

De toepasselijkheid van het CMR-verdrag op ferryvervoer

Carlijn ten Bruggencate

1. Art. 2 CMR

- 1.1 Voor de pauze heeft Ernst uitgelegd dat de hoofdregel van art. 2 CMR is dat het CMR-verdrag blijft gelden tijdens stapelvervoer. Het is een regel die de Engelse delegatie heeft ingebracht tijdens het opstellen van het verdrag. Zij realiseerden zich dat als het verdrag alleen zou gelden voor internationale transporten die volledig over de weg worden uitgevoerd, zij er op het eiland vrijwel niets aan zouden hebben. Daarom is opgenomen dat als het vervoermiddel dat voor het transport over de weg wordt ingezet, tijdens dat transport zelf wordt vervoerd, het verdrag dan blijft gelden. *So far so good*. Maar het venijn van de regeling zit 'm in de staart en die staart is in dit geval behoorlijk lang.
- 1.2 Ernst heeft ook verteld dat onder bepaalde omstandigheden de aansprakelijkheid van een wegvervoerder toch niet wordt bepaald door het verdrag. In dat geval rijst natuurlijk de vraag: welke regels zijn dan wel van toepassing op aansprakelijkheid van de vervoerder?

2. Wat geldt er als het CMR niet geldt ?

- 2.1 Omdat de teksten van het verdrag in de diverse talen niet helemaal gelijk zijn en alleen de Engelse en de Franse tekst leidend zijn, geef ik het relevante deel van art. 2 weer in het Engels:

[...] the liability of the carrier by road shall be determined not by this convention but in the manner in which the liability of the carrier by the other means of transport would have been determined if a contract for the carriage of the goods alone had been made by the sender with the carrier by the other means of transport in accordance with the conditions prescribed by law for the carriage of goods by that means of transport.

- 2.2 Ontleed in gewone mensen taal komt dat neer op het volgende. Er moet een hypothetische overeenkomst worden geconstrueerd tussen de afzender en de niet-wegvervoerder voor het stuk van het vervoer dat niet over de weg plaatsvindt. In theorie geldt art. 2 CMR voor alle vervoersmodaliteiten waarmee een beladen trailer wordt vervoerd. De 'niet-wegvervoerder' kan dus een luchtvaartmaatschappij, een spoorvervoerder, een binnenvaartschipper of een zeevervoerder zijn. Maar in de praktijk wordt een beladen trailer niet in een vliegtuig gezet en ook nauwelijks op een binnenschip of op een trein. In vrijwel alle gevallen heb je het bij stapelvervoer over zeevervoer. Daarom bespreek ik specifiek dat soort stapelvervoer. Dit betekent dat vrijwel altijd een hypothetische overeenkomst moet worden geconstrueerd tussen de afzender en een ferryvervoerder voor een stuk zeever-

voer. In de casus is dat een overeenkomst tussen Future Electronics en TFC voor het vervoer van Marseille naar de Tunesische haven. Vervolgens moet worden bekeken welke “conditions prescribed by law” oftewel welke “wettelijke bepalingen van dwingend recht” er op die hypothetische overeenkomst van toepassing zijn. Aan de hand van die bepalingen wordt vervolgens gekeken of de wegvervoerder aansprakelijk is. Als er niet zulke bepalingen van dwingend recht zijn, is toch het CMR van toepassing, zo schrijft art. 2 tot slot voor. Het is dus best een puzzel om vast te stellen of de aansprakelijkheidsregels van het verdrag in een bepaald geval wel of niet gelden en zo nee, welke dan wel.

Het CMR-verdrag blijft gelden, alleen de aansprakelijkheidsregels wijken

2.3 Ik schreef hierboven overigens dat de hoofdregel van art. 2 is dat het CMR-verdrag blijft gelden. Dat zou ik eigenlijk nauwkeuriger moeten omschrijven: de hoofdregel is dat het *hele* verdrag blijft gelden tijdens stapelvervoer. Ook wanneer aan alle voorwaarden voor de uitzondering is voldaan, blijft het verdrag namelijk van toepassing. Alleen de *aansprakelijkheidsregels* wijken eventueel ten gunste van andere, dwingende aansprakelijkheidsregels. De artikelen in het CMR-verdrag over de vrachtbrief, de bewijsvermoedens die men daaraan ontleent, over aansprakelijkheid van de afzender jegens de vervoerder (bijvoorbeeld voor schade aan de vrachtwagen door slechte verpakking), over het beschikingsrecht en het vorderingsrecht, die over de protesttermijn, bewijsvermoedens over schade, jurisdictie, verjaring, die over opvolgend vervoer en het verbod om af te wijken van de bepalingen in het verdrag blijven in alle gevallen gelden.

3. De “wettelijke bepalingen van dwingend recht”

3.1 Terug naar de hypothetische overeenkomst tussen de afzender en de ferryvervoerder. Welke ‘wettelijke bepalingen van dwingend recht zouden daarop van toepassing kunnen zijn? Het toepassen van recht op een overeenkomst die in werkelijkheid niet is gesloten, roept een hoop vragen op. Want hoe moet je een overeenkomst beoordelen die niet echt bestaat? Moet je kijken naar de - wel bestaande - overeenkomst tussen de ferryvervoerder en de wegvervoerder, en die projecteren op de hypothetische overeenkomst tussen ferryvervoerder en afzender? Zo nee, hoe moet je dan de inhoud vaststellen van die niet bestaande overeenkomst? En hoe dwingend moeten die wettelijke regels precies zijn die de aansprakelijkheid van de wegvervoerder gaan beheersen? Mag dwingend recht ook dwingend nationaal recht zijn, zoals bepaalde delen van het Nederlands nationaal vervoerrecht dwingend zijn? Of worden met dwingende regels alleen verdragen bedoeld zoals de Hague Rules (“HR”) en de Hague Visby Rules (“HVR”)?

3.2 En hoe dwingend zijn die verdragen eigenlijk? De HVR gelden alleen dwingend als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Zo zijn zij uitsluitend van toepassing op cognossementen, en dus niet op vervoer waarbij geen cognossement is afgegeven. Evenmin zijn de HVR van toepassing op een overeenkomst tot vervoer aan dek, wanneer de goederen

inderdaad aan dek worden geladen, of op vervoer van levende dieren. Op dat soort transporten kun je de HR of HVR wel via een rechtskeuze van toepassing verklaren, maar ze gelden dan niet dwingend. Ferryvervoerders geven typisch geen cognossement af, en vaak worden beladen trailers aan dek geplaatst. De eventuele toepassing van de HVR op een hypothetische overeenkomst tussen een afzender en een ferryvervoerder wringt dus wat. Om die reden heeft een aantal rechters in ons omringende landen in gevallen zoals Ernst en ik die net hebben besproken geoordeeld, dat de HVR niet van toepassing zijn op de hypothetische overeenkomst tussen de afzender en de ferryvervoerder. In 1990 heeft de Nederlandse Hoge Raad een uitspraak gedaan over een dergelijk geval, en daarmee is voor de Nederlandse rechtssfeer een aantal vragen beantwoord.

4. **De *Gabriele Wehr***

- 4.1 Dat geval ging om een aantal trailers met auto-onderdelen van Volvo die vervoerder Nilsson in haar opdracht van Zweden naar Nederland zou vervoeren. Het traject van Göteborg naar Rotterdam besteedde Nilsson uit aan ferryvervoerder Tor Lloyd. Deze laadde de trailers in november 1981 op het m/v “Gabirele Wehr” voor het voorgenomen vervoer naar Nederland. Onderweg kwam het schip in een uitzonderlijk zware storm terecht, waardoor de auto-onderdelen in de trailers beschadigd raakten. De gesubrogeerde verzekeraars van Volvo spraken Nilsson aan tot vergoeding van fl 560.000. Zij hadden hun vordering gegrond op het CMR-verdrag, omdat Volvo en Nilsson een overeenkomst van wegvervoer hadden gesloten. Nilsson verweerde zich echter door te stellen dat de HVR haar aansprakelijkheid beheersten en dat haar op grond van dat verdrag een beroep op overmacht toekwam. Toepasselijkheid van de HVR in haar relatie met Volvo baseerde zij op art. 2 CMR. De rechtbank meende dat de HVR niet dwingend van toepassing waren op de fictieve overeenkomst tussen Volvo en Tor Lloyd. Tor Lloyd had namelijk geen cognossement afgegeven en de trailers werden aan dek vervoerd. Op dergelijk vervoer zijn de HVR niet dwingend van toepassing, aldus de rechtbank. Dat Tor Lloyd en Nilsson in hun relatie wel voor toepasselijkheid van de HVR hadden gekozen maakte dit niet anders, aldus rechtbank. Een rechtskeuze tussen die twee partijen bond Volvo immers niet. En bovendien is recht dat geldt omdat het is gekozen, geen dwingend recht. Via sprongcassatie kwam de vraag naar het op de fictieve overeenkomst toepasselijke recht voor te liggen aan de Hoge Raad.
- 4.2 Die heeft een oordeel moeten geven op basis van zeer beperkte buitenlandse jurisprudentie en verdeeldheid onder de professoren die zich hierover in allerlei teksten sinds de jaren 80 een mening hebben gevormd. De Hoge Raad had bovendien niet de beschikking over de onderhandelingsstukken ten aanzien van de totstandkoming van het CMR. Die zijn namelijk nooit publiek geworden. Overigens is het enige dat daarvan bekend is, dat die stukken uiterst summier zijn. Het gerucht wil dat de tekst van het verdrag op veel punten een compromis is waarvan iedere delegatie zijn eigen interpretatie had, die wellicht bewust niet is uitgeschreven. Desondanks heeft de Hoge Raad vooral gepro-

beerd om het doel van art. 2 CMR bloot te leggen, en hij komt daarbij tot drie conclusies:

- a) In de eerste plaats blijkt uit de preambule (de inleiding) bij het verdrag dat het doel ervan is om “de aansprakelijkheid van de wegvervoerder op eenvormige wijze te regelen”. Volgens de Hoge Raad hadden de opstellers van het verdrag vooral rechtszekerheid voor ogen: aan de hand van objectieve factoren moet steeds gemakkelijk duidelijk zijn welk recht er geldt. Ten tijde van het schrijven van het CMR-verdrag bestonden de Hague Visby Rules, het CIM en het verdrag van Warschau al. Die verdragen bevatten objectief eenvormig recht en waren specifiek afgestemd op respectievelijk het zeevervoer, spoorvervoer en luchtvervoer en de specifieke risico's en de bijzonder aard van die soorten vervoer. Kennelijk hebben deze verdragen de opstellers van het CMR voor ogen gestaan bij het schrijven van art. 2 CMR, aldus de HR.
- b) Een gedachte van de opstellers zal ook zijn geweest dat als de wegvervoerder met de zeevervoerder niet van de regels voor zeevervoerder heeft kunnen afwijken omdat die dwingend zijn, hij door de afzender niet aan een ander regime, zijnde het CMR mag worden gebonden. Hij zou dan in een regresgat kunnen vallen en de bedoeling van art. 2 CMR is om dat te voorkomen.
- c) Bovendien moet er in het CMR-verdrag, en ook in de regeling over stapelvervoer, evenwicht zijn tussen de belangen van de afzender en die van de vervoerder.

Met deze doelen in het achterhoofd beantwoordt de Hoge Raad vervolgens de diverse praktische vragen die voorliggen:

4.2.1 Hoe dwingend moet het andere recht zijn om in aanmerking te komen om te worden toegepast?

De Hoge Raad constateert dat het CMR-verdrag het meest dwingend is van alle regelingen. Zo mag van de aansprakelijkheidslimiet van 8,33 SDR bijvoorbeeld niet worden afgeweken, die mag niet omhoog en niet omlaag. Spreken partijen toch een andere aansprakelijkheidslimiet af, dan is die afspraak nietig. Wanneer de HVR gelden, mag dat wel: het is toegestaan om voor zeevervoer waarop de HVR van toepassing zijn een hogere limiet af te spreken, die dus nadeliger is voor de zeevervoerder dan het verdrag. De HVR zijn daarmee minder dwingend dan het CMR-verdrag, zo constateert de Hoge Raad. Zou art. 2 CMR vereisen dat een andere regeling, om in aanmerking te komen om te worden toegepast, minstens net zo dwingend moet zijn als het CMR, dan komt geen enkele regeling in aanmerking. Dat kan niet de bedoeling zijn, aldus de Hoge Raad. Hij komt dan terug op zijn uitgangspunt: blijkbaar hebben de verdragsopstellers voor ogen gehad dat op zeevervoer als onderdeel van wegvervoer de HVR worden toegepast.

4.2.2 Wat te doen met de eigen regels over toepasselijkheid van dat andere verdrag?

De HVR geven regels voor hun eigen toepasselijkheid. Zo zijn ze onder meer alleen van toepassing op zeevervoer onder cognossement. Tussen de stapelvervoerder en de wegvervoerder (Tor Lines en Nilsson) was niet afgesproken dat een B/L zou worden afgege-

ven en was die ook niet afgegeven. Moet daarom worden aangenomen dat ook in de fictieve relatie tussen Tor Lines en Volvo geen B/L zou zijn afgegeven? Dit is de oplossing waar de Advocaat-Generaal, de adviseur van de Hoge Raad, voor koos. Die meende dat de fictieve overeenkomst tussen afzender en ferry-vervoerder moet worden gestoeld op de overeenkomst die in werkelijkheid werd gesloten tussen de wegvervoerder en de ferryvervoerder. Op die overeenkomst zijn de HVR niet van toepassing omdat daar geen B/L is afgegeven. Ook op de fictieve overeenkomst moeten daarom de HVR niet worden toegepast, aldus de AG. Maar de Hoge Raad volgde de AG ditmaal niet. Dat komt overigens niet zo vaak voor, en bevestigt hoe moeilijk het is om over deze materie een knoop dor te hakken. De hypothetische overeenkomst moet juist niet de werkelijk gesloten overeenkomst van de ferryvervoerder met de wegvervoerder volgen, zo zegt de Hoge Raad. En wel om twee redenen. In de eerste plaats moet men nu juist aanknopen bij objectieve criteria om het toepasselijk recht vast te stellen. De feiten en omstandigheden uit de werkelijk gesloten overeenkomst tussen stapelvervoerder en wegvervoerder moeten dus niet worden geprojecteerd op de fictieve overeenkomst. Bovendien, zo zegt de Hoge Raad verder, worden door ferryvervoerders in de regel geen B/Ls afgegeven. Dat zou betekenen dat het CMR-verdrag nooit wijkt voor de HVR. En dat spoort niet met de bedoeling van de opstellers van de CMR, want die wilden de HVR van toepassing hebben op stapelvervoer van een beladen vrachtwagen over zee. Om deze twee redenen wordt het feit dat de ferryvervoerder geen B/L heeft afgegeven aan de wegvervoerder, het feit van algemene bekendheid dat ferryvervoerders dat vrijwel nooit doen en het feit dat de wagen aan dek is geladen, genegeerd bij het vaststellen van de toepasselijke regels.

5. Maakt het uit welk verdrag geldt?

- 5.1 Maakt het eigenlijk uit of het CMR-verdrag geldt of de HVR? Als het vervoer zonder incidenten verloopt niet, maar als er zich onderweg schade kan de toepasselijkheid van het ene of het andere verdrag aanzienlijke invloed hebben op de afwikkeling daarvan.
- 5.2 Iedereen zal zich realiseren dat de aansprakelijkheidslimieten uit de verdragen sterk verschillen. In de HVR is een collolimiet opgenomen van ongeveer 667 SDR. Bij een heel laag gewicht van de goederen kan die hoger uitkomen dan de kilolimiet uit het CMR-verdrag. Maar in de meeste gevallen wordt schade vergoed aan de hand van de kilolimieten, en dan is de 8,33 SDR uit het CMR ruim viermaal meer dan de limiet van 2 SDR per kilo uit de HVR. Bij een zending met een aanzienlijk gewicht scheelt de toepasselijkheid van de ene of de andere limiet dus fors.
- 5.3 Bovendien kan een vervoerder in bepaalde geval volgens het ene verdrag wel, en volgens het andere niet aansprakelijk zijn. Volgens het CMR-verdrag is een wegvervoerder bijvoorbeeld aansprakelijk voor fouten van zijn ondergeschikten of van andere personen of bedrijven die hij inzet om het vervoer uit te voeren. Voor schade door opzet of bewuste roekeloosheid van die personen is de wegvervoerder zelfs onbeperkt aansprakelijk. Vol-

gens de HVR is een vervoerder o.m. niet aansprakelijk voor schade die wordt veroorzaakt door een fout in de navigatie van het schip door de kapitein, de loods, een lid van de bemanning of een ondergeschikte. Vaart een dronken kapitein het schip met vaart op een zandbank waardoor de lading overboord gaat, dan is een vervoerder daarvoor volgens de HVR dus wellicht niet aansprakelijk, en volgens het CMR-verdrag onbeperkt. Verder kennen de HVR bijvoorbeeld de brandexceptie, waardoor de vervoerder ook voor brand in principe helemaal niet aansprakelijk is. In het CMR-verdrag staat zo'n bijzondere ontheffing van aansprakelijkheid niet.

6. De gevolgen van de *Gabriele Wehr*

- 6.1 Waar laat de *Gabriele Wehr* uitspraak ons nu precies? De Hoge Raad hangt zijn oordeel daarin op aan drie doelen die volgens hem schuilgaan achter art. 2 CMR. Maar worden die doelen anno 2015 door art. 2 CMR en de interpretatie die de Nederlandse Hoge Raad daaraan geeft, eigenlijk bereikt?

A. Rechtszekerheid

- 6.2 Bij ander multimodaal vervoer dan stapelvervoer is de zoektocht naar de toepasselijke regels een stuk complexer dan bij stapelvervoer. Bij dat andere multimodale vervoer moet eerst het toepasselijke recht worden vastgesteld, wat o.m. afhangt van de plaats waar over een schade wordt geprocedeerd. Vervolgens moet worden gezien of dat toepasselijke recht een verdrag omvat of alleen nationale regels. Het kan zijn dat de afzender wordt geconfronteerd met toepasselijk recht dat hij zich van te voren niet had kunnen voorstellen en waar hij ook niet gelukkig mee is. Bij stapelvervoer is de keuze beperkt en dus veel overzichtelijker. Ten aanzien van onderwerpen die niet rechtstreeks aansprakelijkheid betreffen geldt altijd het CMR-verdrag. Dat geeft al een hoop zekerheid en een helder startpunt. Aansprakelijkheid van de wegvervoerder voor schade tijdens het wegtraject van het gecombineerde transport en schade waarvan onduidelijk is op welk deel van het traject die is ontstaan, is onderworpen aan het CMR-verdrag. Aansprakelijkheid voor schade tijdens het zeetraject van het gecombineerde vervoer is ofwel onderworpen aan het CMR-verdrag, ofwel aan een ander dwingend toepasselijk verdrag. In negen van de tien gevallen zal dat andere verdrag de HVR zijn. Qua aansprakelijkheid zijn er eigenlijk maar twee smaken denkbaar. Het kan dus niet gebeuren dat een van de partijen plots wordt geconfronteerd met de toepasselijkheid van voor hem onbekende aansprakelijkheidsregels uit bijvoorbeeld nationaal IJslands recht, zoals in de *Godafoss* zaak (Hoge Raad 1 juni 2012, NJ 2015/516).
- 6.3 Deze beperkte keuze sluit bovendien uit dat de wegvervoerder zijn aansprakelijkheid voor schade tijdens het ro-ro vervoer helemaal uitsluit of heel sterk beperkt. De wegvervoerder kan geen eigen regels schrijven of algemene voorwaarden van toepassing verklaren op het zeedeelte van het stapelvervoer. Zijn aansprakelijkheid wordt in alle gevallen

beheerst door ofwel de regels uit het CMR, ofwel die uit de HVR of een ander dwingend verdrag.

- 6.4 Welke van die twee verdragen geldt ten aanzien van schades tijdens het zeetraject, het CMR of de HVR, dat blijft echter tobben. Het lijkt er sterk op dat de Hoge Raad er in het arrest *Gabriele Wehr* voor pleit dat de HVR van toepassing zijn op de hypothetische overeenkomst tussen afzender en ferryvervoerder. Maar zo precies staat het er nu ook weer niet. De Hoge Raad geeft weliswaar een sterke hint, maar doet de zaak niet zelf af en verwijst die terug naar een Hof om een eindoordeel te vellen. Dat eindoordeel is er echter niet gekomen, althans het is niet gepubliceerd. Of er ergens een ongepubliceerd arrest op de plank ligt, of de zaak is geschikt en zo ja hoe, dat is niet bekend. Daardoor heeft het arrest *Gabriele Wehr* niet definitief een einde aan de onzekerheid gemaakt. Zo oordeelden de rechtbank Rotterdam en het Hof Den Haag midden en eind jaren 90 over het geval de *Duke of Yare*. Dat ging om vervoer van Bergen op Zoom naar Engeland door Frans Maas in opdracht van General Plastic. Frans Maas liet het ferryvervoer van Scheveningen naar de Engelse haven uitvoeren door Norfolk Line. Die stuitte op volle zee op een sterk in kracht toenemende orkaan en de aan dek geladen trailers gingen overboord. Rechtbank en Hof moesten de vraag beantwoorden of op het ferryvervoer het CMR-verdrag van toepassing was, zoals ladingverzekeraars betoogde, of de HVR, zoals Frans Maas betoogde. De rechtbank verwees weliswaar naar de overwegingen van de Hoge Raad in de *Gabriele Wehr*, maar paste ze eigenlijk niet toe. Ze geeft Frans Maas de opdracht om te bewijzen dat General Plastic en Norfolk Line in een hypothetische overeenkomst zouden hebben afgesproken dat er een B/L zou worden afgegeven en dat de trailers niet aan dek zouden worden geladen. Alleen als dat vast staat, zo schrijft de rechtbank, zouden de HVR dwingend van toepassing zijn op die hypothetische overeenkomst. Zou Frans Maas niet aan deze bewijsopdracht voldoen, dan geldt het CMR. Uiteindelijk besluiten zowel rechtbank als Hof dat het niet uitmaakt of het CMR-verdrag geldt of de HVR, omdat Frans Maas zich onder beide met succes op een overmachtsbepaling kan beroepen. Zij laten de vraag naar het toepasselijke recht dan ook in het midden, maar niet dan nadat zij duidelijk hebben gemaakt hoe dat recht in een ander geval zou moeten worden vastgesteld; namelijk door aan de hand van werkelijke feiten te laten bewijzen hoe de fictieve overeenkomst er uit zou hebben gezien. Een dergelijke bewijsopdracht past niet in de gedachtegang van de Hoge Raad in de *Gabriele Wehr*, die juist wil abstraheren van de omstandigheden die relevant zijn voor de toepasselijkheid van de HVR volgens de eigen regels van het verdrag, en de HVR wil toepassen op het ferrytraject omdat ze objectief recht vormen. Het arrest van de Hoge Raad vindt men kennelijk niet dermate duidelijk of bevredigend, dat die als een leidraad wordt beschouwd over hoe art. 2 CMR moet worden uitgelegd. En daarmee is de knoop over het op het ferryvervoer toepasselijke recht nog niet echt doorgehakt.

Voorkomen regresgat

- 6.5 Volgens de Hoge Raad is de ratio van art. 2 dat het onbillijk zou zijn van de afzender om de wegvervoerder te houden aan het CMR-verdrag, als die wegvervoerder niet vergelijkbare voorwaarden heeft kunnen afspreken met de zeevervoerder. Oftewel: de verdragstopstellers wilden voorkomen dat de wegvervoerder na het vergoeden van schade aan de afzender in een regresgat zou vallen. De impliciete gedachte is blijkbaar dat tussen de wegvervoerder en de ferryvervoerder de HVR gelden. En dat is natuurlijk niet zo. Want tussen hen staat daaraan in de weg dat er geen B/L is afgegeven, en/of dat de lading aan dek is vervoerd. Tussen hen geldt dus het nationale zeerecht waarvoor is gekozen in het transportdocument of - bij gebreke daarvan - in onze casus waarschijnlijk Tunesisch, Frans of Nederlands recht. Het kan goed zijn dat de aansprakelijkheidsregels in dat recht anders zijn dan die van de HVR. Naar Nederlands nationaal zeerecht is het bijvoorbeeld mogelijk om aansprakelijkheid voor schade tijdens de zeereis helemaal uit te sluiten. Zodoende wordt het doel van art. 2 CMR, namelijk om aansprakelijkheid van de wegvervoerder jegens de afzender gelijk te laten lopen aan aansprakelijkheid van de zeevervoerder jegens hem, niet bereikt.
- 6.6 De consequentie van deze keuze is dat de wegvervoerder aan de afzender zal moeten betalen conform de HVR, terwijl hij wellicht helemaal geen regres heeft op de stapelvervoerder. Die zal zijn aansprakelijkheid, bij gebreke van dwingende regels, namelijk waarschijnlijk hebben uitgesloten, of verdergaand hebben beperkt dan de HVR doen. Een deel van de schade blijft dus bij de wegvervoerder liggen, die geen enkele schuld heeft aan de schade, en ook niet de ondernemer is die het risico behoort te dragen in de goederen. Uit dit oogpunt zou het logischer zijn om de fictieve overeenkomst tussen de afzender en stapelvervoer gelijk te laten lopen aan de in werkelijkheid gesloten overeenkomst tussen de wegvervoerder en de stapelvervoerder. De afzender verkrijgt dan de schade voor zover die volgens de voorwaarden van de ferryvervoerder verhaalbaar is, en de wegvervoerder blijft niet met niet verhaalbare restschade zitten. Maar vergeet niet: die keuze laat het verdrag niet. Het is kiezen tussen het CMR-verdrag of de HVR.

Belangenafweging

- 6.7 Dit brengt mij op het laatste doel waarvan de Hoge Raad heeft geconstateerd dat het schuilt achter art. 2 CMR; een evenwichtige afweging tussen de belangen van de afzender enerzijds en die van de wegvervoerder anderzijds. En die pleit sterk voor de interpretatie die de Hoge Raad geeft aan het artikel over stapelvervoer.
- 6.8 Toepassing van de HVR op de fictieve overeenkomst tussen de afzender en de wegvervoerder lijkt in eerste instantie niet logisch. Iedereen kan immers op zijn klompen aanvoelen dat als die partijen werkelijk een overeenkomst zouden hebben gesloten, de HVR daarop niet van toepassing zouden zijn. In dat geval zou de ferryvervoerder immers naar

alle waarschijnlijkheid geen B/L afgeven, en is de kans aanzienlijk dat wordt afgesproken dat de trailers aan dek worden geladen en dat dat ook daadwerkelijk gebeurt. Maar er zijn maar twee alternatieven ten opzichte van toepassing van de HVR, en beide lijken slechter te zijn dan de keuze van de Hoge Raad. Het eerste alternatief is dat, bij gebreke van de toepasselijkheid van dwingende regels, toch het CMR geldt. Dat is prettig voor de afzender, want die weet precies waar hij aan toe is en hij krijgt de hoogst mogelijke limiet. Maar de wegvervoerder kan zich niet beroepen op typische zeerechtelijke overmachtgronden die de ferryvervoerder wel kan invoeren. Bovendien is de ferryvervoerder naar alle waarschijnlijkheid aansprakelijk jegens de wegvervoerder volgens een regime dat gelijk is aan of gunstiger dan de HVR. Moet de wegvervoerder aan de afzender afrekenen volgens het CMR-verdrag, dan valt hij dus in een veel groter regresgat dan wanneer tussen hem en de afzender de HVR zouden gelden.

- 6.9 Het tweede alternatief is dat tussen de afzender en de wegvervoerder hetzelfde geldt wat er tussen de wegvervoerder en de ferryvervoerder geldt. In dat geval heeft de wegvervoerder helemaal geen regresgat. Dat zou voor de afzender echter een heel gekke situatie opleveren. Omdat er tussen de ferryvervoerder en de wegvervoerder geen dwingend recht van toepassing zal zijn, kan de ferryvervoerder zijn aansprakelijkheid meestal regelen zoals hij dat zelf wil in zijn voorwaarden. De afzender kent die voorwaarden niet. In dit scenario zou hij dus gebonden zijn aan voorwaarden die hij van tevoren niet kent, die hij niet heeft geaccepteerd en die hij achteraf mogelijk niet eens gemakkelijk kan raadplegen. Hij kan bovendien niet controleren wat de ferryvervoerder en de wegvervoerder precies hebben afgesproken, omdat hij niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken is geweest. Deze route is niet alleen juridisch onzuiver, maar ook vreselijk onpraktisch. Kijkend naar de afweging van de belangen van de afzender en de wegvervoerder, heeft de Hoge Raad dus het minst onwenselijke scenario gekozen.

7. Bespreking casus

- 7.1 Na de uitleg van de theorie achter art. 2 CMR kom ik terug op de geschetste casus. Mevrouw Zand zegt Future Electronics dat ze zal betalen wat zij zelf krijgt van de TFC. Dat is in zijn algemeenheid nooit een steekhoudend argument. Wat zij van haar ondervervoerder krijgt en of die dat kan betalen, levert haar hoe dan ook geen verweer op richting haar opdrachtgever. In de casus die Ernst en ik bespraken zijn - in elk geval volgens de interpretatie van de Hoge Raad in de *Gabriele Wehr* - de HVR van toepassing op aansprakelijkheid van Dusty Roads ten opzichte van Future Electronics. Of THC in een hypothetische overeenkomst met Future Electronics wel of geen B/L zou hebben afgegeven maakt niet uit, en of zou zijn afgesproken dat de trailers aan dek zouden worden geladen, evenmin. Vanwege de algemene voorwaarden van TFC gelden tussen TFC en Dusty Roads de HVR, en dat is een geluk voor Dusty Roads. Het is er echter niet de reden van dat zij zich jegens Future Electronics kan beroepen op de HVR. Als in de voorwaarden van TFC Tunesisch recht van toepassing zou zijn verklaard en zij haar aansprakelijkheid

daarin volledig zou hebben uitgesloten, zouden tussen Dusty Roads en Future Electronics nog altijd de HVR gelden.

- 7.2 Mevrouw Zand legde Future Electronics ook uit dat de ontstane schade alleen kon voortvallen tijdens zeevervoer. Alleen daardoor kon de brand overspringen van de ene trailer op de andere, en alleen daardoor ging de hele lading elektronica verloren, zo stelde zij. Ook dat is echter niet relevant. Of de brand *uitsluitend* aan boord kon plaatsvinden is immers niet het criterium voor toepasselijkheid van de HVR. Het gaat erom of de brand zich *feitelijk* aan boord heeft voorgedaan, en niet tijdens het rijden over de weg.
- 7.3 Mevrouw Zand kletste dus maar een eind weg, maar haar verzekeraar trok wel de juiste conclusie: de HVR gelden en Dusty Roads komt een beroep toe op de brandexceptie. Zij hoeft niets te betalen aan Future Electronics, tenzij Future Electronics zou bewijzen dat Dusty Roads betrokkenheid heeft bij de brand.
