

Avarij-grosse in Boek 8 BW: *Less is more?*

1. Inleiding

De Nederlandse regeling van het leerstuk van de avarij-grosse¹ in Boek 8 BW is om meerdere redenen als opvallend of zelfs als afwijkend van andere regelingen te kwalificeren. Om te beginnen is de regeling van het maritieme omslagstelsel van buitengewone, opzettelijk voor de gemeenschappelijke veiligheid van (kortweg) schip en lading redelijkerwijs gedane uitgaven en opofferingen buitengewoon kort. Daarbij worden internationale standaardregelingen direct van toepassing verklaard² en zijn de bepalingen van de regelingen, in tegenstelling tot diverse andere internationale in Boek 8 BW overgenomen regimes, niet eens in de wet zelf uiteengezet.³ Aangegeven wordt slechts dat de regelingen gelden en dat de toepasselijke versie bij koninklijk besluit wordt vastgesteld.⁴ Het is bijna alsof de wetgever geen zin had zich te verdiepen in het al eeuwen onder verschillende namen en voorwaarden toegepaste leerstuk van de avarij-grosse.⁵ Niets is echter minder waar.⁶ Als beëdigd dispacheur kende Schadee, de opsteller van het transportdeel van het Burgerlijk Wetboek, de praktijk als geen ander. De avarij-grosseregeling van Boek 8 BW kenmerkt zich daarom waarschijnlijk nog het meest door haar praktische insteek. De vraag is echter of de wetgever daar niet in is doorgeslagen. Is 'less' hier wel 'more'?

In deze bijdrage wordt de Nederlandse avarij-grosseregeling zoals opgenomen in Boek 8 BW besproken en van een paar kritische kanttekeningen voorzien. Betoogd wordt dat de wetgever terecht aansluiting heeft gezocht bij de internationale regelingen, maar dat de inbedding in de Nederlandse wet en de uitwerking van niet in de standaardbedingen geregelde aspecten wel erg summier is. Afgesloten wordt met enkele suggesties voor aanpassing van de regeling van Boek 8 BW.

2. Kader

2.1. Avarij-grosse

Het avarij-grosseconcept betreft in essentie een maritiem omslagstelsel voortvloeiend uit de redelijkheid. Kosten en verliezen die opzettelijk gemaakt zijn ter redding van schip, lading en overige vermogensbestanddelen betrokken in het maritieme avontuur uit een gemeenschappelijk gevaar, worden omgeslagen over diverse partijen die bij de genomen maatregelen direct belang hebben gehad.⁷ Waar van oudsher de werping van lading als hét voorbeeld van een avarij-grosse bij uitstek wordt beschouwd, wordt avarij-grosse tegenwoordig vaker toegepast bij brandblusactiviteiten aan boord van schepen of bij schadebeperkende maatregelen na een aanvaring of stranding. De gemaakte kosten en opzettelijk toegebrachte verliezen worden naar rato van hun aandeel verdeeld over belanghebbenden bij goederen betrokken in het maritieme avontuur. De verdeling wordt doorgaans gemaakt door een daarin gespecialiseerd persoon, de dispacheur,⁸ en uiteengezet in een rapport, de dispache (of in het Engels 'adjustment') genoemd.⁹

* Jolien Kruit is partner bij Van Traa Advocaten N.V.; gepromoveerd op haar onderzoek naar de juridische basis van en het toepasselijke recht op avarij-grosse; en lid van de Nederlandse avarij-grossecommissie van de NVV. Zij heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven. Zij bedankt prof. mr. M.H. Claringbould, mr. T. van der Valk en prof. mr. F.G.M. Smeele voor hun nuttige commentaar op een eerdere versie.

1. De wetgever blijft vasthouden aan de schrijfwijze 'avarij-grosse'. Zie bijvoorbeeld ook het recent ingevoerde art. 625 lid 1 sub h Rv.
2. Art. 8:613 resp. art. 8:1022 BW.
3. Het Londens Beperkingsverdrag en de Hague-Visby Rules zijn bijvoorbeeld wel overgenomen in Boek 8 BW.
4. De voor het zeerecht van toepassing verklaarde York-Antwerp Rules worden zelfs bewust in de Engelse taal geïncorporeerd. Vgl. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 622. De nieuwe Belgische Zeewet verklaart de YAR eveneens van toepassing, maar kent wel een vertaling van de relevante versie. Zie ook E. van Hooydonk, *Achtste Blauwboek over de herziening van het Belgisch scheepvaartrecht, Proeve van Belgisch Scheepvaartwetboek (privaatrecht), Scheepsvoorvallen*, Brussel: Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer 2012, www.zeerecht.be/Documents/COMAR%20Blauwboek%208.pdf, p. 274.
5. Voor een overzicht van toepassing van het omslagstelsel in de verschillende tijden en plaatsen zij verwezen naar J.A. Kruit, 'General average – general principle plus varying practical application equals uniformity?', *JIML* (21) 2015, p. 190-202.
6. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 613.
7. Vgl. onder meer Rule A YAR 1924-1994 en art. 8:610 BW (zie ook par. 3.1 van deze bijdrage). Zie over het avarij-grosseconcept in algemene zin in meer detail ook J. Kruit, *General Average Legal Basis and Applicable Law; The overrated significance of the York-Antwerp Rules*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017; J.A. Kruit, '(New) York-Antwerp Rules 2016 – een uitonderhandeld compromis', *TVR* 2016, afl. 3, p. 77; R.R. Cornah & J. Reeder, *Lowndes and Rudolf – The Law of General Average and The York-Antwerp Rules*, Gateshead: Sweet & Maxwell 2013; en J.A. Kruit, *Avarij-grosse en de aanwezigheid van schuld*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2004, p. 18.
8. Vgl. ook art. 638 Rv en Regel XV Avarij-Grosse Regels IVR 2006.
9. De kosten van de dispacheur worden eveneens omgeslagen. Voor het zeerecht wordt dat algemeen aangenomen (vgl. bijvoorbeeld Cornah & Reeder 2013, p. 149 en 586), Voor de binnenvaart is dit met zoveel woorden opgenomen in Regel X Rijnregels IVR 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

2.2. Wettelijke bepalingen

Net als de meeste nationale wetgevingen bevat de Nederlandse wet geen uitputtende regeling van het avarij-grosseconcept.¹⁰ Afdeling 3 titel 6 Boek 8 BW (art. 8:610-613 BW) ziet op avarij-grosse tijdens zeevervoer, terwijl afdeling 3 titel 11 (art. 8:1020-1022 BW) de avarij-grosse voor vervoer over de binnenwateren regelt. De afdelingen, opgenomen in de titels over ongevallen, bevatten vier resp. drie artikelen, beide inclusief een verwijzing naar internationale standaardregelingen. In aanvulling daarop zijn er verspreid door Boek 8 BW diverse bepalingen opgenomen waarin diverse aspecten van de avarij-grosse zijn meegenomen,¹¹ bijvoorbeeld in het kader van de voorrechtenregeling¹² of de toekenning van een retentierecht.¹³ Bovendien kent avarij-grosse eigen verjaringsbepalingen.¹⁴

Naast de bepalingen van Boek 8 BW bevat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een beperkte regeling voor enige formele en procedurele aspecten met betrekking tot de afwikkeling van avarij-grossekwesies.¹⁵

Voor de invoering van Boek 8 BW was de avarij-grosseregeling opgenomen in het Wetboek van Koophandel.¹⁶ Deze regeling was veel uitgebreider dan de huidige regeling.¹⁷ In plaats van een algemene avarij-grossedefinitie bevatte de wet voorbeelden van avarij-grossegevallen, die werden gecompliceerd door een vangnetbepaling.¹⁸ Ook bepaalde het Wetboek van Koophandel uitdrukkelijk waar en op welke wijze de omslag diende plaats te vinden en regelde het de avarij-grosseaspecten in de relatie tussen verzekerde en verzekeraar.

2.3. Regelend recht

De Nederlandse wettelijke avarij-grosseregeling van Boek 8 BW is niet dwingendrechtelijk van toepassing. Waar in het Wetboek van Koophandel nog expliciet was opgenomen dat de avarij-grosseregelingen regelend recht betroffen,¹⁹ wordt

dit in Boek 8 BW grotendeels stilzwijgend aangenomen.²⁰ Bepaald is slechts met betrekking tot de overeenkomst tot zeevervoer onder cognossement dat geoorloofde bedingen omtrent avarij-grosse in een cognossement zijn toegestaan.²¹ De reikwijdte van dit op art. V Hague (Visby) Rules gebaseerde beding is niet geheel duidelijk.²² Een dergelijke expliciete bepaling ontbreekt in Boek 8 BW voor vervoer over de binnenwateren. Wel bepaalt art. 26 CMNI dat het niet in de weg staat aan bepalingen van de vervoerovereenkomst of van nationaal recht 'met betrekking tot de berekening van de schade en van de verplichte bijdragen in geval van avarij-grosse'.

In de meeste buitenlandse rechtsstelsels is de avarij-grosseregeling evenmin dwingendrechtelijk van toepassing.²³ Als gevolg van deze contractvrijheid is avarij-grosse grotendeels contractueel geregeld door incorporatie in vervoer- en verzekeringsovereenkomsten van met name de internationale standaardregelingen opgenomen in de York-Antwerp Rules (hierna: YAR) voor het zeevervoer, en in de Rijnregels IVR/Avarij-Grosse Regels IVR voor de binnenvaart. Gelet op de veelvuldige toepassing van deze standaardregelingen heeft de wetgever afstand gedaan van de avarij-grosseregelingen van het Wetboek van Koophandel en heeft hij deze regelingen wat betreft de omslag van een avarij-grosse wettelijk van toepassing verklaard. Als gevolg van het niet-dwingendrechtelijke karakter van de wettelijke bepalingen en het feit dat de meeste contracten een of meerdere avarij-grosseregelingen bevatten is de toepassing van de wettelijke regeling (zeer) gering.

2.4. Standaardregelingen

In de praktijk bevatten vrijwel alle overeenkomsten voor het vervoer van goederen over zee (alsmede de zeeverzekeringspolissen) een verwijzing naar een versie van de YAR.²⁴ De YAR worden regelmatig, sinds 1950 onder de auspiciën van

10. Kruit 2017, p. 187.

11. Art. 8:382 lid 2, art. 8:389, 440, 489 lid 2 en art. 8:937 en 938 BW.

12. Art. 8:211 en 214 resp. art. 8:821 en 824 BW. Zie in detail Asser/Japikse 8-II* 2012/167-169.

13. Zie par. 3.4 van deze bijdrage.

14. Art. 8:1830-1832 BW.

15. In art. 625 lid 1 sub h Rv, ingevoerd op 1 januari 2017, is de Rechtbank Rotterdam exclusief bevoegd verklaard kennis te nemen van avarij-grossekwesies. Art. 638-641d Rv bevat een regeling met betrekking tot de dispache, het rapport met de verdeling van de avarij-grosseposten. Zie over deze regeling ook J.A. Kruit, 'Nederlands formeel avarij-grosserecht; een bij de praktijk aansluitende regeling?', *NTHR* 2008, afl. 1, p. 1-8 alsmede Kruit 2017, p. 127-129.

16. Art. 696-740 WvK.

17. In het WvK van 1838 werd nog expliciet onderscheid gemaakt tussen avarij-grosse ('gemeene avarij') die wel werd omgeslagen en avarij-particulier ('eenvoudige of bijzondere avarij') waarbij dat niet gebeurde (art. 698 WvK). Zie over de nutteloosheid daarvan R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961, p. 899. Bij de wijziging van het WvK in 1927 is deze bepaling door de wetgever (op basis van het voorstel van Molengraaff, die in 1880 een proefschrift over avarij-grosse heeft geschreven) afgeschaft.

18. Art. 699 WvK. De 'vangnetbepaling' is opgenomen in art. 699 sub 23 WvK en bepaalt dat onder avarij-grosse vallen: 'In het algemeen alle schaden die uit nood, opzettelijk veroorzaakt, en als onmiddellijk gevolg van dien, geleden zijn, en de kosten die, in gelijke omstandigheden, na de vereischte raadpleging, zijn gemaakt tot behoud en gemeen welzijn van schip en lading.' Historisch gezien was dit de gebruikelijke structuur voor avarij-grosseregelingen. Zie ook Kruit 2017, p. 25-28.

19. Art. 697 WvK.

20. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 614-615; L. Hardenberg, 'Avarij-grosse', in: L.S.C. Heyning-Plate (red.), *Scheepsraad – een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8 Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder auspiciën van de vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 188.

21. Art. 8:382 lid 2 sub a BW.

22. Zie ook Kruit 2017, p. 171-173.

23. Kruit 2017, p. 74-75. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 613.

24. Zie onder meer ook J. Cooke e.a., *Voyage Charters*, London: Informa 2014, p. 594; N.G. Hudson & M.D. Harvey, *The York-Antwerp Rules*, London: Lloyd's List 2010, p. 9. De opmerking in de memorie van toelichting bij de Nederlandse regeling dat alle maritieme avarij-grosseverhoudingen volgens deze regeling worden afgewikkeld is echter wel erg optimistisch. Dat geldt eveneens voor de opmerking dat de YAR 'een volledige regeling van het materiële avarij-grosse recht geven' (*Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 614).

het CMI, gereviseerd. De meest recente revisie heeft geresulteerd in de YAR 2016.²⁵

Gelet op het succes van de YAR zijn er internationaal ook regelingen opgesteld voor avarij-grosse tijdens vervoer over de binnenwateren. Voor de praktijk meest relevant zijn de Rijnregels, die sinds 2003 met enige aanpassingen 'Avarij-Grosse Regels IVR' heten.²⁶ Ook deze regels worden in de praktijk veelvuldig in vervoerovereenkomsten van toepassing verklaard.

Bij het opstellen van de regeling in Boek 8 BW meende de wetgever dat het noodzakelijk noch nuttig was in de gebruikelijke praktijk in te grijpen. Derhalve heeft hij ervoor gekozen de materiële wettelijke avarij-grossebepalingen rond de in de praktijk algemeen toegepaste standaardregelingen op te bouwen.²⁷ Aangegeven wordt derhalve in art. 8:613 resp. art. 8:1022 BW dat de vergoedingen in avarij-grosse en de dragende waarde van de in avarij-grosse bijdragende belangen bovendien worden bepaald met inachtneming van de YAR dan wel de Rijnregels IVR, nader omschreven bij algemene maatregel van bestuur.

Wat betreft het zeerecht verklaart het KB van 5 februari 2000, *Stb.* 111 de YAR 1994 van toepassing. Deze versie uit 1994 wordt nog altijd het meest gebruikt. De recentere YAR 2004 hebben in de praktijk nagenoeg geen ingang gevonden.²⁸ De vorig jaar vastgestelde YAR 2016 worden, anders dan de versie uit 2004, wel ondersteund door de International Chamber of Shipowners. Hoewel ook BIMCO positief is en een verwijzing naar deze versie in zijn nieuwe standaardcontracten opneemt,²⁹ kunnen de YAR 2016 in ieder geval op dit moment nog niet worden beschouwd als de nieuwe standaard.³⁰ Aannemelijk is wel dat dit in de komende jaren zal gaan gebeuren. Het lijkt dan ook verstandig de in Boek 8 BW geïncorporeerde versie van de YAR op enig moment bij KB te wijzigen in de YAR 2016. Gelet op de door de wetgever beoogde nauwe link met de praktijk, kan ervoor gekozen worden om alvorens daartoe over te gaan de ontwikkelingen nog even af te wachten. Het voorbeeld van de YAR 2004 leert dat niet elke versie ingang vindt. Anderzijds is de vraag of de aansluiting bij de praktijk doorslaggevend moet zijn. De YAR 2016 betreffen een door belangenorganisaties van rederijen en maritieme verzekeraars met medewerking

van dispatheurs uitonderhandeld compromis dat de YAR 1994 op diverse punten moderniseert.³¹ Grote bezwaren tegen invoering van de YAR 2016 lijken er niet te bestaan. Objectief gezien ligt toepasselijkverklaring dan ook in de rede, zeker nu de verwachting is dat de praktijk deze versie binnen afzienbare tijd zal implementeren.

Voor de binnenvaart wijst het KB van dezelfde datum (*Stb.* 112) de Rijnregels 1979 aan als toepasselijke regelgeving. In de huidige praktijk wordt tegenwoordig echter voor het overgrote deel verwezen naar de Avarij-Grosse Regels IVR 2006. Dat het KB hierop nog niet is aangepast is mogelijk het gevolg van het feit dat de regeling van naam is veranderd en aanpassing bij KB wellicht onvoldoende wordt geacht nu de wet in art. 8:1022 BW expliciet de *Rijnregels* IVR noemt. Het lijkt mij dat hier pragmatisch mee omgegaan zou moeten worden en dat ook de Avarij-Grosse Regels IVR 2006 als duidelijke opvolger van de Rijnregels IVR bij KB van toepassing verklaard zouden kunnen en eigenlijk zouden moeten worden. Dat geldt temeer nu de wetgever het bereik van de Rijnregels 1979 in de wettelijke regeling al bewust heeft uitgebreid tot alle binnenvaart (en niet heeft beperkt tot het vervoer over de Rijn)³² en dus al lijkt te voorzien in de ruimere geografische dekking die pas in 2003 door de IVR voor de regels is gecreëerd. Daarbij staat de inhoud van de Avarij-Grosse Regels IVR 2006 evenmin aan wettelijke toepasselijkheid in de weg.³³

De YAR en de Rijnregels/Avarij-Grosse Regels IVR zijn elders uitgebreid besproken en korthedshalve wordt naar die publicaties verwezen.³⁴ In het onderstaande zal nader worden ingegaan op de expliciet in Boek 8 BW opgenomen bepalingen.

Vooraf zij opgemerkt dat niet altijd duidelijk is of de grondslag van een vordering tot bijdrage in de avarij-grosse in voorkomend geval wettelijk dan wel contractueel is. Dit kan in de praktijk tot verwarring en onzekerheid leiden.³⁵ In het onderstaande zal niet uitgebreid op deze problematiek worden ingegaan.

25. Zie over de YAR 2016 onder meer M.D. Harvey, 'The York-Antwerp Rules 2016 from the perspective of the average adjuster', *JIML* (21) 2016, p. 447-455; R. Cornah, 'The York-Antwerp Rules 2016 – a pragmatic and commercial approach and the principle of substituted expenses: *The Longchamp*', *JIML* (21) 2016, p. 456-468; B. Browne, 'The treatment of salvage in general average', *JIML* (21) 2016, p. 469-482; D. Schwampe, 'Die York-Antwerp Rules 2016', *RdTW* 2016, p. 321-325; J. Gorreebeek & P. Laurijssen, 'York-Antwerp Rules 2016. Een geslaagd compromise?', *IHT* 2017, afl. 1, p. 97-114; en Kruit 2016, p. 77-82.

26. Zoals volgt uit het voorwoord bij de uitgaven van de Avarij-Grosse Regels IVR 2003 werd de naam van de Rijnregels gewijzigd om de toepassing van de regels in de Midden- en Oost-Europese landen in het belang van een uniforme regeling te promoten.

27. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 614-615.

28. Kruit 2017, p. 61 en de daar aangehaalde literatuur.

29. Vgl. Kruit 2016, p. 82. Een verwijzing naar de YAR 2016 is bijvoorbeeld opgenomen in BIMCO's GENWAYBILL 2016 en in de Heavyconbill 2016.

30. Voor een achtergrond bij en de ontwikkeling van de YAR zij verwezen naar Kruit 2017, p. 32-36. De wijzigingen ingevoerd bij YAR 2004 zijn besproken in F.G.M. Smeele, 'Avarij-grosse: de nieuwe York-Antwerp Rules 2004', *NTHR* 2005, afl. 1, p. 18-22, terwijl de YAR 2016 nader zijn beschouwd in Kruit 2016, p. 77-82.

31. Zoals Browne terecht opmerkt waren ladingbelanghebbenden zelf niet vertegenwoordigd tijdens de onderhandelingen die leidden tot de YAR 2016. Browne 2016, p. 479.

32. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 962-963.

33. Helaas is de kans net gemist om de aanpassing van 'Rijnregels IVR' in 'Avarij-Grosse Regels IVR' in art. 8:1022 BW door te voeren bij de aanpassing van Boek 8 BW aan de CLNI. Zowel de goedkeuringswet als de wijzigingswet is op 22 maart 2017 aangenomen (*Stb.* 2017, 160 resp. *Stb.* 2017, 161).

34. Zie bijvoorbeeld R.R. Cornah & J. Reeder, *Lowndes and Rudolf – The Law of General Average and The York-Antwerp Rules*, Gateshead: Sweet & Maxwell 2013; N.G. Hudson & M.D. Harvey, *The York-Antwerp Rules*, London: Lloyd's List 2010.

35. Zie ook Kruit 2017, p. 67-87.

3. Boek 8 BW

3.1. Definities

De in Boek 8 BW opgenomen avarij-grossedefinities (art. 8:610 resp. art. 8:1020 BW) zijn direct uit de YAR (1974) resp. de Rijnregels 1979 afgeleid.³⁶ De verschillende oorsprong van de voor de zee- en binnenvaart gebruikte wettelijke definities verklaart het beperkte verschil in terminologie. De voorwaarden voor een avarij-grossekwalificatie zijn nagenoeg gelijk. Voor toekenning van het avarij-grossekarakter aan een opoffering of uitgave vereist de wet dat deze buitengewoon is en daarbij opzettelijk en redelijkerwijs wordt verricht of gedaan om de bij de reis betrokken goederen te behoeden van/te redden uit een gemeenschappelijk gevaar.³⁷ Deze voorwaarden worden tegenwoordig internationaal vrij algemeen toegepast. Wel wordt soms in aanvulling daarop nog toestemming vereist van bijvoorbeeld de kapitein of een andere bevoegde persoon.³⁸

Expliciet is in de Nederlandse bepalingen vastgelegd dat de schuldvraag niet relevant is voor het toekennen van een avarij-grossekwalificatie; de achterliggende reden voor het nemen van maatregelen dient niet in aanmerking genomen te worden bij de vaststelling of er al dan niet sprake is van avarij-grosse.³⁹ Hierdoor wordt ondubbelzinnig afstand gedaan van art. 700 Wetboek van Koophandel dat nog bepaalde dat maatregelen die het gevolg waren van schuld van de vervoerder, niet als avarij-grosse hadden te gelden.⁴⁰ Het feit dat schuld van een van betrokkenen bij de avarij-grosse niet van belang is bij de vraag of bepaalde handelingen als avarij-grosse hebben te gelden betekent overigens niet dat op dergelijke schuld geen beroep kan worden gedaan als verweer tegen een verzoek tot betaling van een bijdrage in de avarij-grosse. Vaste lijn in de Nederlandse jurisprudentie is thans dat een avarij-grossedebiteur aansprakelijkheid van degene die een bijdrage vordert direct als verweer dan wel als tegenvordering in een procedure mag aanvoeren en dat er in dat geval niet zonder meer eerst betaald hoeft te worden.⁴¹ De toewijsbaarheid van de vordering tot een bijdrage in de avarij-grosse hangt af van de aansprakelijkheidsrelatie tussen

partijen, die veelal wordt beheerst door de bepalingen van de vervoerovereenkomst.⁴²

Voor het zeerecht wordt in art. 8:611 BW separaat bepaald dat alleen die verliezen, schade en kosten als avarij-grosse hebben te gelden die het onmiddellijke gevolg zijn van een avarij-grossehandeling.⁴³ Een vergelijkbare bepaling in de binnenvaartafdeling ontbreekt. Wel bevatten de Rijnregels 1979 en de Avarij-Grosse Regels IVR 2006 een uitsluiting voor schade en kosten veroorzaakt door vertraging en voor indirecte schade.⁴⁴

3.2. Omslag

Voor de omslag van avarij-grosseposten verklaart de wetgever de YAR 1994 resp. de Rijnregels 1979 expliciet van toepassing.⁴⁵ De beide regelingen geven enerzijds aan welke posten (opofferingen en kosten) in aanmerking komen voor omslag in avarij-grosse,⁴⁶ terwijl anderzijds uiteengezet wordt hoe de waarden van de bijdragende vermogensbestanddelen moeten worden berekend.⁴⁷ In aanvulling daarop bevatten zowel de YAR als de Rijnregels IVR diverse formele bepalingen over de afwikkeling van een avarij-grossesituatie. Zo bevatten beide regelingen een verplichting tot het verschaffen van informatie⁴⁸ en gaan beide regelingen onder meer in op de verschuldigde rente,⁴⁹ alsmede op de behandeling van deposito's gestort ter financiële zekerheid van een te betalen bijdrage in avarij-grosse.⁵⁰ Op basis van de tekst van art. 8:613 BW ('de vergoedingen in avarij-grosse en de dragende waarde van de in de avarij-grosse bijdragende belangen') zou betoogd kunnen worden dat deze bepalingen, die niet direct zien op de omslag, niet wettelijk van toepassing zijn verklaard.

Overigens is onder meer niet geregeld wanneer het recht op omslag ontstaat en/of een bijdrage is beperkt tot de waarde van het betreffende vermogensbestanddeel.⁵¹

3.3. Avarij-grossecrediteuren en -debiteuren

Hoewel de omslag in avarij-grosse plaatsvindt over de vermogensbestanddelen betrokken in het maritieme avontuur,

36. Art. 8:610 BW bepaalt in navolging van Rule A en D YAR: 'Er is een avarij-grosse handeling, wanneer – en alleen wanneer – enige buitengewone opoffering of uitgave opzettelijk en redelijkerwijs wordt verricht of gedaan voor de gemeenschappelijke veiligheid met het doel de goederen, betrokken bij een gemeenschappelijke met een zeeschip uitgevoerde onderneming, voor gevaar – hoe of door wiens toedoen dit ook zij ontstaan – te behoeden.' Art. 8:1020 BW is gebaseerd op Regel I van de Rijnregels IVR 1979: 'Avarij-grosse zijn de opofferingen en uitgaven redelijkerwijs verricht of gedaan bij aanwezigheid van bijzondere omstandigheden met het doel een binnenschip en de goederen aan boord daarvan uit een gemeenschappelijk gevaar, hoe of door wiens toedoen dit ook zij ontstaan, te redden.'

37. Voor een uitvoerige toelichting op de verschillende bestanddelen van de definitie zij verwezen naar de Avarij-Grosse Regels IVR met commentaar 2006: www.ivr-eu.com/expertises/juridisch.

38. Zie ook Kruit 2017, p. 91-93.

39. Dit is in de YAR 1994/2016 en in de Rijnregels 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006 bepaald in Rule D resp. Regel III. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 616-617 resp. 965; alsmede Hof Den Haag 17 december 2013, *S&S* 2014/55 (*Maasdijk*).

40. Zie ook Kruit 2017, p. 169 en Kruit 2004, p. 36-38.

41. Zie onder meer Rb. Noord-Nederland 25 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3145; bekrachtigd door Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, *S&S* 2017/27 (*Harms*); Hof Den Haag 23 maart 2010, *S&S* 2015/113 (*Enigma/Saarcoal*); Rb. Rotterdam 10 juni 1999, *S&S* 2000/51 (*Condor*). Anders: Rb. Groningen 28 november 2012, *S&S* 2013/44 (*Qujado*).

42. Zie ook Rb. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6226 (*Happy Rover*).

43. Dit is ook gestipuleerd in Rule C YAR 1994.

44. Regel IV Rijnregels 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

45. Art. 8:613 resp. art. 8:1022 BW. Zie ook par. 2.4 van deze bijdrage.

46. Rule I-XV en Rule A YAR 1994/2016 resp. Regels I, XVIII-XXIV Rijnregels IVR 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

47. Vgl. Rule XVI-XVIII YAR 1994/2016 resp. Regel XII Rijnregels IVR 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

48. Rule E YAR 1994 (toegepast in Rb. Rotterdam 2 april 2014, *S&S* 2015/19 (*Rochester Castle*))/YAR 2016 resp. Regel XIV Rijnregels 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

49. Rule XXI YAR 1994/2016 resp. Regel IX Rijnregels IVR 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

50. Rule XXII YAR 1994/2016 resp. Regel XVII Rijnregels IVR 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006.

51. Kruit 2017, p. 115 resp. 121 (voetnoot 226).

is een bijdrage in avarij-grosse geen zakelijk recht dat kleeft aan de betrokken vermogensbestanddelen.⁵² Op grond van art. 8:612 BW dienen avarij-grossebijdragen te worden betaald door de reder, de belanghebbenden bij de verschuldigde vracht, de ontvanger van de lading en de eigenaren van de overige zich aan boord bevindende zaken.⁵³ Uitgezonderd zijn de eigenaren van brieven, bagage en persoonlijke zaken van opvarenden, waarbij overigens expliciet is bepaald dat een motorrijtuig of schip dat door een vervoerder in het kader van een overeenkomst van personenvervoer wordt vervoerd wel dient bij te dragen in de avarij-grosse.⁵⁴

De wetgever noemt dus niet alleen de bijdragende partijen, maar ook de zaken waarvoor dient te worden bijgedragen. Dat laatste is opvallend nu expliciet wordt bepaald dat de vergoedingen in avarij-grosse en de dragende waarden van de bijdragende belangen in principe worden bepaald met inachtneming van de YAR resp. de Rijnregels.⁵⁵ Curieus is verder dat bij de toepasselijkverklaring van de YAR 1994 in het KB geen voorbehoud is gemaakt met betrekking tot Rule XVII YAR 1994. Deze (ten opzichte van de YAR 1974 gewijzigde) regel houdt in dat onder meer in het kader van een overeenkomst van personenvervoer aan boord vervoerde auto's en schepen niet in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling en verdeling van de avarij-grosse, terwijl art. 8:612 lid 2 BW nu juist bepaalt dat deze wél moeten worden betrokken in de omslag. Bij vervanging van de incorporatie van de YAR 1974 door de YAR 1994 is kennelijk niet opgemerkt dat de YAR 1994 een van de YAR 1974 afwijkende bepaling kenden. Met Japikse⁵⁶ ben ik van mening dat art. 8:612 lid 2 BW als *lex specialis* in principe voor dient te gaan op de bij KB geïncorporeerde Regel XVII YAR 1994. Als de toepasselijkheid van de YAR evenwel contractueel overeengekomen is, zetten de YAR de niet-dwingendrechtelijke wettelijke regeling waarschijnlijk opzij en gaat Regel XVII YAR 1994 in beginsel voor.⁵⁷ Bij incorporatie door de wetgever van de YAR 2016 verdient het aanbeveling duidelijkheid te creëren op dit punt, bijvoorbeeld door toepasselijkheid van deze specifieke YAR-bepaling uit te sluiten. Zeker als de waarde van een vervoermiddel zeer aanzienlijk is (bijvoorbeeld in geval van vervoer van een dure, exclusieve auto of een jacht) en/of de YAR bij de vaststelling van het hulploon in aanmerking zijn genomen lijkt het goed om deze in de omslag te betrekken.⁵⁸ De kans dat daardoor allerlei zaken met beperkte financiële waarde in de omslag worden betrokken lijkt beperkt. De dispacheur heeft doorgaans een grote mate van discretie bij het bepalen van de in de avarij-grosse

op te nemen posten en kan er dus voor kiezen bepaalde zaken buiten de verdeling te houden. In de YAR 2016 is zelfs expliciet vastgelegd dat de dispacheur kan besluiten bepaalde vermogensbestanddelen buiten de dispache te houden, in het geval dat opname slechts zou leiden tot extra kosten en geen financieel voordeel oplevert.⁵⁹

Opvallend is dat de wetgever de ontvanger van de lading als avarij-grossedebiteur aanwijst, maar voor overige vermogensbestanddelen de eigenaar van het goed als debiteur bestempelt. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit verschil is gemaakt op praktische gronden.⁶⁰ De ladingontvanger zou de in de praktijk relevante partij zijn. Het begrip 'ontvanger' is echter in de Nederlandse wet niet gedefinieerd.⁶¹ Verder kan problematisch zijn dat niet altijd duidelijk is of een bepaald vermogensbestanddeel dient te worden aangemerkt als lading of als ander vermogensbestanddeel.⁶² Evenmin wordt in de wet duidelijk vastgelegd welke partijen als avarij-grossecrediteur hebben te gelden, dus wie een vordering tot een avarij-grossebijdrage kan instellen. Onduidelijk is of degenen die bijdragen en degenen die aanspraak maken op een bijdrage dezelfde partij moeten zijn. In het kader van het omslagstelsel waarin toerekening naar goederen plaatsvindt, zou dat eigenlijk het geval moeten zijn.⁶³ Anderzijds past dit niet in het *in personam*-vergoedingssysteem dat de wetgever voor ogen heeft. Internationaal is dit een weinig uitgewerkt punt.⁶⁴ De internationale standaardregelingen geven geen uitsluitel; die zien immers slechts op een toerekening aan de verschillende goederen.

3.4. Avarij-grosse als ladingschade

Kenmerkend aan de Nederlandse regeling is dat uitdrukkelijk staat vermeld dat een betaling in de avarij-grosse dient te worden gezien als een vermindering van de waarde van het goed.⁶⁵ Een op een bepaald goed drukkende avarij-grossebijdrage dient dus in feite op dezelfde manier te worden behandeld als een ladingschade.⁶⁶ Concreet betekent dit onder meer dat door een vervoerder in beginsel niet met succes aanspraak gemaakt kan worden op een bijdrage in de avarij-grosse bij toepasselijkheid van de Hague-Visby Rules en de avarij-grossemaatregelen noodzakelijk waren doordat voor en bij aanvang van de reis onvoldoende zorg was betracht voor de zeewaardigheid van het schip.⁶⁷

52. Wel is er in de meeste rechtsstelsels en vervoerovereenkomsten een retentierecht aan de vervoerder/scheepseigenaar toegekend voor verhaal van de avarij-grossebijdrage voor aan boord van het schip vervoerde lading. Zie ook in meer detail par. 3.5.

53. Art. 8:612 lid 1 resp. art. 8:1021 lid 1 BW.

54. Art. 8:612 lid 2 resp. art. 8:1021 lid 2 BW.

55. Art. 8:613 resp. art. 8:1022 BW.

56. Vgl. Asser/Japikse 2004, p. 210.

57. Kruit 2017, p. 44-45.

58. Vgl. ook *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 620 resp. 966.

59. Rule XVII lid a sub ii YAR 2016.

60. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 620 resp. 966.

61. Zie ook Kruit 2017, p. 142.

62. Zie ook Kruit 2017, p. 145-146. Dit geldt met name voor het zeevervoer. In de Rijnregels 1979/Avarij-Grosse Regels IVR 2006 is in Regel XXVI expliciet aangegeven dat containers en andere vervoermiddelen als lading hebben te gelden.

63. Zie ook Kruit 2017, p. 156-157.

64. Zie Kruit 2017, p. 131-157.

65. Art. 8:389 BW.

66. Dit is niet universeel aanvaard. Zie Kruit 2017, p. 172.

67. HR 11 juni 1993, NJ 1995/235 (*Quo Vadis*).

3.5. Zekerheid

Ter veiligstelling van de vergoeding van een bijdrage in avarij-grosse is aan de *vervoerder* een retentierecht toegekend.⁶⁸ Opvallend is dat dit recht niet is toegekend aan de *reder*, terwijl deze laatste de avarij-grosse doorgaans regelt en bovendien door de Nederlandse wet als avarij-grossecrediteur wordt beschouwd.⁶⁹ Dat geldt temeer nu avarij-grosse, hoewel vaak contractueel geregeld, wettelijk als een buitencontractueel leerstuk wordt beschouwd.⁷⁰ Het lijkt dan ook zinvol als het retentierecht zekerheidshalve ook wordt toegekend aan de reder.

Bovendien is relevant dat ladingbelanghebbenden vaak weinig mogelijkheden hebben een bijdrage in de avarij-grosse te vorderen als de reder/vervoerder niet tot aanstelling van een dispacheur overgaat en/of afziet van het regelen van zekerheid voor de vordering van deze ladingbelanghebbenden, zeker in het geval van meerdere betrokken belangen (bijvoorbeeld bij een avarij-grosse met betrekking tot een containerschip). Ter veiligstelling van de positie van dergelijke avarij-grossecrediteuren leggen diverse andere nationale rechtsstelsels dan ook een verplichting op aan de vervoerder/scheepseigenaar om tot een omslag in avarij-grosse over te gaan⁷¹ en/of om zekerheid te regelen ten behoeve van alle partijen met een vordering tot bijdrage in de avarij-grosse.⁷² Het lijkt zinvol ook in de Nederlandse wetgeving dergelijke verplichtingen op te nemen.

3.6. Verjaring

De in Boek 8 met betrekking tot avarij-grosse opgenomen verjaringsregeling (art. 8:1830-1832 BW) geldt zowel voor de zeevaart als voor de binnenvaart. De regeling blinkt niet uit in helderheid. Diverse aspecten, zoals de benoeming van een dispacheur en het instellen van een rechtsvordering tot betaling van een avarij-grossbijdrage zijn geregeld, maar de verschillende bepalingen zijn niet op elkaar afgestemd. Zo bevat de wet een separate termijn voor het vragen van homologatie van de dispache waarvan niet duidelijk is hoe die zich verhoudt tot de andere bepalingen.⁷³

Niet geregeld is hoe een eventuele vordering tot bijdrage in de avarij-grosse kan worden gestuit en hoe de wettelijke ter-

mijnen zich verhouden tot de in de vervoerovereenkomsten opgenomen verjaringstermijnen.⁷⁴

De YAR 1994 bevatten geen verjaringstermijn. De YAR 2016 (net als de YAR 2004) doen dat wel; zij kennen een verjaringsstermijn van één jaar nadat de dispache is gepubliceerd.⁷⁵ Daaraan gekoppeld is een vervaltermijn opgenomen van zes jaar na datum van beëindiging van het maritieme avontuur.⁷⁶ Als besloten zou worden tot incorporatie van de YAR 2016 in de Nederlandse wet over te gaan, dan is van belang dat er ook aandacht wordt besteed aan de relatie tussen de termijnen opgenomen in Boek 8 BW en die in de YAR 2016.

3.7. Dispacheur

De Nederlandse wet bevat geen regeling van de positie van de dispacheur.⁷⁷ Van oudsher wordt de dispacheur in Nederland gezien als een onpartijdige scheidsman.⁷⁸ Dat had daarmee te maken dat de dispacheur traditioneel in Nederland werd aangesteld bij een door partijen bij de avarij-grosse gesloten compromis ofwel werd aangesteld door de rechtbank.⁷⁹ De laatste jaren is het echter gebruikelijk geworden dat de dispacheur slechts eenzijdig wordt aangesteld door de reder. Onder sommige rechtsstelsels wordt hij juridisch gezien zelfs beschouwd als de vertegenwoordiger/‘agent’ van de rederij.⁸⁰ Dit ondanks het feit dat hij vergaande bevoegdheden heeft en het voor een juiste toepassing van het avarij-grosseconcept eigenlijk noodzakelijk is een onafhankelijke en onpartijdige dispacheur te hebben. Tijdens de onderhandelingen over de YAR 2016 is namens de Nederlandse avarij-grossecommissie van de NVV dan ook voorgesteld dat er in de YAR een regel wordt opgenomen waarin wordt vastgelegd dat de dispacheur onafhankelijk en onpartijdig dient op te treden.⁸¹ Het voorstel is na uitvoerig beraad en ondanks ondersteuning van IUMI (International Union of Marine Insurance) niet aanvaard, mede omdat werd toegevoegd dat de positie van de dispacheur niet thuishoort in de YAR en op nationaal niveau geregeld zou moeten worden.⁸² Wel is in de bij de YAR 2016 nieuw aangenomen CMI Guidelines Relating to General Average de bepaling opgenomen dat:

68. Art. 8:489 lid 2 resp. art. 8:954 BW.

69. Art. 8:612 BW.

70. De avarij-grosseregelingen zijn immers opgenomen in de titels over ongevallen.

71. Bijvoorbeeld § 595 van het in 2013 ingevoerde Duitse Handelsgesetzbuch.

72. Vgl. bijvoorbeeld de Engelse uitspraak *The Lehmann Timber* [2013] 2 Lloyd's Rep. 541; alsmede art. 17:5 Zweedse Zeewet en § 594(4) Duits Handelsgesetzbuch. Zie ook Kruit 2017, p. 162.

73. Homologatie van de dispache is geregeld in het Wetboek van Rechtsvordering (art. 641-641d Rv). Hoewel verouderd, wordt de regeling nog steeds toegepast. Verwezen zij bijvoorbeeld naar het arrest van het Hof Den Haag 17 december 2013, *S&S 2014/55 (Maasdijk)*. Zie ook Kruit 2017, p. 127-129 en Kruit 2008. Problemen kunnen ook ontstaan met jurisdictie. Zie ook Rb. Rotterdam 4 juni 2003, *S&S 2004/32; JBPr 2004/76*, m.nt. F.G.M. Smeele (*Coral*).

74. Zie echter Rb. Rotterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD4110, *NIPR 2008/185 (Devo)*.

75. Rule XXIII YAR 2004-2016. Deze termijn komt dus overeen met de termijn van art. 8:1832 BW.

76. Zie ook Kruit 2017, p. 182-187.

77. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 638 Rv) wordt slechts ingegaan op zijn aanstelling.

78. L. Hardenberg, 'De dispache naar Nederlands recht', in: H.A.J. Baanders (red.), *Recht door Zee, Liber Amicorum H. Schadee*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 105 en 110.

79. Idem, p. 102; E.J. Asser, *Het Amsterdamsch Compromis voor de regeling der avarij-grosse en avarij particulier op de lading*, Amsterdam: Blikman & Sartorius 1879.

80. Bijvoorbeeld naar Engels recht. Dat is met zoveel woorden uitgemaakt door Lord Diplock in de Privy Councils beslissing in *The Potoi* [1983] 2 Lloyd's Rep. 376. Zie ook Kruit 2017, p. 100-101.

81. Kruit 2017, p. 104-105.

82. Idem. De vraag is of een regeling op nationaal niveau volstaat nu een avarij-grossekwesie vaak internationaal van aard is, het vaak niet duidelijk is hoe het recht toepasselijk dient te worden verklaard en de link met het nationale recht niet altijd heel sterk is. Daarbij gelden er verschillende regelingen in de diverse jurisdicties.

'Irrespective of the identity of the instructing party, the average adjuster is expected to act in an impartial and independent manner in order to act fairly to all parties involved in a common maritime adventure.'⁸³

Deze Guidelines hebben echter geen enkele officiële status.⁸⁴ Het lijkt dan ook nuttig met zoveel woorden in de Nederlandse wet vast te leggen, (hetzij in Boek 8 BW, hetzij in Rv) dat de dispacheur ongeacht wie hem instrueert onafhankelijk en onpartijdig dient op te treden.

4. Tot slot

Zeevervoer en vervoer over de binnenwateren zijn vaak internationaal van aard en er zijn dan ook vaak meerdere partijen van diverse nationaliteiten betrokken. In de praktijk wordt veelvuldig gekozen voor contractuele toepasselijkverklaring van internationale standaardvoorwaarden. Bovendien komt het regelmatig voor dat vervoerscontracten ook andere aspecten van de avarij-grosse regelen. Het gevolg is dat bepalingen van nationaal recht vrijwel per definitie beperkt zijn wat betreft inhoud en reikwijdte. Aangezien de omslag in de avarij-grosse in feite slechts deugdelijk kan plaatsvinden als alle partijen betrokken in het gemeenschappelijke maritieme avontuur aan dezelfde regels gebonden zijn, is van belang zo veel mogelijk internationaal te regelen. De keuze van de wetgever voor aansluiting bij de in de praktijk gebruikte standaardregelingen is dan ook verstandig.

Vanuit juridisch oogpunt zou het de voorkeur verdienen als er een internationale, dwingendrechtelijk toepasselijke regeling zou worden gecreëerd waarin wordt gekozen voor een bepaalde versie van de bestaande standaardregelingen en waarin in aanvulling daarop diverse aspecten van de avarij-grosse uniform geregeld worden.⁸⁵ Nu deze regeling ontbreekt en naar het zich nu laat aanzien evenmin binnen afzienbare tijd zal worden gecreëerd, lijkt het zinvol de regeling in Boek 8 BW op een aantal punten aan te passen en uit te breiden. Om te beginnen zouden de geïncorporeerde standaardregelingen mijns inziens moeten worden vervangen door de YAR 2016 en de Avarij-Grosse Regels IVR 2006. Daarbij zou in de KB's aandacht besteed moeten worden aan de relatie tussen de tekst van de wet en de te incorporeren bepalingen. Verder zou toegevoegd moeten worden dat de dispacheur onafhankelijk en onpartijdig dient op te treden. Ook zou de vervoerder/scheepseigenaar verplicht moeten worden om een dispache op te stellen in geval er avarij-grossekosten zijn gemaakt of geleden door andere partijen en om ten gunste van deze partijen zekerheid te regelen. Daarnaast en daartoe zou het retentierecht moeten worden uitgebreid door dit eveneens toe te kennen aan de scheepseigenaar.

Want ja, 'less is more', maar datgene wat geregeld is (het 'less') moet wel afdoende zijn.

83. CMI Guidelines relating to General Average, D(2)(2.1).

84. Zie over de CMI Guidelines in algemene zin ook Kruit 2017, p. 36-27 en Kruit 2016, p. 81-82. Vgl. voor de positie van de dispacheur in de CMI Guidelines Kruit 2017, p. 105.

85. Zie ook Kruit 2017, p. 259-263.