buiten overeenkomst (54) in beginsel recht geeft op hulploon, hetzij dat er in het geheel geen overeenkomst is (art. 7), hetzij dat men alleen over het hulp-

(52) "Onder de invloed van het gevaar" kunnen ook overeenkomsten aan de wal gesloten worden, uit bezorgdheid voor schip en opvarenden, Wildeboer p. 176; Stein p. 146.

(53) Wildeboer p. 187.

(54) Hof Amsterdam 24 mei 1933 N.J. 1934, 1064: de verleende hulp is de titel waarop de aanspraak op hulploon slechts kan steunen.

loon zelf niet is overeengekomen (art. 9, lid 1). Alle gedachten-associaties met het verbintenissenrecht, in het bijzonder met de aanneming van werk (55), het verrichten van enkele diensten (56) en de zaakwaarneming zijn dus uit dien hoofde al onjuist. Zij worden wat de zaakwaarneming betreft uitdrukkelijk gecoupeerd door art. 21, zodat het retentierecht van de zaakwaarnemer (57) opnieuw en uitdrukkelijk moest worden ingevoerd (art. 17 e.v.).

Hulpverlening houdt pas op een rechtshandeling te zijn en het recht op hulploon eindigt, zodra zij uitdrukkelijk wordt verboden (art. 4), maar ook hier toont zij haar zelfstandig karakter, want het verbod moet bovendien redelijk zijn (58).

Anders dan art. 545, lid 1 K. behelst het ontwerp niet de uitdrukkelijke bepaling, dat de voor het verbod verleende hulp het reeds verkregen recht op hulploon onverlet laat, doch het wil zulks ook niet uitsluiten (59). Wellicht verdient het aanbeveling deze bepaling toch weer in de wet zelf op te nemen. De hulpverlener zal dan moeten aantonen, dat de niet voltooide hulp toch tot de goede afloop heeft bijgedragen, evenals wanneer de hulp niet door een verbod, maar op het laatste ogenblik, bijv. door het breken van een sleeptros, is geëindigd, waarna het schip toch nog door derden veilig is binnengebracht (60). Hieraan doet dus niet af, dat art. 7, lid 2, evenals art. 554, lid 1 K. maar in het voetspoor van het verdrag (art. 2, lid 2) nog iets scherper, het gunstig gevolg als *conditio sine qua non* stelt: voorwaarde is, dat het geholpen object tenslotte in veiligheid wordt gebracht, maar aanspraak op hulploon heeft ieder, die tot dat resultaat heeft bijgedragen (61). De uitsluiting van de bepalingen betreffende de zaakwaarneming maakt, dat bij gebreke van gunstig gevolg zelfs geen kosten vergoed worden (62).

7. Belangrijk uit wetgevend oogpunt is ook, dat het ontwerp niet verder gaat dan een wetgever behoort te gaan en den rechter laat,

(55) art. 545, lid 1 K.

(56) Cleveringa p. 754 vergelijkt bijv. de sleepovereenkomst met een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten; Kort-hals Altes p. 82.

(57) H.R. 10 december 1948 N.J. 1949, 122 nam dit recht aan voor de zaakwaarnemer-hersteller van een beschadigd schip.

(58) Artt. 4, 12; art. 565 lid 2 K; Rb. Zwolle 30 juni 1943 N.J. 1944, 41; wellicht ook Pres. Rb. Rotterdam 5 februari 1968 N.J. 1969, 8.

(59) Toelichting art. 4 sub 2, p. 1354.

(60) Cleveringa p. 861.

(61) Rb. Haarlem 13 januari 1942, N.J. 1942, 335.

(62) Toelichting p. 1355/6.

wat des rechters is. Men kon van een hamartoloog, die zijn Horatius kent, niet anders verwachten. Niet alleen is het aantal casusposities, dat zich bij hulpverlening in abstracto laat denken, veel groter dan men zou menen (63), maar zij worden bovendien in concreto nog bont gekleurd door de omstandigheden, waaronder in de eerste plaats de mate van het gevaar, waarover de rechter soeverein oordeelt (64). Van die omstandigheden geeft art. 9 thans een niet-limitatieve opsomming, welke ontbrak aan en daarom minder fraai is dan art. 553 K., dat alles eenvoudig aan 's rechters oordeel ("de billijkheid") overliet, hetgeen echter het op zichzelf weer te billijken gevolg is van het streven om het verdrag zoveel mogelijk over te nemen. Dit maakt tevens dat voortaan ook de door de redder geleden schade meetelt (65).

Terecht onthoudt het ontwerp zich van het opnemen van elk tarief. Waar het zulks voor de verdeling van het hulploon onder de daartoe gerechtigden al afwijst (66), zou het voor de vaststelling van het hulploon helemaal een slag in de lucht zijn, zowel vanwege de vrijwel onbepaalde variaties in de bepalende factoren als vanwege dat de Hoge Raad eufemistisch "de sedert 1843 ingetreden wisselingen in de waarde van de munteenheid" heeft genoemd (67). Op het eerste gezicht zijn de omstandigheden, welke de rechter aan zijn beslissing ten grondslag moet leggen, zo talrijk en zijn zij ieder nog zo variabel, dat de vaststelling van het hulploon in de grond van de zaak aan zijn persoonlijk inzicht, om niet te zeggen willekeur, lijkt te zijn overgelaten. De praktijk leert echter anders. Een nauwgezette analyse van 432, in de jaren 1919 tot 1939 door de Engelse rechters behandelde hulploonzaken (68) wees uit, dat daarin over het geheel genomen wel degelijk systeem zat, zij het een systeem, dat tot dusverre niet aan het licht gebracht was en dus ook niet bewust toegepast kon zijn. "There is thus a complex, indefinite, ever developing relation that cannot at present be more closely defined, that can be absorbed and applied by a few trained minds, but in the scope of ordinary argument and discussion can not be clearly expressed even by them other than results. It is as with the artist who produces an effect

(63) Toelichting p. 1352: ontwerp geldt ook voor de binnenvaart; H. Schadee, *Electronische wetgeving* N.J.B. 1957 p. 53 e.v.; *Hamartologie* p. 21.

(64) Bijv. Hof Amsterdam 10 december 1971 S. & S. 1972, 18.

(65) Toelichting p. 1357; anders tot dusverre Hof Amsterdam 24 mei 1934 N.J. 1934, 1064; Hof Arnhem 16 oktober 1957 S. & S. 1958, 28.

(66) Toelichting op art. 14.

(67) H.R. 24 juni 1938, N.J. 1939, 419.

(68) Charles T. Sutton, *The assessing of salvage awards, an enquiry into English Admiralty Practice* (1949).

through a complicated mental and physical process the details and sources of which he can only hint at" (69). Het is duidelijk dat een dergelijk proces zich achteraf wel laat analyseren maar niet vooruit bepalen, dat met andere woorden een statistisch onderzoek wel, maar een wettelijk hulploontarief niet mogelijk is, een sprekend voorbeeld derhalve van de grens tussen wat aan wetgever en rechter mogelijk is. Wanneer ik hierbij wat langer stilsta is dat omdat ook hier het zeerecht een waardevolle les geeft, thans aan hen, die geneigd zijn economische verschijnselen in de wet te willen regelen. (70)

8. De kanalisatie van scheepsvorderingen, waarvan ontwerper (71) en ontwerp (72) uitgaan, treffen wij reeds aan bij de huidige regeling van de vraag, wie als schuldeiser en schuldenaar van het hulploon tegenover elkander staan. Door de begripswijziging, welke het woord "reder" echter ondergaat (73), loopt het kanaal nu wat anders en tevens wat strakker nu aan de zijde van de tot hulploon gerechtigde reder een verplichting om tot vaststelling te geraken wordt voorgesteld.

In het eenvoudigste geval: hulpverlening aan een schip door een schip, zullen dus uitsluitend de wederzijdse eigenaars als schuldeiser en schuldenaar tegenover elkander staan (74). Hun lotgenoten resp. medestanders blijven daar uitdrukkelijk buiten en hun opvolgers ook (75). De lading van het geholpen schip en belanghebbenden bij de vrachtpenningen kunnen een omslag in avarij-grosse verwachten en de lading van een geholpen luchtvaartuig eveneens: een sprekend voorbeeld van de onmisbaarheid van de avarij-grosse (76).

De bemanning van de reder-schuldeiser heeft een wettelijk recht op haar aandeel (art.10, lid 3), waarvan haar leden geen afstand kunnen doen (art.11) en bij geschil over de verdeling beroep op de rechter, die daarbij geheel vrij is (art.14, lid 2) zozeer, dat hij bepaalde leden van de bemanning moet kunnen uitsluiten (Toe-

(69) Sutton p.2 zie ook p.750.

(70) Hardenberg, De wet, het gebruik en de kosten, N.J.B. 1972, p.557 e.v.

(71) H.Schadee, Het schip en zijn schulden (1963) p.10 e.v.

(72) Toelichting p.1278 e.v.; Korthals Altes p.77.

(73) Art.8.1.1.9.: "Reder is de eigenaar van een zeeschip".

(74) Art.13, lid 3 resp. art.15, lid 1 (vgl. artt.560 en 561 resp. 564 K.)

(75) Hof 's-Gravenhage 15 maart 1972 N.J. 1972, 472, S.& S. 1972, 87.

(76) H.Schadee, Hulploon en avarij-grosse in het luchtrecht, W.P.N.R. 4240.

lichting p.1360). Het is echter de vraag, of deze bedoeling geheel in het ontwerp zelf tot uiting komt. Dit wijst immers de leden van de bemanning zonder onderscheid of uitzondering als crediteuren aan en beschouwt hen in geval van misdraging in de zin van art.565, lid 1 K. (art.12, lid 4) ook als een geheel (77). Het ontwerp laat de rechter het hulploon onder hen verdelen, hetgeen zich er strikt genomen tegen verzet, dat een of meer hunner niets zouden krijgen (78).

Het hulploon vormt geen apart fonds, zodat de bemanning, wier reder niet solvabel blijkt te zijn, met een concurrerende verdeling op hem achter het net vist (79).

9. Nieuw is de reeds genoemde verplichting van de hulpverlenende reder om het hulploon te doen vaststellen, maar ook zij blijkt duidelijker uit de Toelichting (80) dan uit het ontwerp: de woorden "alleen hij vordert . . . en int" geven veeleer alleen, evenals het woord "uitsluitend" in hetzelfde lid, de kanalisatie weer en zouden bovendien tegenover de woorden "hij is verplicht" in de volgende zin tot misverstand aanleiding kunnen geven. Misschien zou hier de redactie: "bij gebreke van een overeenkomst vordert alleen hij de gerechtelijke vaststelling van het hulploon, int het, en is daartoe ook verplicht" de voorkeur verdienen.

Ingewikkelder ligt het, als de hulp is verleend door groepen van personen of zelfs groepen van groepen (supergroepen) (81). Het ontwerp onderscheidt hier duidelijker dan de huidige wet (82) de bemanning van een hulpverlenend schip van andere personen of groepen van personen (83), alsmede tussen personen of groepen, die afhankelijk resp. onafhankelijk van elkander zijn opgetreden (84). Verdere regeling zou feitelijk onmogelijk zijn, zodat de vraag, wie als "groepen" moeten worden beschouwd, moest worden opengelaten (85) en ook bij het optreden van een onderling afhankelijke groep of supergroep niettemin, anders dan bij de bemanning van een schip, geldt: ieder voor zich en de rechter voor ons allen (86).

(77) H.R. 15 mei 1964 N.J. 1965, 99, S.& S. 1964, 49.

(78) Eenzelfde vraag rees bij art.26 Huurwet: mag de rechter, die van zijn matigingsrecht gebruik maakt, matigen tot nihil en dus in feite kwietschelden?

(79) H.R. 8 januari 1942 N.J. 1942, 301.

(80) Toelichting p.1359 bij art.13, sub 2.

(81) Toelichting p.1357.

(82) Art. 559 K., door Cleveringa p.875 duister genoemd, en art.560 K.

(83) Art. 13, lid 3 en art. 10, lid 1.

(84) Art.13, leden 1 en 2.

10. De bepaling, dat het hulploon de waarde der geredde goederen niet mag overtreffen (87), verdient de aandacht als de consequentie van het oude zeerechtelijke beginsel, dat ook bij de omslag in avarij-grosse zijn rol speelt, dat niemand meer aan de zee mag verliezen dan hij haar heeft toevertrouwd (88). De eveneens geredde personen hebben in dit opzicht geen eigen, doch slechts een soort toegevoegde waarde: het gevaar, waarin zij verkeerd hebben, kan het hulploon doen stijgen (89), maar als zij afzonderlijk worden gered, is geen hulploon verschuldigd (90).

In overeenstemming met art. 8.1.1.6 spreekt het ontwerp in art. 9 over geredde goederen omdat ook rekening is gehouden met geredde vrachtpenningen en passagegelden, die niet onder het begrip zaken van het ontwerp vallen (91). Het begrip zaken wordt bovendien beperkt tot zaken, die hetzij als schepen mogen worden aangemerkt (art. 8.1.1.1.) hetzij in het water drijven dan wel gezonken of aangespoeld zijn (92). Archeologische vondsten uit verdronken land, die wel verzonken maar niet gezonken zijn, vallen daar dus niet onder, hetgeen mij geen bezwaar lijkt (93), omdat men daarmee op een gebied zou komen, dat met de zeevaart niets meer te maken heeft (94). Ditzelfde argument behoedt ook de dode walvis en het stuk koraal (95) ervoor om als zaak in de zin van art. 1 te gelden. De hulploonregeling is alleen bedoeld voor zaken, die de "zee niet uit haer zelve voort en brengt" (96). Het ontwerp heeft het oog op zaken, die een eigenaar hebben gehad en eindigt

(85) H.R. 3 juni 1966 N.J. 1966, 351 sprak in een vergelijkbaar geval zo ruim mogelijk over "de verplichting ervoor te zorgen dat de weg van dat slijk werd gereinigd, (welke) afhankelijk kan zijn van de rechtsverhouding en de feitelijke verhouding tussen de arbeiders en hun werkgever en tussen hen onderling".

(86) Anders, met betrekking tot het huidige art. 559 K., Star Busmann - Rutten (3e dr. 1972) nr. 340.

(87) Art. 9, lid 3; art. 554 K.

(88) Cleveringa-Schadee, Aanvullingen vierde dr. Zeerecht (1966) p. 15; Wildeboer p. 98.

(89) Art. 9, lid 2 sub a.

(90) Art. 9 verdrag laat dit aan de nationale wetgever over; het ontwerp maakt daarvan geen gebruik, Toelichting p. 1352; art. 568 K. is niet gehandhaafd.

(91) Toelichting p. 1357; zie art. 8.1.1.6, dat, kenmerk van zelfstandigheid, de artt. 3.1.1.0 - 1 herhaalt.

(92) Art. 1, waarover Korthals Altes p. 144, 259, 262.

(93) Anders Korthals Altes p. 312 en 319, die het ontwerp-artikel daartoe wil uitbreiden.

(94) Zie ook art. 4, lid 1 en art. 7, lid 1.

(95) Korthals Altes p. 319.

(96) De Groot II. 4.36.

dus logisch met een regeling voor het geval die na de redding niet komt opdagen. De Wet op de Strandvonderij (art. 20) en de Wrakkenwet (art. 9) bepalen, dat de opbrengst van de, inmiddels al lang verkochte, zaken na tien jaar aan de Staat resp. de beheerder van het water vervalt. De voorgestelde bepaling, die de tot hulploon gerechtigde de eigendom doet verkrijgen drie jaren na de beeindiging van de hulpverlening (art. 20) beoogt aan te sluiten bij de regeling voor gevonden voorwerpen (art. 5.2.4). Deze is inmiddels echter aldus gewijzigd, dat de termijn van drie jaar niet meer gaat lopen op het moment van de vondst maar op dat van de aangifte (97). Het is duidelijk, dat hier een dankbaar terrein ligt voor juridische puzzelaars (men denke aan zaken, die wel tot de zeevonden behoren maar niet aan de strandvonder behoeven te worden gemeld en aan zaken, die wel onder de jurisdictie van de strandvonder worden gevonden, maar geen zaken zijn in de zin van art. 1). De gelukkige vindsters zullen zich echter gewoonlijk wel weten te redden.

(97) Korthals Altes p. 175.

It is very undesirable to disturb the York-Antwerp Rules which are well understood in the practice of all countries.

1. Als er één instituut is, dat zich al eeuwen voor, en vervolgens ondanks, de codificatie van 1838 heeft ontwikkeld, is het wel de avarij-grosse. Alleen daarom al verdient zij de aandacht, hoewel het weinig waarschijnlijk lijkt, dat de nieuwe wettelijke bepalingen in de praktijk een rol van betekenis wacht. Indien de wetgever van 1838 de avarij-grosse buiten beschouwing had gelaten, zoals hij het bijv. ook de oudvaderlandse stichting deed, zou zij niettemin in de scheepvaart haar plaats hebben behouden en volgens de Hoge Raad als geldend recht moeten worden aanvaard krachtens een oude, wijd vertakte, niet tot ons land beperkte, traditie (1), welke zich voor, tijdens en na de Franse tijd heeft gehandhaafd (2) en zich tot op de huidige dag zelfstandig ontwikkelt. Dit zou te gemakkelijker zijn gevallen, nu de avarij-grosse, om een andere passage uit vorenbedoeld arrest te parafraseren, innig past bij de wel in ons recht geregelde gevallen en de daarin verankerde gemeenschapsgedachte (3). Dit betekent niet, dat wij ons behoeven te verdiepen in de talrijke juridische constructies die voor de avarij-grosse zijn bedacht, gewoonlijk met het doel haar bij een andere, meer bekende, categorie in te delen. Wie haar grondslag zoekt in het recht en zijn constructies zelf, zoekt tevergeefs in een moeras van eigen vinding, waaruit hij zich als Münchhausen slechts in zijn verbeelding aan de eigen pruikstaart weer kan redden. De grondslag van de avarij-grosse is een feitelijke, zoals ook "de motieven van den wetgever misschien van economischen, misschien van moreelen aard, maar in elk geval ajuridiek zijn" (4) en zoals de natuurlijke toegenegenheid van man en vrouw aan het huwelijksrecht ten grondslag ligt (5).

(1) H. R. 30 januari 1959 N.J. 1959, 548.

(2) M. Th. Goudsmit, Geschiedenis van het Nederlandsche Zee-recht (1882), p. 359 e.v.;

E. J. Asser, Het Amsterdamsch Compromis voor de regeling der avarij-grosse en avarij-particulier op de lading (1879) p. 3 e.v.; A. C. Holtius, Voorlezingen over Handels- en Zeeregt (uitg. B. J. L. de Geer van Jutfaas) III (1861) p. 258 e.v.

(3) Tweehonderd Jaar Notariaat en Zeezaken, Gedenkschrift van het kantoor der Notarissen Schadee en hunner associé's, Rotterdam 1724 - 1924, p. 115.

(4) C. Gruijs, De strijd over de historische interpretatie (1933), p. 190.

2. De feitelijke grondslag van de avari-j-grosse is het gemeenschappelijk avontuur, het huwelijk van schip en lading (6), een feitelijke gemeenschap (7), welke door De Groot als "gemeenschap des uitkomsts" (8) wordt vergeleken met, maar tevens deugdelijk onderscheiden van, zowel de maatschap, omdat zij zonder overeenkomst ontstaat, als de "ghemeenschap van nooddrift tusschen allen die op eenen bodem in zee zijn", welke "een overblijfsel schijnt te zijn van de aldereerste ghemeenschap", ontstaan door de drang der feitelijke omstandigheden (9). Deze feitelijke gemeenschap van het schip, de zich daarin bevindende goederen en de mede op het spel staande vrachtpenningen, maar zonder de opvarenden, bestaat gedurende en met het oog op de gemeenschappelijke onderneming, letterlijk beheerst door de gedachte "samen uit, samen thuis", met het gevolg, dat daarin elke particulier belang moet wijken voor het gemeenschappelijk belang bij de goede afloop (10). De werping van lading uit het schip, waarmede Jona reisde en, toen dat niet hielp, van Jona zelf (11) is daarvan het oudste voorbeeld, op de voet gevolgd door de reis van de apostel Paulus naar Rome, welke een staalkaart van avari-j-grosse handelingen oplevert (12).

Hieruit volgt tweeërlei: ten eerste, dat de avari-j-grosse gemeenschap van geheel eigen aard is: vergelijkt men haar met een vereniging van belanghebbenden (13) dan legt men de nadruk teveel op deze laatsten, hoewel niet zij doch hun goederen de gemeenschap vormen en hun aansprakelijkheid tot de geredde waarde daarvan beperkt blijft (14), en slaat men alleen acht op het ad hoc in de gemeenschap met een bepaald doel bijeengebracht vermogen, als ware het een stichting, dan verliest men de belang-

(5) Just. Inst. I, II, pr. "quod natura omnia animalia docuit".

(6) Over de herkomst van deze beeldspraak, Holtius II, p. 333.

(7) D. Josephus Jitta, De wederopbouw van het internationale recht (1919) p. 166;

A.C. van Empel, De rechtsgrond van den omslag der avari-j-grosse (1938) p. 139, 149, 229.

(8) Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid III, 28, 1 en III, 29, 1.

(9) III, 29, 17; daarover Hardenberg, Gemeenschap van nooddrift in het wegverkeer? N.J.B. 1960, p. 368; vergelijk ook onze waterschappen, waarover voorts noot 15.

(10) Richard Janssen, De vereischten der avari-j-grosse-handeling (1899), p. 19, 22.

(11) Jona 1; 5, 15.

(12) Handelingen 27: 17 (tijdelijke reparatie), 18, 19, 38 (drie werpingen), 39 (vrijwillige stranding) helaas gevolgd door schipbreuk (41), zodat omslag achterwege bleef.

(13) R.P. Cleveringa, Zeerecht (4e dr.) p. 920.

hebbenden teveel uit het oog; ten tweede, dat de avarij-grosse past bij de grondslagen van ons recht, volgens hetwelk opofferingen ten gemenen nutte, hoe schadelijk ook voor de rechtstreeks getroffen, niet onrechtmatig zijn, maar wel tot schadevergoeding verplichten (15). Vandaar ook, dat verbintenissen uit avarij-grosse van rechtswege bestaan en niet door overeenkomst (16). Het onmiddellijk gevolg hiervan is echter, dat het voornaamste argument om de avarij-grosse toch weer in de wet te regelen, te weten dat anders goederenvervoer, dat niet op cognossement plaatsvindt (bijv. van laadkisten) daarbuiten zou vallen (17), hoe gewichtig ook, niet afdoende is. Gewoonlijk gaan aan de avarij-grosse gemeenschap inderdaad een of meer vervoerovereenkomsten gepaard, waarin tengevolge van de in dit opzicht bestaande contractsvrijheid allerlei met betrekking tot de avarij-grosse kan worden bepaald en beperkt, maar strikt nodig is dat niet. De voorts in de toelichting aangeroepte vraag, of zodanig vervoer zonder uitdrukkelijke bepaling wellicht toch beheerst zou worden door de York-Antwerp Rules komt thans ter sprake.

3. Als de avarij-grosse wettelijk niet bestond, zou men haar

(14) Dit gaf in het oud-vaderlandse, van het onze veelvuldig afwijkende, taalgebruik, gevoegd bij de mogelijkheid van abandon, aanleiding tot de opvatting, dat de avarij-grosse een "zakelijk" recht was, Pieter Sanderus, Beredeneerd vertoog over de vorderingen van contributie als avarij-grosse en over de thans daaromtrent plaatshebbende practijk bij de Hollandsche assurantie-kamers (1802) p. 3, 5;

Van Empel p. 14;

zo ook nog Rb. Rotterdam 9 December 1869 W. 3211.

(15) H.R. 1 Mei 1893 W. 6344: de schipper, die goederen over boord werpt om zijn schip vlot te krijgen, heeft niet uit dien hoofde alleen strafbaar opzet om schade toe te brengen aan de eigenaar; Janssen, p. 20;

Paul Scholten, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad (1899) p. 80, 106;

Schadee, De quasi-onrechtmatige overheidsdaad en passieve zaakwaarneming, N.J.B. 1953, p. 358, noemt H.R. 18 Februari 1944 N.J. 1944, 226 (Jochems/gemeente 's-Gravenhage) in één adem met de avarij-grosse;

Hardenberg W.P.N.R. 4970, sub 10;

vergelijk ook art. 1 der Bevoegdhedenwet (wet van 9 Mei 1902, S. 54) volgens hetwelk de besturen van waterschappen e.d. "bij dringend of dreigend gevaar de door hen noodig geoordeelde maatregelen (mogen) nemen", alsmede de onteigening te algemene nutte.

(16) de Groot, III, 29, 2; van Empel p. 75, 139, 192; Cleveringa p. 920.

(17) Toelichting p. 1363.

moeten uitvinden, dat wil in dit geval zeggen: vinden in de hierboven reeds aangeduide, wereldomvattende traditie, waarvan de Nederlandse traditie, zeker voor ons, een belangrijk deel uitmaakt, maar toch niet meer dan een deel. Dit dient duidelijk vooropgesteld om twee redenen, die hieronder nog nader aan de orde komen: de door het wetsontwerp beoogde eenmaking van dit deel van het internationale zeerecht en de plaats, die dit internationale zeerecht reeds thans in het Nederlandse recht inneemt.

Anders dan menige, evenzeer in oeroud recht wortelende figuur, heeft de avari-j-grosse zich bij het geleidelijk opkomen van de soevereine staten niet uitsluitend vertakt in even zovele nationale avari-j-grosse regelingen, maar heeft zij zich daarenboven staande weten te houden als zelfstandige, internationale gewoonte. Van deze gewoonte en haar ontwikkeling tot heden toe zijn de York-Antwerp Rules de algemeen aanvaarde optekening geworden (18), bekleed met groter gezag dan menig internationaal verdrag, reeds in 1890 onder meer aangevuld met de wel zeer duidelijke bepaling, dat de nationale wet slechts dan behoorde te worden toegepast, als de Rules geen oplossing zouden bieden (19). Aanvankelijk stond de ontwerpers van de Rules trouwens de schepping van een verdrag voor ogen (20), maar hoewel het er niet van is gekomen bleek de gewoonte sterk genoeg, zo sterk dat zij in 1924, ter gelegenheid van de invoering van de geletterde Rules met hun algemene beginselen, zelfs de subsidiaire verwijzing naar de nationale wet overboord wierp.

(18) J. Kusters, Het internationaal burgerlijk recht in Nederland (1917) p. 69;

Paul Scholten, Algemeen deel (2e dr. 1934) p. 146;

L. J. van Apeldoorn, Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht (14e dr. 1959) p. 216;

P. Wery, De autonomie van het eenvormig privaatrecht (1971) p. 11.

(19) Rule XVIII (oud); J. van der Willigen, De herziening der York-Antwerp Rules in 1890, (1892) p. 66 e.v.

(20) W. L. P. A. Molengraaff, Internationale averij-grosse regeling (1880) p. 252 e.v.;

F. van der Tuuk, Iets over averij-grosse en hare internationale regeling (1882) p. 68 e.v.

Het ontwerp-verdrag is in 1914 gepubliceerd door de International Law Association als "Draft International Code relating to General Average". Het motto van dit opstel is aan de toelichting (p. 5) daarop ontleend! Merkwaardig is de omgekeerde geschiedenis van de Hague Rules, die als eenvormige cognossemmentsclausules bedoeld waren en als verdrag eindigden, Cleveringa p. 416 e.v., een interessant voorbeeld van de invloed van de praktijk op de rechtsvorming.

4. Deze gewoonte vormt, zo geen unicum (21), dan toch zeker een zeldzaamheid in het internationale recht, dat het meestal van col-lisiereregels en inter- of supranationale verdragen moet hebben. Zij is niet internationaal in die zin, dat zij uitsluitend van toepas-sing zou zijn op internationale gevallen, maar zij is voor de hele wereld eenvormig: in Nederland geldt zij dan ook als Neder-lands gewoonterecht. Zij heeft het niet dwingend Nederlands mate-riële avarij-grosse recht (art. 696 e.v. K.) terzijde gesteld, zonder dat art. 3 A.B. (22) daaraan kan afdoen, omdat de strijd tussen wet en gewoonte niet kan worden beslecht door een bepaling van een van beide. De huidige opvatting is dan ook veeleer, dat de gewoonte wel degelijk gaat voor aanvullend recht (23). Zij wordt bezegeld in art. 2 van de Inleidende Titel N.B.W. (24).

Hieraan doet evenmin af, dat de Y.A.R. daarenboven krachtens bestendig gebruikelijk beding in alle overeenkomsten tot goede-renvervoer over zee (25) het wettelijk avarij-grosse recht hebben uitgeschakeld, want het bestendig gebruikelijk beding speelt pas een rol, waar van overeenkomst sprake is en de overeenkomst is, zoals gebleken, voor de avarij-grosse gemeenschap en -omslag, hoewel zeer belangrijk, toch niet essentieel. Het onderhavig be-stendig gebruikelijk beding is echter met de bestaande gewoonte niet in strijd, integendeel, het kan haar slechts versterken. De verstandige vervoerder zal zich dan ook de hem in de Toelichting gegeven wenk ter harte nemen en in elk avarij-grosse-beding de woorden "if any" (26) schrappen en de Y.A.R. van toepassing ver-klaren, al dan niet gepaard aan bijzondere bedingen als minimum-bedragen, beneden welke geen omslag zal plaatsvinden e.d.

Evenmin doet terzake, dat de Y.A.R. ook in hun huidige vorm

(21) R. Bakkers, Rechtsgewoonten betreffende de handelskoop (1961) p. 9 e.v.; Wery p. 11.

(22) "Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daar-op verwijst".

(23) Paul Scholten, Algemeen deel, p. 137; Toelichting ontwerp Meijers op art. 2 inleidende titel p. 22.

(24) "De toepasselijkheid van een regelende wet wordt door een daarmede strijdige gewoonte uitgesloten".

(25) Toelichting p. 1363; Cleveringa p. 902; Schadee-Gerritzen, Aantekeningen bij de York-Antwerp Rules, 1950 (2e dr. 1971) p. 14.

(26) Toelichting p. 1363 herinnert er terecht aan, dat de gebruike-lijke cognossemmentsclausule: "General average, *if any*, to be adjusted" enz. strikt genomen dwingt om eerst aan de hand van het op de overeenkomst toepasselijke recht na te gaan, of er avarij-grosse is en deze daarna aan de hand van de York-Antwerp Rules te dispatcheren.

niet het antwoord geven op alle vragen, die zich in de dispachepraktijk voordoen. Zij hebben dit met de beste wetten en verdragen gemeen en onderscheiden zich daarvan gunstig juist doordat zij de hoofdlijnen aangeven en de uitwerking telkenmale in concreto aan dispacheurs en rechters overlaten.

5. Het voordeel van deze zienswijze is niet alleen, dat eenvoudigheid bestaat, tenzij de vervoerovereenkomst daarvan uitdrukkelijk afwijkt, maar ook, dat de toepassing van de Y.A.R. reeds thans in cassatie kan worden getoetst (27), waarbij de inhoud van het gewoonterecht in dit geval al heel gemakkelijk bewijsbaar is (28). Hierin is Frankrijk ons voor. Weliswaar werd daar de klacht wegens schending van Rule C der Y.A.R. verworpen, doch met de merkwaardige motivering, dat "l'arrêt attaqué, loin de violer ou dénaturer les textes et règles visés au pourvoi, en a fait au contraire une exacte application" (29).

6. De lange inleiding moge haar rechtvaardiging vinden in de ook door het ontwerp centraal gestelde vraag naar de verhouding tussen wet en Y.A.R. Dat zij door het ontwerp anders wordt benaderd dan hierboven geschiedde, is reeds gebleken uit de nadruk, welke de Toelichting - van praktijkstandpunt bezien, terecht - op de vervoerovereenkomst legt. Dit zou op zichzelf nog niet tot een ander resultaat behoeven te leiden, te minder nu de ontwerper en kenner van het avarij-grosse recht bij uitstek er geen twijfel over doet bestaan, hoe na hem de eenvoudigheid van het recht ook op dit gebied aan het hart ligt: "Deze summiere regeling is geheel conform aan de Y.A.R.; voor haar uitwerking bevat zij een verwijzing naar deze regelen." Twee belangrijke elementen dus: een, zij het summiere, eigen regeling overeenkomstig de Y.A.R. (artt. 8.6.3.1. en 2), en een uitwerking daarvan door verwijzing naar de rest van de Y.A.R. (art. 8.6.3.5, waarover hieronder nader). Dit wordt als volgt gemotiveerd (30):

(27) D.J. Veegens, Cassatie in burgerlijke zaken (2e dr. 1971) nr. 85.

(28) Art. 99, lid 2 R.O.; Veegens nr. 94.

(29) Cass. (Req.) 26 October 1942, S. 1944.1.21. De annotator Houin wijst erop, dat de C.d.C. verder is gegaan dan de contrôle op de "dénaturation d'une clause claire et précise" - waarmede zij ook contracten en buitenlandse wetten in haar overwegingen betreft en dus toch al verder gaat dan onze Hoge Raad (Veegens nrs. 83, 110) - maar daaraan de eigen interpretatie van de als geschonden aangehaalde Rule C heeft toegevoegd.

(30) Toelichting p. 1364; zie ook p. 1215 over "dood recht" en p. 1217 over de gevolgde methode.

"Een dergelijke opzet verdient de voorkeur en boven het ontwerpen van een zelfstandige regeling der avarij-grosse, die toch naast de Y.A.R. tot een dode letter zou worden en boven het integraal in de wet opnemen van deze regels, die vervat zijn in een idioom, dat slecht past in een Nederlands wetboek en die aan periodieke wijziging onderhevig zijn".

Ik waag het daarbij een vraagteken te plaatsen, in het besef, dat, nu de Nederlandse wet op dit stuk vermoedelijk inderdaad gedoemd zal zijn een dode letter te blijven, het debat over haar stelsel voornamelijk betekenis kan hebben voor de eenmaking van het recht in andere, vergelijkbare gevallen.

7. Het argument van het idioom spreekt niet erg aan sedert in 1956 de Hague Rules bijna woordelijk (31) in onze wet zijn opgenomen. Men was zich de taalkundige bezwaren zeer wel bewust, doch stapte daar overheen omwille van de rechtseenheid (32), welke bij de avarij-grosse nog sterker meesprekt omdat zij daar in feite al lang bestaat en van een nationaal avarij-grosse recht in de praktijk eigenlijk geen sprake meer is. Het ontwerp ontleent daaraan trouwens terecht zijn voornaamste argument ten gunste van verwijzing naar de Y.A.R. Echter is door het systeem van verwijzing het taalkundig bezwaar meteen ondervangen, want de Y.A.R. komen dan niet in de wet zelf te staan en behoeven zelfs niet vertaald te worden, iets, waaraan het ontwerp nu toch niet is ontkomen (zie art.1 naast Rule A!). Ook het onmiskenbaar gemak van verwijzing door middel van een a.m.v.b. naar regels, die periodiek aan wijziging onderhevig zijn, pleit voor het gekozen systeem. Echter rijst dan wel de vraag, of het ontwerp het zich niet nog gemakkelijker had kunnen maken door in één artikel naar de volledige Y.A.R. te verwijzen, bijv. als volgt:

"Avari-j-grosse wordt, behoudens afwijkend beding, vastgesteld, gedragen en omgeslagen volgens de York-Antwerp Rules in hun bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen tekst, welke dientengevolge geacht wordt deel uit te maken van dit wetboek".

Men kan mij verwijten, dat de bijzin in strijd is met het hierboven verdedigde karakter van de Y.A.R. als Nederlands gewoonterecht.

(31) M.v.T. wet van 15 Augustus 1955 S.399 par.7; Cleveringa p.438.

(32) M.v.T. par.4.

Echter, zolang niet is gebleken dat de Hoge Raad het daarmede eens is, blijft het gevaar bestaan, dat verwijzing in de wet zonder meer de standaardregeling, waarnaar verwezen wordt, niet tot de wet verheft (33). Daarom wordt, subsidiair, de bijzin ook aanbevolen als toevoeging aan art. 8.6.3.5.

Een dergelijk algemeen verwijzingsartikel zou desgewenst nog aangevuld kunnen worden met een bepaling als art. 8.6.3.3. welke in de Y.A.R. en in het huidige wetboek ontbreekt.

8. De verschillen tussen de algemene verwijzing en het stelsel van het ontwerp komen naar voren bij een nadere beschouwing daarvan.

In art. 8.6.3.1. zijn de Rules A en D verwerkt in de verwachting "dat deze essentiële en thans reeds 40 jaar oude tekst (geen) wijziging zal ondergaan" (34). De verwachting is ongetwijfeld gewettigd, maar geheel ondenkbaar is het toch ook weer niet. De Y.A.R. blijven voorwerp van internationale studie en dan is nu eenmaal geen tekst veilig (35) en heeft men, voor men het weet, een verschil tussen wet en Rules.

Rule C, lid 1, heeft een plaats gevonden in art. 8.6.3.2. en Rule XVII, lid 1, in art. 8.6.3.4. uitgebreid met personenauto's en schepen, welke niet op cognossement worden vervoerd (art. 8.6.3.3, lid 2).

De rest van de Y.A.R. wordt dus slechts overgenomen (art. 8.6.3.5.) voorzover zij betreffen "de vergoedingen in avarij-grosse en de dragende waarden", zodat de verwijzing niet omvat de in het ontwerp opnieuw geredigeerde Rules A, C, lid 1, D en XVII, lid 1, en evenmin de Rules B, E en XXII, omdat die geen betrekking hebben op vergoedingen in avarij-grosse of dragende waarden. Evenmin omvat het verwijzingsartikel de zogenaamde Rule of Interpretation, omdat in de opvatting van het ontwerp de Nederlandse wet duidelijk van hoger orde is dan de Y.A.R. en zelf bepaalt, in hoeverre de Y.A.R. van toepassing zijn. Dit zou tot verschillende behandeling van sommige schaden aanleiding kunnen geven al naar gelang men de Y.A.R. rechtstreeks toepast, dan

(33) Voor de subtiele verschillen, die hier worden gemaakt, zie Veegens nr. 74.

(34) Toelichting p. 1364.

(35) Zie het wijzigingsvoorstel in C.M.I. Documentation 1972 II p. 188; sedertdien nog gevolgd door de opmerking van de internationale Subcommissie dat "although the lettered Rules were, generally speaking, considered satisfactory, it was suggested that the interpretation of the word "peril" in rule A, the application of rule F and the profit element inherent in Rule G warranted study".

wel op grond van verwijzing in de Nederlandse wet. Schadee-Gerritzen (36) geven bij de Rule of Interpretation het voorbeeld van Rule III, welke blusschade vergoedt zonder tevens de algemene eis te stellen dat er gevaar in de zin van Rule A heeft gedreigd. De Rule of Interpretation, die de genummerde Rules laat voorgaan boven de geletterde, heeft tengevolge, dat deze schade toch wordt vergoed. Volgens het ontwerp geldt Rule A echter in het geheel niet omdat het daarvoor zelf een bepaling bevat (art. 8.6.3.1.), welke voorgaat boven datgene, waarna art. 8.6.3.5. overigens verwijst, met het gevolg dat niet alle blusschade zonder meer voor vergoeding in aanmerking komt. Het ontwerp is logischer doordat het de algemene regelen laat voorgaan boven de bijzondere, maar het veroorzaakt tevens een verschil, waar het eenmaking beoogt.

R. 9. De Nederlandse wet noch de Y.A.R. bepalen uitdrukkelijk, wie tenslotte als schuldeisers en schuldenaren tegenover elkan- der staan (37). Schrijvers en rechtspraak waren evenwel tot de voor de hand liggende conclusie gekomen, dat de reder, die de afwikkeling van de schade vrijwel steeds in de hand heeft en onder meer een depôt van ladingbelanghebbenden kan vorderen (38), ook behoort te zorgen, dat ieder het zijne krijgt, tenzij hij kan aantonen dat hem dit, ondanks behoorlijke zorg, niet is gelukt en zonder dat dit de schuldeisers het recht ontnemt de andere belanghebbenden rechtstreeks aan te spreken tot betaling van hun bijdragen. (39)

Het ontwerp sluit zich, als ik het wel heb, in art. 8.6.3.3. bij deze theorie aan door te bepalen dat de avari-j-grosse aan hem, die haar leed, wordt vergoed door degeen, die door de avari-j-grossehandeling is gebaat (40), te weten de reder (41), de belanghebbende bij de vracht, de ontvangers van de lading en de eigena- ren van andere, zich aan boord bevindende zaken. Het spreekt van zelf, dat tegenover deze schuldenaar of schuldenaren als schuldeisers staan allen, die een vergoeding in avari-j-grosse te vorderen hebben. Hoe zij die vordering realiseren, met name in- dien een of meer schuldenaren insolvent zijn geworden, moet aan de praktijk worden overgelaten.

(36) p. 19.

(37) Cleveringa p. 919; van Empel p. 176 e.v., 182 e.v.

(38) Art. 493, lid 2 K; art. 8.5.2. 59, lid 1, Ontwerp.

(39) Cleveringa p. 922; van Empel p. 190; H.R. 22 Juni 1928, N.J. 1928, 1486 E.M.M. W. 11857 Mff.

(40) Toelichting p. 1365.

(41) Daaronder verstaat het ontwerp de eigenaar van het schip, art. 8.1.1.9.

10. Resteert de verhouding tussen de avarij-grosse bepalingen en het overige vervoersrecht. Op het verschil in grondslag (verbin-
tenis uit de wet ener- en uit overeenkomst anderzijds) werd hier-
boven reeds gewezen. Daarbij komt aan de zijde van de avarij-
grosse de volstreckte vrijheid om contractueel van wet of gewoonte
af te wijken (42), waarvan vanouds veelvuldig gebruik werd ge-
maakt om onjuiste bepalingen als bijv. art. 700 K. (43), hetwelk
de aanleiding tot de avarij-grossehandeling verwarde met die han-
deling zelf, buiten werking te stellen. Het ontwerp volgt terecht
Rule D der Y. A. R. door uitdrukkelijk buiten beschouwing te la-
ten, hoe of door wiens schuld het gevaar, dat tot de avarij-grosse-
handeling aanleiding heeft gegeven, ontstaan zij (art. 8.6.3.1.),
onverminderd echter de vorderingen tot schadevergoeding, waar-
voor de vervoerder zich niet heeft vrijgetekend. Aanvankelijk,
voor 1927, kon hij zulks nagenoeg onbeperkt (44), later in steeds
mindere mate, hetgeen zelfs aanleiding heeft gegeven tot de op-
vatting (45), dat de vervoerder in geval van eigen schuld geen
omslag in avarij-grosse zou kunnen vorderen. Tegen deze, ook
door de rechtspraak verworpen, opvatting waaraan eenzelfde
denkfout ten grondslag ligt als aan art. 700 K., keert zich de Toe-
lichting op overtuigende wijze.

(42) Art. 697 K; thans niet in het Ontwerp, maar wel in de toe-
lichting, p. 1363, uitdrukkelijk vooropgesteld.

(43) "Wanneer inwendige gebreken van het schip, deszelfs on-
deugdzaamheid tot het doen der reize, of schuld en nalatigheid
van den schipper of het scheepsvolk, de schade of onkosten hebben
veroorzaakt, zijn laatstgemelde, hoezeer ten nutte van het schip
en lading vrijwillig en na vereischte raadpleging gemaakt, geene
gemeene avarij".

(44) Cleveringa p. 415.

(45) Cleveringa p. 934.

Is wettelijke regeling gewenst?

1. "Aangezien een groot deel der binnenvaart als sleepvaart wordt uitgeoefend, konden enige bepalingen betreffende de daaruit voortvloeiende rechtsverhoudingen in dit wetsontwerp niet worden gemist."

Aldus in 1934 de M. v. T. bij het ontwerp nieuwe wettelijke regeling van het binnenvaartrecht, dat als het zgn. nieuwe binnenvaartrecht op 1 november 1952 van kracht is geworden (1).

Intussen is de aanblik van de binnenvaart aanzienlijk gewijzigd. Lange slepen getrokken door één sleepboot ziet men niet meer. Het aantal en de grootte van motor(tank)schepen zijn aanmerkelijk toegenomen. De duwvaart heeft zijn intrede gedaan. Duwen is weliswaar een vorm van slepen (2), doch de duwvaart blijft beperkt tot een kleine kring van belanghebbenden (3). De veranderingen blijken ook uit de volgende gegevens ontvangen van het Centraal Bureau voor de Statistiek betreffende de Nederlandse binnenvloot (waarbij de sleepboten buiten beschouwing zijn gelaten omdat vooroorlogse gegevens daaromtrent niet precies bekend zijn):

	<u>Aantal</u> <u>schepen</u>	<u>laadvermogen</u> <u>in tonnen</u>
<u>9 mei 1940</u>		
Schepen met eigen beweegkracht	7.502	891.215
Schepen zonder eigen beweegkracht	13.082	4.115.015
Totale binnenvloot	20.584	5.006.230
<u>1 januari 1952</u>		
Schepen met eigen beweegkracht	7.930	1.172.440
Schepen zonder eigen beweegkracht	9.172	3.160.280
Totale binnenvloot	17.102	4.332.720
<u>1 januari 1972</u>		
Schepen met eigen beweegkracht	11.948	3.994.150
Schepen zonder eigen beweegkracht	7.995	2.902.300
Totale binnenvloot	19.943	6.896.450

(1) Bijv. N. J. B. 8-12-1934 no. 43, blz. 32; Verhoeve, Het Nieuwe Binnenvaartrecht, blz. 21 v.

(2) Verhoeve, blz. 263/4, Ontwerp art. 8.10.4.1, lid 2.

(3) Vgl. het "Abkommen" tussen enkele grote Nederlandse, Duitse en Franse Rijnrederijen betreffende het meenemen van duwbakken, Molengraaff IV, blz. 1392.

Onder de schepen met eigen beweegkracht vallen de motorschepen en een gering aantal stoomschepen; onder de schepen zonder eigen beweegkracht vallen de sleepschepen, alsmede in 1940 een gering aantal zeilschepen en in 1972 de duwbakken; het aantal duwbakken op laatstgenoemde datum bedroeg 225 (438.270 ton) en het aantal duwboten 52. Het CBS registreerde per 1 januari 1952 2438 sleepboten en per 1 januari 1972 2048. Het aantal sleepboten is derhalve niet opvallend verminderd. Niettemin is de motivering van de M.v.T. van 1934 niet goed meer vol te houden (4).

2. De Toelichting op het huidige ontwerp beantwoordt de vraag of wettelijke regeling gewenst is niet, doch begint met op te merken, dat het Ontwerp evenals de huidige wet (artt. 925 t/m 935 K) in zijn binnenvaartrechtelijke gedeelte enige bepalingen omtrent het slepen bevat. Uit de direct daarop volgende verwijzing naar de motieven, die ertoe hebben geleid dergelijke bepalingen in het zeerecht niet op te nemen, zou kunnen worden afgeleid, dat in de binnenvaart behoefte bestaat aan dwingend recht en partijen hun verhouding niet gedetailleerd plegen te regelen. In de Toelichting op afdeling 8.5.2 - overeenkomst van goederenvervoer over zee - blz.1293, wordt immers opgemerkt dat anders dan in de binnenvaart het bij het slepen ter zee geen bezwaar oplevert dat het slepen door afdeling 8.2.1 - Algemene bepalingen betreffende vervoer - wordt geregeld (5). Hieraan wordt toegevoegd dat hier geen behoefte is aan dwingend recht en partijen hun verhouding wel zo gedetailleerd regelen, dat zij van bepalingen van afdeling 8.2.1, die hun ongewenst voorkomen, kunnen afwijken.

Waarom dwingend recht in de binnensleepvaart wél gewenst is, vermeldt de Toelichting op de afdeling Sleepovereenkomst evenmin. De M.v.T. op het huidige binnenvaartrecht deed dat in 1934 ook niet. Bij het dwingende voorschrift van art. 931 K (aanvanke-lijk 929) werd zonder nadere motivering verwezen naar de dwingende voorschriften nopens het vervoer van goederen over de binnenwateren, artt. 813-815. Art. 931 is echter (behoudens de verwijzing naar art. 815) nooit ingevoerd (6), zodat de bestaande sleepcondities - ook waar deze op gespannen voet staat met art. 931 - konden blijven gelden (7). Het zou van belang zijn te verne-

(4) Molengraaff, Leidraad IV (1966), blz.1388: een groot, doch verminderd, deel der binnenvaart als sleepvaart

(5) Het slepen ter zee wordt niet geregeld door de bepalingen van afdeling 8.5.2, doch door die van afdeling 8.2.1, omdat het vervoer niet "in een schip" geschiedt, Toelichting blz.1226 bij art. 8.2.1.1 en blz.1293 no.3.

(6) Ook de artt. 813 en 814 zijn niet ingevoerd, art. XVI van de wet op het nieuwe binnenvaartrecht.

(7) Vgl. Schut, preadvies 16e Binnenscheepvaartcongres 1952, blz.200, Verhoeven, blz.277.

men of in de praktijk behoefte aan dwingend recht wordt gevoeld. Protesten tegen de bestaande toestand zijn schaars (8).

Voor wat betreft regeling door partijen is geen tegenstelling tot de situatie bij het slepen ter zee aanwezig. De Toelichting, Inleidende opmerkingen 3, vermeldt dat partijen vrijwel steeds overeenkomen dat het slepen zal geschieden op gedeponeerde "sleepconditiën" en dat deze een dermate gedetailleerde regeling bevatten, dat er aan wettelijke bepalingen daarnaast slechts weinig behoefte bestaat.

Hieraan kan worden toegevoegd dat sleepcondities tegenwoordig veelal als bestendig gebruikelijk beding worden aangemerkt (9) en ten aanzien van verschillende sleepcondities voor onderscheiden soorten vaartuigen wel van een "gesloten systeem" is gesproken in die zin dat óf de ene óf de andere van toepassing zijn (10).

3. Ook de thans van kracht zijnde regeling nopens het slepen van binnenschepen is geen volledige en verscheidene onderwerpen zijn daarin niet geregeld (11). Het blijkt niet dat de binnensleepvaart hieronder gebukt is gegaan. Het aantal niet door sleepcondities beheerste gevallen, dat tot procedures heeft geleid waarin de wettelijke bepalingen een rol spelen, is gering (12).

Er lijkt derhalve weinig aanleiding tot een wettelijke regeling naast de sleepcondities.

Teneinde deze bespreking van het ontwerp binnen de opgelegde perken te houden zal hierna volstaan worden met een enkele opmerking over de sleepovereenkomst, als geformuleerd in het ontwerp, om wat langer te kunnen stilstaan bij de vraag hoe de sleepcondities zullen passen in de afdeling sleepovereenkomst en

(8) Dorhout Mees, Kort Begrip 10.99 stelt dat sleepcondities de aansprakelijkheid van de sleper in zo vergaande mate beperken "dat zij wel eens in strijd komen met de goede zeden", doch adstrueert dit verder niet, ook niet in no.8.22. Grosheide en Van Waarden, Sleeperikelen (1942) achten de risicoverdeling in de Algemene Sleepconditiën 1919 onredelijk. Walther op het Congres voor Binnenvaartrecht in 1959 te Keulen, Internationale Fragen des Binnenschiffahrtsrechtes, blz. 83/84, verklaarde de Nederlandse sleepcondities "merkwaardig" te vinden omdat het schip in bepaalde gevallen voor de fouten van de boot moet opkomen; zie Wachter in Themis 1963, blz. 273.

(9) Vgl. beslissingen in bundel Contractenrecht VII no. 95 en rechtspraak overzicht in Molengraaff, Leidraad IV, blz. 1237.

(10) Rb. Rotterdam 29-5-1964, S. & S. 1965, 70 Jogra; Vertrouwen/Alpha en Annie Jacob.

(11) Schut, blz. 195 v., Hijmans van den Bergh, N.J. 1959, blz. 855.

(12) Zie bijv. Rb. Rotterdam 26 mei 1972, S. & S. 1972, 106, Isabelle; Scarlet.

enige andere bepalingen van Boek 8. Tot slot nog een enkele kanttekening bij wat het ontwerp niet regelt.

Het ontwerp.

Sleepovereenkomst.

4. Art. 8.10.4.3 bepaalt dat de sleepovereenkomst - behalve bij toepassing van de artikelen 8.5.1.2 of 8.10.1.1 (actie buiten overeenkomst) niet als vervoerovereenkomst wordt beschouwd. De tussenzin in art. 8.10.4.1 "geen overeenkomst van goederenvervoer als bedoeld in artikel 8.10.2.1. zijnde" is dus niet bedoeld als mogelijkheid dat de sleepovereenkomst wél een vervoerovereenkomst zou zijn, aldus ook uitdrukkelijk slot Inleidende opmerkingen 2 van de Toelichting.

Waar wet of contract zwijgen zal derhalve niet naar bepalingen nopens vervoer, doch naar het gemene recht moeten worden gekeken, zoals bijv. ten aanzien van de aansprakelijkheid voor niet in art. 8.10.4.4 geregelde oorzaken van schade (Toelichting blz. 1414). Dit geldt dan alleen de binnenvaart. Voor de zeevaart moet immers worden gekeken naar afdeling 8.2.1 - Algemene bepalingen betreffende vervoer - hetgeen o.m. impliceert dat zeeslepen een resultaatsverplichting inhoudt, art. 8.2.1.2 (13).

Het ontwerp legt de sleepondernemer in de binnenvaart geen resultaatsplicht, doch slechts een inspanningsverplichting op, zoals blijkt uit de formulering van art. 8.10.4.4 en het blijft daarmee, gelijk de Toelichting terecht opmerkt, grotendeel in overeenstemming met huidig recht.

Het is goed dat ontwerp en toelichting hier duidelijk zijn. Over het rechtskarakter van de sleepovereenkomst is nogal wat te doen geweest. Korthedshalve moge worden verwezen naar de literatuur en de daar besproken jurisprudentie (14).

De vraag inspannings- of resultaatsverplichting is in het bijzonder van belang wanneer het gesleepte schip schade lijdt door aanvaring met de eigen sleepboot, danwel doordat de boot het schip tegen een vast voorwerp doet botsen of op een ondiepte laat vast raken. De enige getuigen zijn dan veelal alleen de kapitein en de schipper, misschien hun vrouwen of een enkele matroos (wanneer die nog te vinden is tegen de tijd dat verhoren plaats vinden).

Onder het huidige recht zijn stelplicht en bewijslast voor dit

(13) Zie noot (5) en Toelichting blz. 1228.

(14) Zie o.m. Verhoeve, blz. 269 v., Dorhout Mees 9.420-9.422, Molengraaff IV, blz. 1235, Cleveringa, blz. 272 v. Voor buitenlandse literatuur: Sotiropoulos (1960), Die Haftung für Hilfspersonen der Schiffsbesatzung nach deutschem, französischem und englischem Recht (1960), waarin ook de opvattingen over de sleepovereenkomst, mede in andere landen, waaronder Nederland, ter sprake komen.

soort gevallen reeds bij het sleepschip gelegd (art. 930, lid 2) doch niet (art. 930, lid 1) voor schade uitsluitend veroorzaakt door vertraging of niet-volbrenging van de reis. In de twee laatste gevallen, die overigens in de praktijk niet of weinig spelen, zullen stelplicht en bewijslast in het ontwerp ook aan de zijde van het sleepschip komen te liggen.

De vraag of bij aanvaring tussen boot en schip behalve uit aanvaring ook uit de sleepovereenkomst kan worden geageerd is ten aanzien van stelplicht en bewijslast een theoretische, zoals dat onder de huidige wet het geval is en in feite reeds was sedert H.R. 9-1-1941, N.J. 1941, 935 Mory/Bertha (15). Van de zijde van het schip moeten feiten worden gesteld en bewezen, die schuld van de boot opleveren.

5. Of uit aanvaring dan wel sleepovereenkomst wordt geageerd zal nog slechts van belang zijn voor de bevoegdheid van de Rijnvaartrechter (16).

Onder het huidige recht heeft nog de vraag gespeeld of in geval van een aanvaring het schip bij het bestaan van een sleepovereenkomst te rekenen had met de eenjarige verjaringstermijn uit art. 952 - vordering uit sleepovereenkomst - dan wel de tweejarige termijn uit art. 953 - vordering tot vergoeding van schade door aanvaring - wanneer de sleepboot werd aangesproken. Deze vraag is door H.R. 6 maart 1959, S. & S. 1959, 31, N.J. 1959, 349 niet beslist (17). De lagere rechtspraak was verdeeld (18). Het probleem, dat aanvankelijk een onmatig aantal stuitingsexploiten en "verjaringsafspraken" opleverde, is grotendeels ondervangen door vermelding in de Sleepconditiën 1965 en de Condiën voor het assisteren van duweenheden dat de termijn van verjaring van de vordering uit de sleepovereenkomst "in afwijking van de wettelijke regeling" wordt bepaald op 2 jaar.

(15) Schut, blz. 177.

(16) In het kader van art. 34 Herziane Rijnvaartacte, zie bijv. Hof Den Haag, 5 nov. 1958, S. & S. 1959, 9, N.J. 1959, no. 660, Rudolf Miescher en Dolfijn; verder Wachter in Themis 1963, blz. 272.

(17) Omdat in deze zaak van de zijde van de boot niet was betwist dat het schip op grond van de gestelde feiten de keuze had tussen de twee acties vgl. noot H.B., blz. 854 onder 5.

(18) Ktg. Nijmegen (1 jaar) 28 juni 1957, S. & S. 1958, 3 Theodora en Bertha. Hof Den Haag (2 jaar) 26 maart 1958, S. & S. 1958, 56 vern. Rb. Rotterdam (1 jaar) 22 februari 1957, S. & S. 1957, 41 Tollens en Frans, Hof Amsterdam (2 jaar) 30 november 1962, S. & S. 1963, 40 Joma en Frits.

Sleepcondities.

6. Waar het slepen hoofdzakelijk door gedeponeerde sleepcondities wordt beheerst is het van belang na te gaan in hoeverre deze condities al dan niet in strijd zijn met het ontwerp.

De Algemeene Sleepconditiën, ook wel aangeduid met toevoeging van het jaartal 1919 "voor het slepen en assisteren van en het verlenen van diensten aan drijvende voorwerpen als bakken, bokken, kranen, elevators enz. en voor hulpverlening ook aan alle andere voertuigen en/of voorwerpen" en de Nederlandse Sleepdienst Condi tiën 1951" voor het slepen en assisteren van en het verlenen van diensten aan schepen, die bestemd zijn regelmatig de zee te beva ren" (19) sluiten ondermeer uit aansprakelijkheid voor alle schaden - ook aan derden toegebracht - die het gevolg mochten zijn van enig gebrek aan de sleepboten, machines, sleeptrossen of ander materiaal, "of die uit welken anderen hoofde ook ten laste van de sleepdienst zouden kunnen worden gebracht". Bovendien vindt nog een omkering van de bewijslast plaats ten aanzien van door de sleepboot zelf door aanvaring toegebrachte schade; de eigenaar van het gesleepte of geassisteerde vaartuig moet dan bewijzen dat het tot die schade "niet heeft bijgedragen, noch daartoe aanleiding gegeven".

Een en ander komt duidelijk in conflict met het ingevolge art. 8.10.4.6. dwingende voorschrift van art. 8.4.4, lid 2 dat de sleep-ondernemer ten aanzien van deugdelijkheid en geschiktheid van het schip (d.i. de sleep- of duwboot, art. 8.10.4.1) en van het materiaal, waarvan hij zich bedient of die hij ter beschikking stelt, de zorg oplegt van een zorgvuldig sleepondernemer, die met zijn eigen schip en eigen materiaal sleept.

Voor wat betreft de Sleepconditiën 1965, de Rotterdamse Haven-duwconditiën 1962 en de Condi tiën voor het assisteren van duweenheden lijkt wijziging niet nodig (20). In die condities wordt immers in art. 3, sub b bepaald dat voor rekening van de sleepdienst is (21)

(19) Nu het ontwerp, anders dan artt. 925 v., niet spreekt van het slepen van binnenschepen, doch van een andere zaak, art. 8.10.4.1. moeten deze condities hier ook worden vermeld; zie voorts art. 8.10.4.2.

(20) Schut, blz. 201 vond wijziging van de Sleepconditiën 1929 (een "voorganger" van die van 1965) ook niet "urgent" i. v. m. eventuele invoering van artt. 929 en 931 K.

(21) In de aanhef van art. 3 staat "echter", dit na de bepaling van art. 2 welke begint alle schade, anders dan terzake van dood of letsel van personen, voor rekening van het sleepschip te brengen. Deze omslachtige formulering, welke in alle genoemde condities is terug te vinden, is kennelijk een gevolg van de Sleepconditiën 1909 en enige andere oude condities, waarin vrijwel alle aansprakelijkheid van de sleepbooteigenaar werd uitgesloten, vgl. Gros-

alle schade veroorzaakt door onvoldoende zorg voor onderhoud, uitrusting of bemanning van de sleepboot of voor haar geschiktheid tot de overeengekomen diensten en door eigen opzet of grove schuld van de sleepdienst.

7. De Toelichting, blz. 1415, wijst er op dat het dwingende voorschrift van art. 8.10.4.6, evenals het niet ingevoerde art. 931, lid 1 K, voor de sleepondernemer de mogelijkheid opent vrij te tekenen van aansprakelijkheid voor schuld van ondergeschikten. Er wordt aan toegevoegd dat, wanneer de wet een dergelijke vrijtekening onmogelijk zou maken, te verwachten is, dat de door de sleepondernemers te betalen premie voor verzekering hunner aansprakelijkheid zal stijgen, wat op den duur zal uitmonden in verhoging der sleeptarieven. Aangezien niet te verwachten is dat de door sleepschipeigenaren te betalen premie tevens zal dalen, zou dwingend recht ten deze verhoging van transportkosten in de binnenvaart tot gevolg hebben.

Geldt dit verzekeringsaspect niet evenzeer voor de Algemeene Sleepconditiën 1919 en de Nederlandse Sleepdienst Condiitiën 1951? De toelichting maakt geen onderscheid ten aanzien van de condities. Hoewel vergelijking met bepalingen nopens goederenvervoer bij binnensleepvaart niet in het ontwerp past, dringt zich een vergelijking op met de uit het Cognossementsverdrag art. 6 bekende exonerationvrijheid voor zaken, die door hun karakter of gesteldheid een bijzondere overeenkomst rechtvaardigen, waarin ook het ontwerp voorziet, art. 8.5.2.12 (zeevervoer), art. 8.10.2.11 (binnenwateren). Het bij bijzonder vervoer geldende verbod tot afgifte van een cognossement is bij het slepen geen punt; het vereiste dat het geen "handelsverrichting" mag betreffen wel (22). Evenals de goederenvervoerder zal de sleepondernemer echter behoefte hebben aan een "escape" van dwingende bepalingen voor bijzonder sleepwerk. Bedacht moet worden dat het bij de Algemeene Sleepconditiën 1919 in het algemeen betreft niet of moeilijk bestuurbare vaartuigen, en bij de Nederlandse Sleepdienst Condiitiën 1951 zeeschepen, waar de sleepboot betrekkelijk weinig of in

heide en Van Waarden, blz. 24 en Van Slooten, Sleepvaartrecht (1915), blz. 29 v.

(22) Jurisprudentie over de vraag wat onder bijzonder vervoer valt schijnt er nauwelijks te zijn, vgl. Royer, Hoofdzaken blz. 112 waar verschillende voorbeelden worden gegeven, verdere literatuur wordt vermeld; Molengraaff IV, blz. 1150, zie een voorbeeld: Rb. Rotterdam 17 dec. 1968, S. & S. 1969, 56 Norwind. Dat de praktijk wel behoefte heeft aan beperking van aansprakelijkheid, zie Hijmans van den Bergh in A. A. 1953/54, blz. 184 slot.

het geheel geen invloed kan of mag uitoefenen op de navigatie (23).

8. Voor wat betreft hetgeen het ontwerp voorts onder het dwingen- de voorschrift van art. 8.10.4.6 laat vallen het volgende.

Art. 8.10.4.4, lid 2 tweede alinea bepaalt dat de sleepponderner voor de ondeugdelijkheid of ongeschiktheid van materiaal dat hem door zijn wederpartij ter beschikking is gesteld, slechts aansprakelijk is voorzover een zorgvuldig sleepondernemer zich van zulk materiaal niet zou hebben bediend.

Het is de vraag of het ontwerp, dat slechts enkele bepalingen nopens de sleepovereenkomst wil geven, zich in een dergelijk detail moet begeven. Waarom dan ook niet overgenomen art. 5 Sleepconditiën 1965 en Condiitiën voor het assisteren van duweenheden, waar de bewijslast wordt omgedraaid wanneer het sleepschip resp. de duweenheid met onvoldoende bemanning vaart?

De formulering van alinea 2 kan bovendien leiden tot de opvatting dat de sleepbootkapitein moet controleren of het "materiaal" - het zal meestal om de sleepdraad gaan - wel goed is, maar dat hij niet behoeft te controleren of de tros goed is belegd. Noch het een noch het ander is in de praktijk uitvoerbaar en de sleepcondities behelzen ten deze geen voorschriften. Wanneer de sleepdraad breekt, voert de eigenaar ervan aan dat de ander te wild heeft gevaren of onhandig heeft gemanoeuvreerd en die ander ontkent dit en stelt dat de draad niet deugde. Het is niet goed denkbaar dat een wettelijke regeling hier een oplossing kan bieden.

In dit verband moet worden bedacht dat ook de reglementen enige voorschriften geven omtrent het slepen die ook niet expliciet in art. 8.10.4.4 zijn opgenomen zoals bijv. artt. 43 Vaarreglement en 44 B.A.R.: de sleepboot moet krachtig genoeg zijn, art. 8.05 R.P.R. "de koppelingen van een duwstel" moeten de hechtheid ervan verzekeren.

9. Art. 8.10.4.4, lid 3 zal voor wat betreft de sleepcondities geen probleem opleveren, omdat zij geen der in het artikel genoemde schadesoorten bijzonderlijk uitsluiten. Alleen moet een vraagteken worden geplaatst bij het begrip "niet-aflevering"; is hiermede bedoeld niet-volbrenging van de sleepreis (art. 930, lid 1 K) door-

(23) Omgekeerd wordt de positie van de boot ook wel verzwaard, zoals in het in noot (3) bedoelde Abkommen - Allgemeine Bedingungen für Verträge über die Mitnahme fremder Schubleichter durch Schubboote of: Streckenfahrtbedingungen - waar een bewijslastomkering ten laste van de duwboot is bedongen voor schade aan de duwbak ontstaan in de tijd dat de bak tot de duweenheid behoorde of onder de "Obhut" van het duwbootpersoneel stond vgl. Molengraaff IV, blz. 1392.

dat de boot het schip ergens laat liggen (24)? Zo ja dan is het vraag of deze schade dwingend geregeld moet worden. In Nederland is overal wel een boot te bestellen en sleepplonen plegen eerst na volbrenging van de reis te worden afgerekend. Het gaat hier niet om grote geldsommen.

Hetzelfde geldt ten aanzien van art. 8.10.4.5 de verplichting "het slepen zonder vertraging te verrichten", waarop het dwingende voorschrift van art. 8.10.4.4 van toepassing is. Ook hier plegen de sleepcondities niets onoirbaars te behelzen in de zin van het ontwerp. Bovendien: sleeploon wordt meestal niet naar tijd maar naar afstand en grootte sleepschip berekend.

10. Art. 8.10.4.6 geeft als uitzonderingen op dwingend recht a) de zgn. kleine schaden en b) een redelijke termijn waarbinnen aan de sleepondernemer van beschadiging moet worden kennisgegeven.

De Sleepconditiën 1965, de Rotterdamse Havenduwconditiën 1962 en de Conditieën voor het assisteren van duweenheden kennen a) de franchises reeds en zij stellen de onder b) bedoelde termijn op 30 x 24 uur, plus een regeling voor claims van derden en een termijn waarbinnen de sleepdienst in de gelegenheid moet worden gesteld de schade mede op te nemen. Deze toevoeging is een uitbreiding op de termijn van 20 x 24 uur uit de Sleepconditiën 1952, waaraan blijkbaar behoefte bestond. Het is te hopen dat de Rechter de 30 x 24 uur én de toevoeging "redelijk" zal vinden, zoals art. 8.10.4.6, sub b het uitdrukt. Is het niet veiliger de text van de sleepcondities ten deze over te nemen?

Een afwijking van de huidige praktijk is de bepaling in art. 8.10.4.6, sub a dat de franchise bij algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld. Tot dusver zijn de franchises telkens in overleg tussen belanghebbenden verhoogd.

De Toelichting geeft geen reden voor deze verandering. Aan te nemen is dat aansluiting is gezocht bij art. 6.5.1.2, lid 2 nopens de standaardregeling. Sleepcontracten zijn "een bijzondere soort van overeenkomsten" en zij worden over het algemeen afgesloten "in de uitoefening van een bedrijf" (25).

11. Zoals uit het voorafgaande is af te leiden, zullen de gangbare sleepcondities, behalve die van 1919 en 1951, het ontwerp wel overleven.

Blijkt nu dat de praktijk er behoefte aan heeft de condities van 1919 en 1951 in stand te laten, zodat een escape als hiervoor bedoeld zou moeten worden geschapen, dan komt wederom de vraag

(24) Of is het begrip uit het goederenvervoer komen overwaaien, art. 8.10.2.11, lid 3?

(25) Toelichting blz. 735. Zie over de standaardregeling en kritiek daarop, H.J. Sluyter, Standaardregeling. Studiekring Offerhaus, reeks Handelsrecht no. 9.

naar voren of wettelijke regeling zin heeft. In de bestaande toestand zou immers het ontwerp niet veel wijziging brengen, ware het niet dat ook het slepen in de binnenvaart dan in het systeem van het ontwerp evenals het zeeslepen zou vallen onder de Algemene bepalingen betreffende vervoer, afdeling 8.2.1, mét het daarin voorkomende art. 8.2.1.2. dat een resultaatsverplichting inhoudt (26).

Ook art. 8.10.2.1 spreekt immers van vervoer "in" een schip, Toelichting blz. 1412. Waar art. 8.2.1.2 geen dwingend recht is kan er, als ten aanzien van het slepen over zee opgemerkt (27), contractueel van worden afgeweken. Aangezien de bestaande sleepcondities een daartoe strekkend beding begrijpelijkerwijs niet bevatten, betekent invoering van het Ontwerp Boek 8 zonder de Afdeling Sleepovereenkomst, dat de condities met een dergelijk beding moeten worden aangevuld (28). De vraag komt dan naar voren of niet eenvoudiger onder Afdeling 8.10.4.5 - enige bijzondere overeenkomsten - een artikel zou kunnen worden opgenomen luidend:

De overeenkomst, waarbij de ene partij zich tegenover de andere verbindt, anders dan bij wijze van hulpverlening, met een vaartuig een andere zaak nagenoeg uitsluiten over binnenwateren te slepen (29), wordt niet beschouwd als een vervoerovereenkomst, behalve bij toepassing van de artt. 8.5.1.2 of 8.10.1.1 (30).

(26) Het vooropstellen van een resultaatsverplichting is bij slepen over zee wel begrijpelijk. Het gaat daar meestal om het vervoer van het gesleepte object zelf: een casco voor de sloop, een dok, booreiland e.d., hoewel ook wel aan zee-duwvaart te denken valt, vgl. M. Stehlin, nouveau développement du poussage en mer, in Navigation 1973, blz. 42.

(27) Zie noot (5) en daar aangehaalde Toelichting

(28) Hiervoor is temeer aanleiding nu in H.R. 12 maart 1954, N.J. 1955, no. 386, A.A. 1953/54, blz. 175 t.a.v. de sleepovereenkomst is overwogen dat deze "zo zij al niet als een vervoerovereenkomst zou moeten worden aangemerkt, in ieder geval daarmee nauw verwant is", waaruit volgens Dorhout Mees 9.421 een enigszins gewijzigde opvatting ware af te leiden ten opzichte van H.R. 9 januari 1941, no. 935 Mory/Bertha. Vgl. Molengraaff IV, blz. 1235 en uitvoerige noot van Hijmans van den Bergh in A.A., blz. 184 onder 14.

(29) Dat onder slepen mede is te verstaan, duwen, langszij gekoppeld slepen lijkt in literatuur en jurisprudentie genoegzaam vast te liggen, Molengraaff IV, blz. 1388.

(30) De casusposities behandeld in de art. 8.10.4.8, 8.10.4.9 en 8.10.4.10 lijken gezien de schaarse jurisprudentie terzake weinig problemen op te leveren, mogelijk omdat de sleepcondities reeds enige bepalingen in die zin bevatten. Het zou in het bestek van de-

Intussen zullen sleepcondities het slepen op de binnenwateren wel blijven beheersen, of de afdeling sleepovereenkomst van het ontwerp aanvaard wordt, geamendeerd of niet ingevoerd. Het ontwerp gaat immers, evenals de huidige wet, van het bestaan van sleepcondities uit door slechts enkele onderwerpen te regelen.

12. Tot slot dient daarom te worden aangestipt dat de toepassing en de uitleg van sleepcondities wel enige problemen opleveren al zijn deze niet zo delicaat als bijv. bij het A. V. C. vervoer, vóór de wijziging per 1 april 1972 van art. 9, de vraag of olifanten verpakt dienen te worden (31) resp. of het woord "nimmer" in dit artikel wel nimmer betekende.

Een vergissing (32) bij het hernieuwde depot van de sleepcondities in 1946 in de Sleepconditiën 1929, waardoor nopens de franchise voor "kosten voor reparatie" kwam te staan kosten "van" reparatie, leverde een groot aantal procedures op evenals de uitleg van in die condities gestelde cumulatie van schade (33).

Voorts kan het wel eens de vraag zijn of een vaartuig al dan niet valt onder de "drijvende voorwerpen als bakken, bokken, kranen, elevatoren enz." van de Algemeene Sleepconditiën 1919 (34), doordat het tijdelijk onbestuurbaar is dan wel het een bak betreft welke sterk op een gewoon sleepschip lijkt of omgekeerd. Dit soort problemen is alleen te voorkomen, wanneer partijen het tijdig onderkennen en een, duidelijk vastgelegde, keus tussen de condities maken.

Wat het ontwerp niet regelt.

13. Een beperking ten opzichte van de artt. 925 t/m 935 K ligt reeds besloten in het opschrift: "sleepovereenkomst" tegenover "van het slepen van binnenschepen" in het W. v. K.

ze opmerkingen te ver voeren een en ander te analyseren. Zie voor een geval waar naast de eigenaar van de boot (Tonny) ook de partij die het sleepcontract had afgesloten is aangesproken H.R. 25 Mei 1962, N.J. 1963, no. 321, S. & S. 1962, 44 Tonto/Tonny en Tampomas, Käthe, waarover uitvoerig, maar niet op dit punt, J. Drion in W. P. N. R. 4784 v.

(31) Leyten, N.J.B. 1970, blz. 1337 en bevestigend antwoord Dorrestein, N.J.B. 1971, blz. 24; voorts over de uitleg van standaardregelingen: de Vos-Wittewaal, Onvoldoende verpakte bedoelingen in Bundel Hijmans van den Bergh, blz. 325.

(32) Zie Schadee in A.R. 1956, blz. 338.

(33) Molengraaff IV, blz. 2, 1237/8.

(34) Wel: Rb. Rotterdam 29 mei 1964, S. & S. 1964, 65 Marnet, Neeltje en Lena/Vulcaan 165, id. S. & S. 1965, 70 Jogra; Vertrouwen/Alpha en Annie Jacob; niet: Hof Den Haag 29 januari 1971, S. & S. 1971, 46 Vulcaan 164 en Trio.

Begrijpelijk is dan dat niet is overgenomen art. 933 "zowel bij de samenstelling van de sleeptrein en het vertrek als gedurende de reis moeten de bemanningen der sleepschepen zich gedragen naar de bevelen door de sleepboot gegeven" (35).

De Toelichting blz. 1414 geeft als reden dat de omstandigheden, waaronder een bepaling omtrent de leiding van de sleep zou moeten worden toegepast, vooral nu het ontwerp ook de aan zeeschepen verleende sleephulp bestrijkt, zo verschillend zijn dat het beter leek de regeling daarvan aan partijen en het gebruik over te laten. Bij dit laatste ware op te merken dat ten deze ook op reglementen moet worden gelet, zoals bijv. art. 43, lid 4 Vaarreglement: De schipper van een gesleept wordend vaartuig, geen zeevaartuig zijnd, is verplicht de orders van de kapitein van de sleepboot te volgen; en art. 1.02, lid 5, al. 3 R.P.R.: De schippers van schepen die deel uitmaken van een sleep, moeten de bevelen van de schipper van de sleep opvolgen.

Het is daarom de vraag of juist is de opmerking in de Toelichting dat, zou het ontwerp tot een algemene regeling overgaan, dit partijen herhaaldelijk tot contractuele afwijkingen zou dwingen. Partijen kunnen immers niet goed contractueel reglementsbepalingen op zij zetten. Overigens heeft ook het algemene voorschrift van art. 933 K geen wijziging van de sleepcondities teweeggebracht.

14. De vraag wie de leiding bij het slepen heeft, speelt een belangrijke rol bij aanvaringen van binnenschepen en zal dit ook blijven spelen i.v.m. art. 8.11.5, lid 3: Ieder vaartuig in een sleep is slechts aansprakelijk voor eigen schuld (36). Over het algemeen zal de leiding wel bij de boot worden gezocht, doch het is goed in het oog te houden dat slepen ook een vorm van samenwerking is tussen boot en schip (37). Het hangt van een groot aantal factoren af of de schipper op een gegeven moment moet ingrijpen en wel (38)

(35) Zie voor kritiek qua taal en inhoud Swart, Themis 1968, blz. 68.

(36) Ook bij zeeschepen, nu het ontwerp in de afdeling 8.6.1 art. 538 K niet overneemt, zie Toelichting bij art. 8.6.1.8, blz. 1352. De Franse wet van 3-1-1969, artt. 26-30 maakt een onderscheid tussen slepen van een zeeschip in een haven en op zee door de leiding in het eerste geval bij het schip en in het tweede bij de boot te leggen met daaraan vastgekoppeld een bewijslastomkering, doch partijen zijn vrij het omgekeerde overeen te komen m.b.t. de leiding van de sleep. In Engeland gaat het erom wie in feite de leiding van de sleep had, Marsden (1961), par. 230, 231; in de V.S. speelt het begrip "dominant mind" een grote rol, Gilmore & Black, The Law of Admiralty, blz. 424 v.

(37) Swart, Themis 1968, blz. 69.

(38) Bijv. H.R. 23 mei 1969, S. & S. 1969, 53 Fendel 24 en Schiedam/Twee Gebroeders.

of niet (39) zelfstandig iets moet doen, dan wel aan de boot moet opdragen anders te handelen (40), terwijl bij het uitvoeren van een speciale manoeuvre de aansprakelijkheid ook wel is verdeeld omdat schipper en kapitein nalieten tevoren overleg te plegen (41). Het is niet eenvoudig uit de rechtspraak een algemene richtlijn te halen (42), behoudens dan dat het opvalt dat schuld van het gesleepte schip over het algemeen slechts speelt, wanneer de schade van een derde groot is nl. groter dan het bedrag der beperkte aansprakelijkheid van de boot.

15. Het ontwerp zwijgt over het sleeploon; de Toelichting vermeldt dat het geen essentiale is van de sleepovereenkomst. Voor de betrokkenen zal het sleeploon meestal wel essentieel zijn, doch uit de jurisprudentie blijkt niet dat de onvolledige regeling (43) van het huidige W.v.K. problemen heeft opgeleverd die om een wettelijke regeling vragen. Bedacht moet worden dat er betrekkelijk uitvoerige tarieven bestaan voor verschillende soorten sleepwerk afhankelijk van afstand en tonnemaat. Voorts zijn de belangen van betrekkelijk bescheiden omvang (44).

Niet duidelijk is waarom het sleeploon verschuldigd door zeeschepen wél bevoorrecht is, art.8.3.3.8, lid 1, sub b en een dergelijk voorschrift in de binnenvaart, art.8.8.3.8 ontbreekt.

16. De conclusie van bovenstaande opmerkingen is dat indien dwingend recht gewenst geacht wordt het ontwerp in grote trekken aanvaardbaar is en dat, wordt een uitzondering voor de Algemeene

(39) Bijv. Hof Den Haag 14 mei 1965, S. & S.1965, 83 Ernst en Caland/Mabi 12 en Frisia.

(40) Hof Den Haag 28 november 1958, S. & S.1959, 36 Richard 8/Cura.

(41) Hof Den Haag 9 november 1960, S. & S.1961, 12 Bertha en Revenir (vervolg van H.R.6 maart 1959, S. & S.1959, 31, zie noot 17).

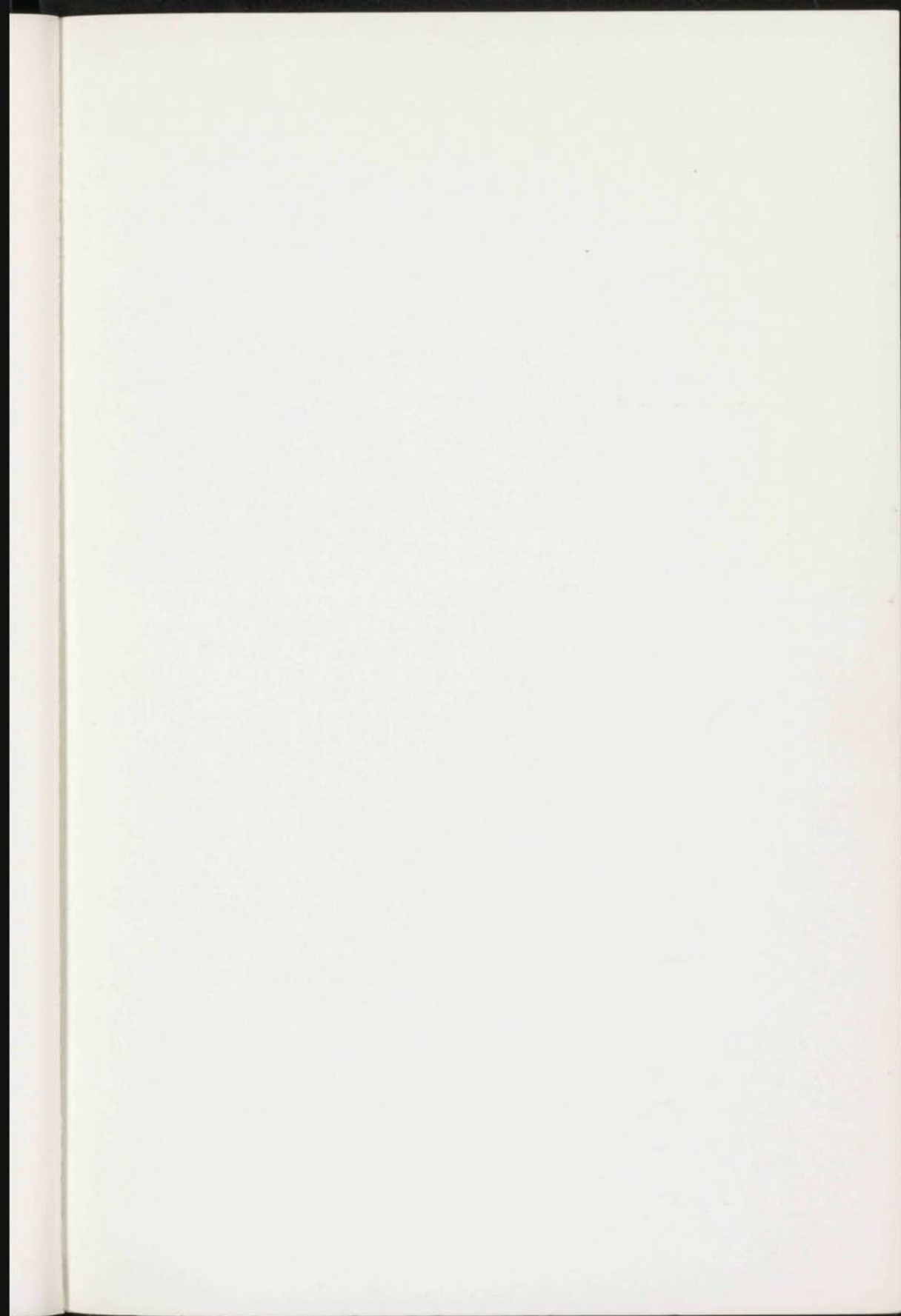
(42) Voor een uitvoerige analyse van meest Duitse rechtspraak zie Wassermeyer, Kollisionsprozess (1971), blz.251 v. die wel sterk voor de leiding van de boot geporteerd is: "Daran darf nicht gerüttelt zu werden, wenn nicht der Schleppverband seinen inneren Halt verlieren soll".

(43) Zie daarover Schut, blz.195 v.

(44) Zoals bijv. van een vergeefse reis naar een niet gereed schip dit in tegenstelling tot een vergeefse reis naar een aflaadhaven, vgl. Schadee, De Grote Lijnen J.P.A.1972, blz.306, zie ook het onder no.9 m.b.t. art.8.10.4.4, lid 3 en art.8.10.4.5 opgemerkte.

X
 Sleepconditiën 1919 en de Nederlandse Sleepdienstconditiën 1951
 gewenst geacht, met een enkel artikel in afdeling 8.10.5 zou kun-
 nen worden volstaan (45).

(45) Zodat de binnensleepvaart er iets toe bijdraagt verstopping
 van de "parlementaire wetgevingskanalen" (vgl. Verburgh, N.J.B.
 1973, blz. 339) tegen te gaan.



ISBN 90 271 0913 3