



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Avonturen van de zee. Hoe is een transnationale uitleg van eenvormig privaatrecht mogelijk?

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1994). Avonturen van de zee. Hoe is een transnationale uitleg van eenvormig privaatrecht mogelijk? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, (5), 203-213. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3217>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3217>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Mr. J.H. Nieuwenhuis
Avonturen van de zee

Hoe is een transnationale uitleg van eenvormig privaatrecht mogelijk?

De mens, hij wentelt eeuwig rond De reizen en avonturen van mijnheer Prikkebeen vormen een onuitputtelijke bron van rechtsgeleerde overpeinzing

*De mens, hij wentelt eeuwig rond
Tien-, twintigmaal vliegt Prikkebeen
Gewichtloos om de scheepsmast heen
En zonder in te zien waarom,
Besluiten ook de ratten 'Kom,
Ook wij gaan vrolijk om en om'
Inmiddels is er iets ontstaan
Dat wel wat heeft van een orkaan
Bemannung, passagiers en vracht,
Ze worden in één baan gebracht
Het schip maakt per seconde acht
Omwentelingen 't Wordt steeds gekker
Het draait gelijk een kurketrekker*

De afloop is bekend

*Intussen is het schip gestrand
En allerminst met zachtheid, want
De Algerijnse wallekant
Is, net als alle wallekanten,
Niet opgebouwd uit varenplanten ¹*

De vraag is natuurlijk al bij U opgekomen is de vervoerder aansprakelijk voor de schade aan de lading?

In dit gezelschap² zal het vroegklassieke woord van Labeo, zo het al niet reeds aanstonds de doorslag geeft, toch in ieder geval het meest voor de hand liggen Is de schade het gevolg van zeeroverij of schipbreuk, dan is de vervoerder niet aansprakelijk ³ Toch verdient het aanbeveling het hierbij niet te laten en ook het Verdrag van 25 augustus 1924 ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement te raadplegen Het overgrote deel van het internationale zeevervoer wordt immers bestreken door deze zogeheten Hague-Visby Rules die ingevolge art 8 371 BW in de daar aangegeven – talrijke – gevallen ook door de Nederlandse rechter moeten worden toegepast

1 Gerrit Komrij en Rodolphe Topffer, De zonderlinge avonturen van Primus Prikkebeen, Amsterdam 1980, p 54 e v

2 Het symposium 'Ius nullo continetur tempore' bij gelegenheid van het afscheid op 2 november 1993 van Prof mr J M J Chorus als hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden

3 Digesten 4 9, 3, 1

Het verdrag wordt zelden geprezen om zijn heldere systematiek. Duister is bijvoorbeeld de verhouding tussen art III, lid 1 (vgl. art. 8:381 BW), dat de vervoerder verplicht tot een redelijke zorg voor de zeewaardigheid van het schip, en het tweede lid van art. IV (vgl. art. 8:383 lid 2) dat een groot aantal omstandigheden opsomt die de vervoerder bevrijden van zijn aansprakelijkheid. De vervoerder is niet aansprakelijk voor verlies of schade ontstaan of voortgevloeid uit onheilen van de zee, een 'acte de Dieu' (in de, niet-authentieke, Nederlandse tekst gesecculariseerd tot 'een natuurgebeuren'), een handeling of een nalaten van de afzender, onvoldoende verpakking van de vervoerde zaken of een van de twaalf overige bevrijdende feiten. Voor de één (Sir Leslie Scott, die aan Engelse zijde betrokken was bij de totstandkoming van de Hague Rules) stuiten we hier op de stenen tafelen van Moses, voor een ander is de opsomming van artikel IV, vanwege haar casuïstisch karakter eerder een lijst voor de bonte was.

In ons land is de heersende leer geneigd voorrang te verlenen aan art. III, en wel aldus dat indien komt vast te staan dat het ontbreken van een redelijke zorg voor de zeewaardigheid van het schip heeft geleid tot het ontstaan van schade, dit feit als de exclusieve oorzaak moet worden aangemerkt, zodat de vervoerder ter afwering van zijn aansprakelijkheid zich niet met vrucht kan beroepen op de bevrijdende oorzaken van art. IV, lid 2.⁴ In de twee recente commentaren op het (zee)vervoersrecht, Korthals Altes–Wiarda (1980) en Boonk (1993), wordt de heersende opvatting evenwel bestreden en wordt verdedigd dat een verdeling van de schade tussen vervoerder en ladingbelanghebbende op haar plaats is in geval van samenloop van het ontbreken van de vereiste zorg voor de zeewaardigheid van het schip en een bevrijdende oorzaak genoemd in art. IV, lid 2.⁵

Het schip van mijnheer Prikkebeen strandde op de Algerijnse kust. Wat was de oorzaak? Onvoldoende zorg voor de zeewaardigheid? De interventie van de ratten? Of moet worden aangenomen dat de schade is ontstaan of voortgevloeid uit een onheil van zee, nu het schip is terechtgekomen in een orkaan? Hoe moet de uitleg van de Hague-Visby Rules worden aangevat? Uit welke bron dient te worden geput? Een keuze uit drie

I De begrippen van de Hague-Visby Rules, zoals schade ontstaan of voortgevloeid uit onheilen van zee hebben hun oorsprong in het Anglo-Amerikaanse recht. Hun strekking moet dan ook in dat recht worden gevonden. Aldus het Amsterdamse Hof naar aanleiding van de lotgevallen van de 'Pericles' op de rede van Salaverry.⁶

II Toepassing van de Hague-Visby Rules door de Nederlandse rechter dient te geschieden tegen de achtergrond van de in Nederland heersende opvattingen over causaliteit. Zo Boonk in zijn onlangs verschenen boek.⁷

III 'As these rules must come under the consideration of foreign courts it is desirable in the interests of uniformity that their interpretation should not be rigidly controlled by domestic precedents of antecedent date, but rather that the language of the rules should be construed on broad principles of general acceptance.' Lord Macmillan in *Stay Line v Foscolo Mango* (1931) All E.R. Rep., p. 677

4 Zie Cleveringa, *Zeerecht* 1961, p. 451

5 Boonk, *Zeevervoer onder cognossement*, p. 159 e.v., Korthals Altes–Wiarda, *Vervoerrecht*, p. 204

6 Hof Amsterdam 15 april 1955, NJ 1955, 492

7 *Zeevervoer onder cognossement*, 1993, p. 161

Is de schade aan de lading veroorzaakt door onvoldoende zorg voor de zeewaardigheid van het schip of door een onheil van de zee? Moet de Nederlandse rechter nagaan welke strekking de *begrippen* van de Hague-Visby Rules hebben in het Anglo-Amerikaanse recht? Dient hij zich te houden aan de in Nederland heersende opvattingen omtrent causaliteit? Of moet hij op zoek naar algemeen aanvaarde rechtsbeginselen (broad principles of general acceptance)?

Het laatste is stellig het meest in overeenstemming met de idealen van het eenvormig privaatrecht. De emancipatie van het eenvormig privaatrecht kan slechts slagen als we ons inzetten voor een autonome uitleg⁸, dat wil zeggen een uitleg die zich weet los te maken van de wijze waarop rechtsbegrippen, zoals bijvoorbeeld causaliteit en overmacht, worden toegepast in Engeland of Nederland. Zonder praktisch belang is een en ander niet. Verwacht mag immers worden dat we meer en meer te maken zullen krijgen met eenvormig recht. De eenvormige regelingen kunnen summier zijn, zoals de Hague-Visby Rules (enige regelen), of betrekkelijk uitvoerig, zoals het Weense Koopverdrag, maar nimmer zijn zij uitputtend, in de zin dat zij antwoord geven op alle vragen die naar aanleiding van hun toepassing mochten rijzen. Het probleem kan daarom niet worden omzeild: in hoeverre is een autonome uitleg van eenvormig recht mogelijk?

Dat we ons los moeten maken van de wijze waarop het causaliteitsbegrip wordt gehanteerd in de verschillende nationale rechtsstelsels, wil uiteraard niet zeggen dat we de opvattingen die daaromtrent in bijvoorbeeld Engeland en Nederland worden gehuldigd, zouden moeten negeren. Dat zou wat het Nederlands recht betreft ook niet kunnen. Het eigen perspectief kan nimmer geheel en al worden uitgeschakeld. Geen modern jurist is in staat iedere associatie met overmacht te onderdrukken als hij in de Digesten leest dat Labeo van oordeel is dat de vervoerder een exceptie kan inroepen in geval van zeeroverij en schipbreuk. Dit onvermijdelijke perspectivisme leidt pas tot onaanvaardbare vertekening als we Labeo het overmachtsbegrip van de art. 6:74 en 75 BW in de mond zouden leggen.

Voor het eenvormig privaatrecht geldt iets dergelijks. We hebben weliswaar eenvormig recht, maar geen eenvormige juristen. Het eenvormig recht moet worden gehanteerd door Engelse, Duitse en Nederlandse advocaten, arbiters en rechters met elk hun eigen, nationale kijk op de vraag hoe dient te worden vastgesteld of sprake is van voldoende causaal verband. Een autonoom causaliteitsbegrip bestaat niet. Toch behoeft dit niet het einde te betekenen voor iedere poging tot een zoveel mogelijk autonome, transnationale uitleg van het eenvormig recht.

Zonder begrippen valt het recht niet te vinden. Rechtsbegrippen hebben vooral een heuristische functie. Zij helpen bij het bepalen van de plaats waar argumenten voor de rechtsbeslissing zijn te vinden. Als een Nederlandse jurist de onvoldoende zorg voor de zeewaardigheid van het schip en een onheil van de zee associeert met de begrippen 'tekortkoming' en 'overmacht', dan voert hem dit naar veelbelovende vindplaatsen. In de eerste plaats vindt hij zo *regels*, bijvoorbeeld de regel van art. 6:75 die aangeeft wanneer een tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. In het voetspoor van Dorhout Mees-Van Empel zou hij het in de Hague-Visby Rules opgenomen vereiste van een redelijke zorg voor de zeewaardigheid van het schip kunnen opvatten als een 'principiële omschrijving van overmacht',⁹ aldus dat de vervoerder die een redelijke zorg heeft aangewend, zich op de niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming kan beroepen. Zou daarentegen de schade zijn veroorzaakt door onzeewaardigheid waartegen de vervoerder onvoldoende heeft gewaakt,

8. Zie P.L. Wery, *De autonomie van het eenvormig privaatrecht*, rede 1971; F. van der Velden, *Het Weense Koopverdrag* 1980.

9. *Nederlands Handels- en Faillissementsrecht* IV, nr. 9.232.

dan is de tekortkoming aan zijn schuld te wijten en kan hij uit dien hoofde geen beroep doen op de niet-toerekenbaarheid ervan. Een aantrekkelijke redenering, maar helaas, door en door Nederlands, en dus weinig autonoom.¹⁰ Waar het recht van de verschillende landen zich vertoont in de vorm van *regels*, valt vooral een bonte verscheidenheid waar te nemen. De causaliteitsregel verschiet steeds van kleur zodra we de grens met een naburig land passeren: *causa proxima* (Engeland), equivalentie van schade oorzaken (Belgie), adequatieleer (Duitsland).

Het recht bestaat evenwel niet louter uit regels. De associatie met algemene begrippen kan ook leiden tot de vondst van ander argumentatiemateriaal: *rechtsbeginselen*. De associatie van het probleem van de doorwerking van contractuele bedingen jegens derden met het vertegenwoordigingsbegrip brengt twee beginselen aan het licht die bij uitstek geschikt zijn de derdenwerking te rechtvaardigen: het toedoenbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Derdenwerking is op haar plaats indien de derde een situatie in het leven heeft geroepen (toedoen) waarin de partij die haar aansprakelijkheid heeft beperkt, ervan heeft kunnen uitgaan (vertrouwen) dat die aansprakelijkheidsbeperking voor alle aan haar ter behandeling gegeven zaken zou gelden.¹¹

Broad principles of general acceptance, algemeen erkende rechtsbeginselen als bron voor een transnationale uitleg van eenvormig privaatrecht, wat moeten we ons daarbij voorstellen? Het volgende bijvoorbeeld:

‘De belangen betrokken bij het – veelal internationale – rechtsverkeer waarbij wissels een rol spelen, en in het bijzonder dat van een vlotte verhandelbaarheid van dit waardepapier, hebben meegebracht, dat in het wisselrecht, zoals dat in de bij het Geneefse verdrag van 1930 vastgestelde eenvormige wet is neergelegd en in de Nederlandse wetgeving is overgenomen, als richtinggevend, zij het niet overal met gelijke kracht doorgevoerd, beginsel is aanvaard dat de opvolgende verkrijgers van een wissel mogen afgaan op de schijn van recht die het papier hun vertoont.’¹²

Moet de geestdrift voor de algemeen aanvaarde rechtsbeginselen niet worden ingetoomd, in het licht van de uitlegregels die langzamerhand een vast onderdeel vormen van tal van verdragen, zoals het verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht en het Weens Koopverdrag. Deze interpretatieclausules zijn alle ingegeven door de wens de rechtstoepasser kort aan de teugel te houden en hem te behoeden voor omzwervingen buiten de perken van het desbetreffende verdrag. Zo bepaalt het tweede lid van art. 7 van het Weens Koopverdrag:

‘Vragen betreffende de door dit Verdrag geregelde onderwerpen, die hierin niet uitdrukkelijk zijn beslist, worden opgelost aan de hand van algemene beginselen waarop dit Verdrag berust, of bij ontstentenis van zodanige beginselen, in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht.’

Als we bij ontstentenis van de beginselen waarop het koopverdrag berust, via de verwijzingsregels van het IPR terechtkomen bij het nationale recht van deze of gene staat, is de transnationale uitleg mislukt. Het is dus zaak bij het opsporen van de beginselen die aan het

10 Zie de waarschuwingen van Royer, Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht 1959, p. 41, en Cleveringa, Zeerecht 1961, p. 441.

11 Vgl. HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249, zie voorts J. H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, p. 109.

12 HR 21 januari 1972, NJ 1972, 186.

verdrag ten grondslag liggen enige vindingsrijkheid aan de dag te leggen. Maar betekent dit dat een beroep mag worden gedaan op ieder rechtsbeginsel dat met betrekking tot het koopovereenkomstenrecht door de gezamenlijke verdragsstaten wordt aanvaard, of houden de woorden 'de algemene beginselen waarop dit Verdrag berust' een serieuze beperking in?

Het laatste wordt bepleit door Trompenaars in haar belangwekkende proefschrift.¹³ Zij bestrijdt de auteurs die de rechter aanraden om, bij gebreke van duidelijkheid omtrent de beginselen die aan het Verdrag ten grondslag liggen, op zoek te gaan naar 'overeenstemmende algemene rechtsbeginselen in de betrokken rechtssystemen' (p. 150).

Het is zeer de vraag of een voldoende scherp onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de transnationale rechtsbeginselen die de gemeenschappelijke achtergrond vormen van nationale rechtsbegrippen als causaal verband en overmacht, en anderzijds de exclusieve groep van de beginselen waarop het verdrag berust. Het is zaak niet verstrikt te raken in de architectonische metafoer van art. 7. De algemene beginselen waarop het verdrag 'berust' (the general principles on which it is based). Zo ontstaat onvermijdelijk het beeld van een rechtsbeginsel als een pijler, als het fundament waarop de wet of het verdrag door de ontwerper is opgetrokken, een fundament dat slechts kan worden blootgelegd door de bouwtekening, de travaux préparatoires, te raadplegen (vgl. art. 32 Verdragen-verdrag).

Een ongelukkig beeld. Niemand zal betwisten dat art. 2014 BW (oud) iets te maken heeft met het vertrouwensbeginsel, maar het valt moeilijk vol te houden dat deze bepaling op het vertrouwensbeginsel 'berust' in de zin dat haar ontwerpers dat beginsel welbewust aan art. 2014 'ten grondslag' hebben gelegd.

De scheepvaart biedt een fortuinlijker metafoer. Een rechtsbeginsel is een kompas. Het hiervoor aangehaalde arrest uit 1972 sprak van een in het wisselrecht aanvaard, zij het niet overall met gelijke kracht doorgevoerd, beginsel, dat werd aangeduid als 'richtinggevend'. Rechtsbeginselen maken de navigatie mogelijk in nieuwe, nog niet in kaart gebrachte wateren. Als art. 2014 een eeuw na zijn invoering voor het eerst wordt geconfronteerd met de verplichte overschrijving van het kentekenbewijs in geval van de verkoop van een motorrijtuig, wijst het vertrouwensbeginsel de weg. Het vertrouwen van de koper met betrekking tot de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper van een tweedehands auto is pas gerechtvaardigd als de koper het kentekenbewijs en de kopie van deel 3 heeft onderzocht (HR 4 april 1986; AA 1986, p. 790).

Hun bijzondere geschiktheid als grondstof voor een autonome uitleg van het eenvormige recht ontleen rechtsbeginselen aan drie eigenschappen. Rechtsbeginselen zijn, anders dan rechtsregels, van huis uit *transnationaal*, zij storen zich niet aan de landsgrenzen. De regel van art. 3:61, lid 2 (gebondenheid van de principaal aan de door hem gewekte schijn van volmachtverlening) is in zijn werking beperkt tot Nederland; het daaraan ten grondslag liggende vertrouwensbeginsel is evenwel ook werkzaam in het Engelse contractenrecht '(the) doctrine of apparent authority (...) is really an application of the principle of estoppel, for estoppel means only that a person is not permitted to resist an inference which a reasonable man would draw from his words or conduct' (Anson's Law of Contract, 26th ed., p. 533).

Uit hun grensoverschrijdende karakter vloeit een tweede eigenschap onmiddellijk voort. Rechtsbeginselen leiden het recht van de landen waarin zij zijn aanvaard langs *convergerende lijnen* naar eenzelfde resultaat. 'The principal may, by words or conduct create an inference that an authority has been conferred upon an agent even though no authority was ever given in fact'. In dat geval is de principaal 'estopped from denying the ostensible authority which he has created'. Art. 3:61 lid 2 bereikt, weliswaar niet via het estoppel-begrip, maar wel langs de lijn van het vertrouwensbeginsel, hetzelfde punt. Wie door een verklaring

13. B.W.M. Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie*, Deventer 1989.

of gedraging het vertrouwen heeft gewekt dat een toereikende volmacht is verleend, kan geen beroep doen op de onjuistheid van deze veronderstelling.

De redelijkheid van het bereikte resultaat vergroot uiteraard de kans dat een bepaalde uitleg van het eenvormige recht internationale erkenning verkrijgt. Rechtsbeginselen beschikken over een derde eigenschap die krachtig in hun voordeel pleit. Zij verhogen het redelijkheidsgehalte van het recht. Door hun *rechtsverfijnende* werking polijsten zij de ruwe kanten van het recht. Nog eenmaal het vertrouwensbeginsel. Bij de verkrijging van roerende zaken geldt *bezit* als volkomen titel (art. 2014 BW (oud)). Slechts weinigen zullen overtuigd zijn van de redelijkheid van het standpunt dat de bescherming die deze regel biedt gelijkelijk moet gelden, zowel voor de verkrijger die wist dat de vervreemder beschikkingsonbevoegd was als voor de verkrijger die dat niet wist en die dat redelijkerwijs ook niet kon weten. Een rechtsverfijnende uitleg die de bescherming beperkt tot de verkrijger te goeder trouw ligt dan ook zozeer voor de hand dat het argument dat de tekst van art. 2014 geen enkele aanwijzing bevat voor een dergelijke uitleg, nauwelijks wordt vernomen.

Rechtsbeginselen storen zich niet aan de landsgrenzen, leiden tot convergentie van de nationale rechtsstelsels en verhogen het redelijkheidsgehalte van het recht. Te mooi om waar te zijn. Waar zijn de rechtsbeginselen te vinden? Zoals zo vaak zijn er twee wegen: een makkelijke en een moeilijke, en zoals even vaak is het helaas de laatste die het leerzaamst is. In zijn Rotterdamse intrede 'Lex Mercatoria of Ius Commune?' somt Van Delden 24 bovenstatelijke, algemene beginselen op, waaronder het beginsel dat 'men gehouden is de consequenties te dragen van de schijn die men heeft opgewekt' en het beginsel dat 'niemand opzettelijk of door schuld schade aan een ander mag toebrengen zonder gebondenheid tot vergoeding van de schade, doch dat schade door eigen schuld buiten beschouwing moet blijven'. De lijst overziende, werpt Van Delden¹⁴, in het voetspoor van Van Suyling¹⁵, de vraag op of hier niet veeleer sprake is van een school van vrije rechtsvorming, die met natuurrechtelijke argumenten supranationaal recht produceert, dat niet bestaat.

Dit is uiteraard de gemakkelijkste weg: de rechtsbeginselen eenvoudig uit de lucht grijpen, uit de supranationale hemel van het natuurrecht met zijn wereldspannende, eeuwige wetten, zoals de plicht om beloften na te komen (*promissorum implendorum obligatio*) en de gehoudenheid om door schuld veroorzaakte schade te vergoeden (*damni culpa dati reparatio*).¹⁶ Het is bovendien veruit de meest autonome aanpak. We geraken zo geheel los van de bodem van het nationale recht met zijn struikgewas van Nederlandse, Duitse, Engelse begrippen en regels, bijvoorbeeld met betrekking tot overmacht en causaliteit.

Erg veel wijzer worden we evenwel niet. Dat door schuld veroorzaakte schade moet worden vergoed, willen we graag aannemen, maar deze wetenschap bevat nog niet het antwoord op de vraag of dit ook moet gelden indien de schade mede is veroorzaakt door de schuld van degeen die haar leed. De beperkingen van het natuurrecht zijn vooral gelegen in zijn probleemloze karakter. De casuïstiek, het conflict van over en weer gerechtvaardigde belangen wordt gemedend.

De gang langs de tweede weg is een stuk moeizamer, en aanmerkelijk minder autonoom; de rechtsbeginselen nodig als grondstof voor de uitleg van het eenvormig recht niet zoeken in een bovenstatelijk natuurrecht, maar in het recht van de verschillende nationale staten voor zover daarin een transnationaal, gemeenschappelijk fonds valt te ontdekken. Aan rechtsvergelijkend bodemonderzoek valt dan niet te ontkomen. Hoe gaat de Engelse, de Franse en de Nederlandse rechter om met de confrontatie van enerzijds een ladingbelang-

14. R. van Delden, *Lex Mercatoria of Ius Commune?*, Deventer 1986, p. 11 en 14.

15. Van Suyling, *Het wereldverkeer in het privaatrecht*, rede 1911.

16. H. de Groot, *De jure belli ac pacis, prolegomena*.

hebbende die aanvoert dat de schade aan de lading is veroorzaakt door een gebrek aan zorg voor de zeewaardigheid van het schip en anderzijds een vervoerder die zich beroept op de omstandigheid dat de schade is veroorzaakt door een onheil van de zee?

Fact, ten times fiction. De tour de force van de ratten in het zee-avontuur van mijnheer Prikkebeen wordt gemakkelijk overtroffen door hetgeen de ratten in de zaak *Hamilton v. Pandorf*¹⁷ wisten aan te richten. Zij knaagden een gat in een loden pijp van een schip waarmee een partij rijst werd vervoerd. Door dat gat stroomde zeewater naar binnen en zo ontstond schade aan de lading. Ten processe stond vast dat vervoerder geen blaam trof. Het ging enkel om de vraag of de vervoerder zich kon beroepen op de exceptie '*dangers and accidents of the sea*'. Is de schade veroorzaakt door het binnenstromende zeewater of door de ratten? Rattenvraat is geen typisch gevaar van de zee, zoals wij allen weten uit de Digesten, waar schade veroorzaakt door de landrat (in het wasserijbedrijf) wordt behandeld¹⁸.

In het Anglo-Amerikaanse recht geldt met betrekking tot het causaliteitsvereiste de *proximity* rule. '*In iure non remota causa, sed proxima, spectatur*'. Slechts de onmiddellijke oorzaak van de schade wordt in het oog gevat. Deze regel ontlonen de Engelsen aan hun Lord Chancellor Bacon (1561-1626), 'who in his time committed other sins', zoals Prosser opmerkt.¹⁹ Prosser zal hierbij hebben gedacht aan het herhaald aannemen van steekpenningen, hetgeen wellicht wordt verklaard doordat Bacon naar alle waarschijnlijkheid in de ban is geraakt van zijn eigen snaakse wijsheden als 'Opportunity makes a thief' en 'Money is like muck, not good except it be spread'.

De rechter in eerste aanleg oordeelde dat niet de ratten, maar het instromen van het zeewater als proximate cause moest worden aangemerkt. De vervoerder slaagde in zijn beroep op *dangers of the sea*. De Court of Appeal vernietigde deze uitspraak, overwegende: 'Where the rats, by being the effective cause, let in the sea, this letting in of the sea is not a cause at all. It is the effect of what was done by the rats, and the rats were the effective cause'. De House of Lords vernietigde op zijn beurt het oordeel van het Hof en bekrachtigde de uitspraak van de eerste rechter: 'The remote cause was in a certain sense the action of the rats on the lead pipe, but the immediate cause of the damage was the irruption of sea-water' (Lord FitzGerald).

Tot zover slechts reden tot milde verwondering. Mirabile Albion. Aan de observatie van Meijers 'Gelukkig het land, dat de leer der consideration niet kent!'²⁰ kan worden toegevoegd: 'Tweemaal gelukkig het land dat de leer van de *causa proxima* evenmin kent'.

Toch zijn er wel degelijk convergerende lijnen te ontwaren. De uitspraak in *Hamilton v. Pandorf* bevat nog een belangwekkende overweging ten overvloede:

'The Court will, if necessary, go behind the proximate cause of damage, for the purpose of ascertaining whether that cause was brought into operation by the negligent act or default of the shipowner or of those for whom he is responsible. As Lord Blackburn said in *Steel v. State Line Steamship Company*, "Although the things perish by a peril of the sea, still, inasmuch as it was the negligence of the shipowner and his servants that led to it, they cannot avail themselves of the exception" (Lord Watson)'.

17. *Hamilton v. Pandorf* (1887) 12 A.C. 518.

18. Digesten 19, 2, 13, 6.

19. Prosser and Keeton, *On Torts*, § 42. Bacon zal de regel hebben geput uit de *Glosse Operae potius meae*, ad Digesten 4, 2, 9, 1.

20. E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke Opstellen III*, p. 301.

Zou in feitelijke instantie zijn vastgesteld dat de vervoerder had nagelaten 'to exercise due diligence in extrirpating the rats', dan zou de beslissing anders zijn uitgevallen. Het schuld-beginsel nuanceert de consequenties van de proximity rule.

In Nederland valt een vergelijkbare ontwikkeling te bespeuren. Gedurende lange tijd hebben wij een neutrale causaliteitsregel gehanteerd. Is de schade het naar ervaringsregelen redelijkerwijs te verwachten gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust? De graad van waarschijnlijkheid van het ontstaan van schade loopt evenwel volstrekt niet in de pas met de mate van verwijtbaarheid van de schadeveroorzakende gedraging. De automobilist die plotseling op de linker wegheeft geraakt, omdat hij slipt als gevolg van een onvoorzien olievlak, is vaak gevaarlijker dan degeen die met opzet op de linker wegheeft gaat rijden, aangezien hij er aardigheid in scheidt om zijn tegenliggers schrik in te boezemen.

Door de introductie van de toerekening naar redelijkheid in de Nederlandse rechtspraak is de causaliteitsregel een stuk kleuriger geworden. Naast de waarschijnlijkheid van de schade zijn andere toerekeningsfactoren in zwang geraakt. De mate van schuld en de ernst van de tekortkoming behoren daar zeker toe. In geval van opzettelijk gepleegde wandaden worden ook zeer onwaarschijnlijke gevolgen toegerekend.²¹ Schending van een zo fundamentele plicht als een redelijke zorg voor de zeewaardigheid van het schip berooft de vervoerder van het verweer dat de schade als onheil van de zee het gevolg is van een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend. De Engelse rechter is bereid om achter de causa proxima te tasten naar schuld van de vervoerder als aanknopingspunt voor diens aansprakelijkheid. In het Nederlandse causaliteitsarsenaal is, naast de waarschijnlijkheid van de schade, de ernst van de tekortkoming een belangrijke factor bij de beoordeling van de aanwezigheid van causaal verband. Verschillende, maar niettemin convergerende lijnen. Een gezaghebbend Brits auteur schrijft, in een poging enige orde te scheppen in het Engelse causaliteitsleerstuk:

'If we accept that the outcome of a damages suit is a function of (a) the type of harm complained of, (b) the relationship between the parties and (c) the blameworthiness of the defendant, then we can be sure that liability for consequences will be more extensive if (a) the harm is physical, especially personal injury, (b) there is a special relationship and (c) the defendant was greatly to blame'²²

Wat hier over het Engelse recht wordt gezegd, is ten volle van toepassing op onze toerekening naar redelijkheid. Op het punt van de causaliteitseis zijn Engels en Nederlands recht anders en eender. Anders zijn de begrippen en regels, eender zijn de beginselen die eraan ten grondslag liggen. Wie een, door het Nederlandse recht geschoolde, blik werpt op de opsomming van het tweede lid van art. IV van de Hague-Visby Rules (vgl. art. 8:383 lid 2 BW) ziet op het eerste gezicht 17 gevallen van overmacht. Bij nader toezien springt toch ook de ongelijksoortigheid van de opgesomde gevallen in het oog. Naast 'echte' overmachtssituaties als 'onheil van de zee' en 'acte de Dieu', zijn er gevallen waarin de associatie met het begrip 'eigen schuld' eerder voor de hand ligt. Zo bijvoorbeeld (i) 'een handeling of nalaten van de afzender'.

Wat indien de schade aan de lading het gevolg is van de onzeewaardigheid van het schip, veroorzaakt door een 'onzeewaardige' belading en stuwage? Hierbij kan zich zeer wel het geval voordoen dat zowel de afzender als de vervoerder verwijt treft, de afzender omdat hij

21 Vgl. J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, Studiepockets privaatrecht, p. 47 e.v.

22 Tony Weir, A Casebook on Tort, p. 184.

op grond van de gesloten overeenkomst gehouden was te zorgen voor een deugdelijke belading en stuwage en hij op dit punt is tekortgeschoten, de vervoerder omdat hij onvoldoende heeft gecontroleerd of belading en stuwage op zeewaardige wijze zijn geschied. Kan in dat geval de vervoerder aan aansprakelijkheid ontkomen door zich te beroepen op de onthefing genoemd onder i (een handeling of nalaten van de afzender), of wordt dit beroep hem onthouden, aangezien de omstandigheid dat de vervoerder niet voldoende heeft gezorgd voor de zeewaardigheid van het schip, als enige oorzaak in aanmerking wordt genomen? Of verdient het wellicht de voorkeur de schade over de ladingbelanghebbende en de vervoerder te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder van hen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen?

De heersende leer houdt het ervoor dat de vervoerder de toegang tot alle ontheffingsgronden van art. IV, dus inclusief een handeling of nalaten van de afzender, dient te worden ontzegd, indien hij onvoldoende heeft gezorgd voor de zeewaardigheid van het schip. De vervoerder is in dat geval aansprakelijk voor de gehele schade, ondanks eventuele 'eigen schuld' van de ladingbelanghebbende.

Korthals Altes-Wiarda²³ en Boonk²⁴ bepleiten daartegenover met betrekking tot *alle* ontheffingsgronden van art. IV een schadeverdeling tussen vervoerder en ladingbelanghebbende voor het geval tevens sprake is van onvoldoende zorg voor de zeewaardigheid van het schip.

Rechtsbeginselen verfijnen het recht. Het ongelijke, ongelijk. Honorering van het vertrouwensbeginsel leidt tot een beperking van de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid tot verkrijgers te goeder trouw. Is er aanleiding de ontheffingsgronden van art. IV niet alle over één leest te slaan? Maakt het verschil of de vervoerder, die niet voldoende heeft gezorgd voor de zeewaardigheid van het schip, zich beroept op een onheil van de zee, dan wel op de omstandigheid dat de onzeewaardigheid mede is veroorzaakt door een fout bij de belading of stuwage waarvoor de ladingbelanghebbende verantwoordelijk is?

Zeker is er verschil. Voor zover in het eerste geval sprake is van schuld aan het ontstaan van de schade, rust zij in volle omvang, en dus bij uitsluiting, op de schouders van de vervoerder. In het tweede geval daarentegen, is de schuld verdeeld over de vervoerder, die niet voldoende heeft gewaakt tegen de onzeewaardigheid van het schip, en de ladingbelanghebbende die door een onjuiste belading of stuwage de onzeewaardigheid mede heeft veroorzaakt.

Het ongelijke, ongelijk. De schade in volle omvang ten laste brengen van de vervoerder als de schuld aan het ontstaan van de schade uitsluitend op zijn schouders rust; de schade daarentegen verdelen over vervoerder en ladingbelanghebbende indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend (de onjuiste belading of stuwage).

Is een en ander niet een volstrekt ongeoorloofde projectie van Nederlandse regels en begrippen op het transnationale dock van de Hague-Visby Rules? Of berust de schadeverdelingsregel van art. 6:101 op een beginsel dat transnationaal wordt aanvaard?

Verdeling van de schade betekent een aanmerkelijke verfijning ten opzichte van het alles-of-niets-stelsel, zoals dat gold vóór de introductie in 1916²⁵ van het verdelingsprincipe. Vergelijkbare rechtsverfijnende ontwikkelingen hebben zich vrijwel overal voorgedaan.²⁶ De hardnekkigste tegenstand heeft het alles-of-niets-stelsel geboden in de landen van de

23. Vervoerrecht, p. 204.

24. Zeevervoer onder cognossement, p. 163.

25. HR 4 februari 1916, NJ 1916, p. 450.

26. Zie A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, Eigen schuld, proefschrift Leiden 1971, p. 3 e.v.

Common Law, waar de rechter gevangen bleef in de *causa proxima*-leer. Was eisers contributory negligence de *causa proxima* van de schade, dan kreeg hij niets, kon daarentegen het gedrag van de gedaagde als *causa proxima* worden aangemerkt, dan kreeg de eiser, ondanks zijn eigen schuld, de schade volledig vergoed. Onverkorte hantering van de proximity-rule leidde ook hier tot wonderlijke uitkomsten. A laat zijn ezel onbeheerd achter op de openbare weg B, veel te snel rijdend met paard en wagen, rijdt de ezel dood. Ondanks zijn eigen schuld, kan A de schade volledig verhalen op B, omdat de nalatigheid van A niet kan worden aangemerkt als de *causa proxima*, nu B de laatste kans had om de schade te voorkomen.²⁷ Eerst in 1945 werd door een ingreep van de Engelse wetgever de weg naar een schadeverdeling geopend (to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage).

Just and equitable. Waarom is het schadeverdelingsprincipe redelijker en billijker dan het alles-of-niets-stelsel? We stuiten hier op een overoud, algemeen aanvaard beginsel: het proportionaliteitsbeginsel. Voor het aansprakelijkheidsrecht houdt dat in dat gestreefd dient te worden naar een zo groot mogelijke evenredigheid tussen de verhouding waarin eiser en gedaagde over en weer hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade en de wijze waarop de schade tussen hen wordt verdeeld. Deze evenredigheid zou worden geschonden, niet alleen, indien de eiser in staat zou zijn, ondanks zijn eigen bijdrage aan het ontstaan van de schade, die schade in volle omvang af te wentelen op de gedaagde, maar evenzeer, indien de eigen schuld tot gevolg zou hebben dat de eiser de schade volledig zelf zou moeten dragen. In dat geval zou immers de mate waarin de gedaagde heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade niet tot uiting komen in de wijze waarop de schade tussen eiser en gedaagde wordt verdeeld.

Kortom: indien ten opzichte van de vervoerder die niet voldoende heeft gezorgd voor de zeewaardigheid van het schip onderscheid wordt gemaakt, al naar gelang hij zich te zijner bevrijding beroept op een onheil van de zee, dan wel op een handeling of nalaten van de afzender, door de vervoerder in het eerste geval volledig, en in het tweede geval gedeeltelijk aansprakelijk te houden, is sprake van een verrijnende rechtsontwikkeling die zeker steun vindt in 'broad principles of general acceptance'.

Het eenvormig privaatrecht dateert niet van vandaag of gisteren. Gedurende ruim drie eeuwen (1500-1800) heeft vrijwel overal op het Europese continent een *ius commune* gegolden als subsidiäre rechtsbron, dat wil zeggen, voor zover het locale recht zweeg. Romeins en Kanoniek recht vormden de hoofdbestanddelen van dit gemene recht.

Voor een transnationale uitleg van het moderne eenvormige recht valt zeker lering te putten uit de vroegere ervaringen. De belangrijkste les is wel deze: ga vrijmoedig om met de teksten, toon niet te veel respect voor hun beperkte draagwijdte. De middeleeuwse juristen zagen in een tekst over een slaaf die door iedereen (*omnium consensu*) voor een vrij man werd gehouden het algemene beginsel '*communis error facit ius*'.²⁸ Dit met de nodige voortvarendheid geproclameerde beginsel werd op zijn beurt weer gebruikt als fundament voor de bescherming van alwie gerechtvaardigd vertrouwd op de schijn van recht, een leerstuk dat op tal van plaatsen, zowel in het goederen-, als in het verbintenissenrecht opduikt. Het *ius commune* werd gevonden '*more topico*', door, gaande langs enkele geïsoleerde vindplaatsen, daarin een verbindende rechtsgedachte te traceren, die vervolgens gebruikt kon worden als argument ter oplossing van problemen waarover de teksten zwegen.²⁹

27 Winfield and Jolowicz, *On Tort*, p. 133.

28 Glosse *Omnium Consensu*, ad *Institutum* 2, 10, 7.

29 Zie over de topische methode van het *ius commune*, H. Coing, *Europaisches Privatrecht I*, p. 20 e v.

Een transnationale uitleg van huidig eenvormig recht dient eveneens topisch te werk te gaan.³⁰ Convergerende lijnen moeten worden blootgelegd. Al te veel wetenschappelijke scrupule komt daarbij slecht van pas. Bij de transnationale rechtsvergelijking is het uiter-aard veiliger punten van verschil te documenteren, dan de ontdekking van een verbindende rechtsgedachte op te eisen. Het laatste is immers onmogelijk zonder een ruime dosis fantasie, die nimmer toereikend in voetnoten kan worden verantwoord. Aan de andere kant: zonder verbeelding wordt het nooit wat met het recht. De vrije zee was ooit een ongehoord stuk Hollandse verbeelding in de strijd tegen de Portugezen en de Engelsen om een zo groot mogelijk aandeel in de internationale koopvaardij.

Het beroep op de verbeelding betekent overigens niet dat we het terrein van de science-fiction betreden. Dat ondanks uiterlijke verschillen, het recht van de verschillende staten vaak wordt gedragen door éénzelfde gedachte is een realiteit die wordt veroorzaakt door de toenemende convergentie van de problemen waarmee moderne samenlevingen worden geconfronteerd. Dat in Zwitserland wat anders wordt aangekeken tegen de noodzaak van een uitvoerige regeling van het polderrecht is één ding; vergoeding van letselschade veroorzaakt door het gemotoriseerde verkeer daarentegen is een transnationaal probleem dat de gedachten vrijwel overal langs dezelfde lijnen leidt. Wat indien de genezing van het letsel langer duurt dan in de normale lijn van de verwachtingen ligt als gevolg van de fysieke dan wel psychische conditie van het slachtoffer? *The tortfeasor takes the victim as he finds him*. Ondanks de verschillen in de causaliteitsjargon waarin deze gedachte wordt uitgewerkt, is dit het beginsel dat transnationaal wordt aanvaard.

Jhering heeft in zijn hartstochtelijk pleidooi voor de transnationaliteit van het recht gewezen op het belang van de zeevaart voor de transculturele uitwisseling van ideeën: 'Mit dem Schiffe, das Waaren brachte kehrten Götter zurück'.³¹ In ieder geval voerden schepen uit Rhodos een rechtsbeginsel naar Rome dat ook thans nog alom wordt erkend als de eeuwige wet van de zee: wat ten behoeve van allen (reder en ladingbelanghebbenden) werd geofferd, moet door allen, naar evenredigheid (*pro portione*), worden gedragen.³² De Rhodische averij-grosse-regeling is een van de vroegste en zuiverste voorbeelden van de proportionaliteitsgedachte als kompas voor transnationaal recht. Een Romeins keizer schreef erover: 'Ik ben weliswaar Heer van de wereld, maar deze wet is Heer van de zee'.³³

Voor de mogelijkheid van een transnationale uitleg van eenvormig privaatrecht ligt de conclusie voor de hand: terug naar de bron, terug naar de beginselen van het recht.

Oegstgeest, zomer 1993

30. Vgl. J. Kropholler, *Einheitliches Privatrecht*.

31. *Geist des Römischen Rechts*, I, p. 8.

32. *Digesten* 14, 2, 1.

33. *Digesten* 14, 2, 9.