

Mw. mr. J.A. Kruit LLM*

Nederlands formeel avarij-grosserecht; een bij de praktijk aansluitende regeling?

1. INLEIDING

Veel schepen die tegenwoordig worden ingezet voor het vervoer van goederen over zee hebben een enorme capaciteit. Een schip dat 9000 containers kan vervoeren is niets bijzonders meer.¹ In geval van een ongeval aan boord van een dergelijk schip, is de schade dan ook vaak enorm. Ook bij ongevallen aan boord van kleinere schepen kan de schade flink oplopen. Een voorbeeld van een schip dat recentelijk in de problemen is gekomen is het ms. 'MSC Napoli'.² Dit schip is begin van dit jaar gestrand voor de Engelse zuidkust met grote schade aan schip en lading tot gevolg. Ook kan worden gedacht aan de branden aan boord van de containerschepen 'Hyundai Fortune' en 'Hanjin Pennsylvania'.³ Bij zulke ongevallen wordt er logischerwijs actie ondernomen om de schade zo veel mogelijk te beperken; zo worden branden geblust, motorproblemen verholpen in noodhavens en gestrande schepen weer vlot getrokken. Zou dit niet gebeuren, dan zouden de schepen inclusief lading mogelijk vergaan of in ieder geval niet op de plaats van bestemming arriveren. De kosten die zijn verbonden aan voornoemde 'reddingsacties' zijn dan ook in het gemeenschappelijk belang gemaakt. In dergelijke gevallen zorgt een omslag in de avarij-grosse ervoor dat de kosten worden verdeeld over degenen die belang hebben gehad bij de gemaakte kosten.

Het principe van de avarij-grosse houdt in dat de bijzondere opofferingen die zijn gedaan in het gemeenschappelijk belang van schip en lading door de verschillende belanghebbenden evenredig naar de mate van hun belang worden gedragen.⁴ Hiermee wordt gepoogd de kosten die in het gemeenschappelijk belang zijn gemaakt te spreiden over degenen die er profijt van hebben gehad dat deze kosten zijn gemaakt. De materiële aspecten van de avarij-grosse (kan een bepaalde handeling worden aangemerkt als avarij-grossehandeling; komen de gemaakte kosten voor omslag in aanmerking, etc.) worden in geval van zeereizen doorgaans behandeld op basis van de York-Antwerp Rules (hierna 'YAR').⁵ De YAR zijn standaardvoorwaarden met bepalingen van materieel avarij-grosserecht.⁶ Zij worden in vrijwel alle vervoerovereenkomsten ter wereld van toepassing verklaard.^{7,8} Voor de binnenvaart zijn de bepalingen van materieel avarij-grosse neergelegd in de Rijnregels IVR. Ook deze regels worden veelvuldig van toepassing verklaard.⁹ Het materiële avarij-grosserecht is derhalve redelijk uniform.¹⁰ Voor wat betreft het formele avarij-grosserecht bestaat er geen standaardregeling; een verdrag of anderszins uniforme regeling ontbreekt.¹¹ Ieder rechtstelsel heeft zijn eigen bepalingen die sterk (kunnen) verschillen van elkaar.

* Mw. mr. J.A. Kruit is advocaat bij Van Traa Advocaten N.V. te Rotterdam. De auteur bedankt prof. mr. M.H. Claringbould, prof. mr. F.G.M. Smeele, mr. H. Boonk en mr. J.H.J. Gerritsen voor hun commentaar.

- De grootste containerschepen ter wereld, de ms. 'Emma Maersk' en ms. 'Elly Maersk', kunnen tussen de 12.000 en 14.500 containers laden. Grote containerschepen kunnen tot ongeveer 9500 containers vervoeren.
- Het ms. 'MSC Napoli' strandde tijdens de storm aan de Engelse zuidkust op 18 januari 2007. Een groot aantal containers ging overboord en kwam aan boord onder water te staan.
- Zowel aan boord van het ms. 'Hyundai Fortune' (21 maart 2006) als bij het ms. 'Hanjin Pennsylvania' (11 november 2002) brak brand uit als gevolg van een explosie. Door de branden werd een groot aantal containers vernietigd. Daarnaast liepen veel containers bluswaterschade op.
- Rule A YAR; art. 8:610 BW.
- Vgl. *Parl. Gesch Boek 8 BW*, p. 614.
- De YAR bevat geen bepalingen van formeel avarij-grosserecht, zoals ook terecht is bevestigd door het Hof Leeuwarden (Hof Leeuwarden 25 maart 1998, *S&S* 2001, 87 (*Baltiyskiy* 56)).
- Bills of lading* en charterparties bevatten over het algemeen clausules met de volgende strekking 'General average to be adjusted, stated and settled in accordance with the York-Antwerp Rules 1994'. Ook de YAR 1974 worden nog regelmatig van toepassing verklaard.
- In Nederland hebben de YAR 1994 bovendien kracht van wet op grond van art. 8:613 BW jo. AMvB van 5 februari 2000, *Stb.* 2000, 111. Opgemerkt moet worden dat er in 2004 een nieuwe versie van de YAR is vastgesteld, de YAR 2004. Het succes van de YAR 2004 lijkt voorsnog beperkt. BIMCO heeft haar leden ontraden de YAR 2004 te incorporeren. De Nederlandse wetgever lijkt evenmin van plan de YAR 2004 bij AMvB kracht van wet te geven. Zie voor een overzicht van de verschillen tussen de YAR 1994 en de YAR 2004 F.G.M. Smeele, 'Avarij-grosse: de nieuwe York-Antwerp Rules 2004', *NTHR* 2005-1, p. 18-22.
- In Nederland hebben de Rijnregels IVR bovendien kracht van wet op grond van art. 8:1022 BW jo. AMvB van 5 februari 2000, *Stb.* 2000, 112.
- Echter, de uitleg van de verschillende regels van de YAR kan per land verschillen. Zo heeft men in Nederland lange tijd Rule D YAR anders uitgelegd dan in Engeland. Zie Kruit 2004, p. 35-48.
- Het Londens Beperkingsverdrag 1976 bevat in art. 3 wel de uniforme regeling dat een avarij-grossesvordering niet vatbaar is voor beperking van aansprakelijkheid. Deze bepaling is overgenomen in art. 8:753 BW.

De Nederlandse regeling van formeel avarij-grosserecht is neergelegd in art. 638-641d Rv. Deze regeling is vastgesteld bij wet van 23 mei 1990¹² als vervanging van art. 317-320 Rv (oud). Van een exclusieve regeling is geen sprake; het staat partijen vrij in onderling overleg anders overeen te komen. De betrekkelijk recent ingevoerde regeling bevat volgens de parlementaire geschiedenis een 'meer bij de praktijk aansluitende regeling'.¹³

De afgelopen jaren lijkt de afwikkeling van avarij-grosse-evenementen in Nederland te zijn veranderd. Waar vroeger steeds werd uitgegaan van de 'eerst betalen, dan verhalen'-opvatting, is de huidige in de rechtspraak zichtbare lijn dat er direct verweer mogelijk is tegen een vordering tot bijdrage in de avarij-grosse, zonder dat men eerst hoeft te betalen.¹⁴ In dit verband is interessant te bekijken hoe een avarij-grossegeval in de praktijk wordt uitgevochten en opgelost. Vervolgens is de vraag gerechtvaardigd of de Nederlandse regeling van het formele avarij-grosserecht nog in dit nieuwe systeem past en nog altijd voorziet in een 'bij de praktijk aansluitende regeling'.

In dit artikel wordt een uiteenzetting gegeven over de formele afwikkeling van een avarij-grosse. Hierbij worden zowel de afwikkeling in de praktijk als de Nederlandse wettelijke regeling voor de formele afwikkeling van een avarij-grosse zoals neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering behandeld. Bekeken wordt in hoeverre de wet een werkzame regeling geeft voor de praktijk. Geconcludeerd wordt dat de Nederlandse regeling van formeel avarij-grosserecht niet meer past in de huidige praktijk van de afwikkeling van een avarij-grosse. Bepleit wordt dat de regeling wordt aangepast.

2. AVARIJ-GROSSE; AANSTELLEN DISPACHEUR

2.1. Avarij-grosseverklaring en benoeming dispacheur (art. 638 Rv)

Uit Rule A YAR en het Nederlandse equivalent hiervan, art. 8:610 BW, alsmede uit Rule III IVR en art. 8:1022 BW volgt dat als aan de in die artikelen gestelde criteria voldaan is, er al sprake is van een avarij-grossehandeling. In de praktijk wordt evenwel veelal aangegeven dat 'avarij-grosse is verklaard'. De avarij-grosseverklaring is voor wat betreft het Nederlandse recht geen vereiste, nu avarij-grosse van rechtswege ontstaat.¹⁵ Met een avarij-grosseverklaring wordt doorgaans bedoeld dat de scheepseigenaar¹⁶ of de ladingbelanghebbenden van mening is/zijn dat er zijns/huns inziens sprake is van opzettelijke opofferingen (gemaakte kosten en/of bewust veroorzaakte schades) die voor omslag in avarij-grosse in aanmerking komen.¹⁷ Veelal zal de avarij-grosseverklaring afkomstig zijn van de scheepseigenaar. Hij heeft immers vaak belang bij een omslag aangezien hij de meeste kosten heeft moeten maken (bijvoorbeeld reparatiekosten, sleepkosten, kosten voor verblijf in de noodhaven en/of het voorschieten van de kosten van de dispacheur). Via de weg van de avarij-grosse kan een deel van de gemaakte kosten verhaald worden. Derhalve zal de scheepseigenaar de procedure dan ook vaak aansturen, zekerheid voor een eventuele later vast te stellen bijdrage proberen te verkrijgen en een dispacheur aanwijzen. De scheepseigenaar wordt hier over het algemeen ook toe aangemoedigd door zijn cascoverzekeraar. Avarij-grosse-opofferingen en kosten gemaakt door de scheepseigenaar vallen namelijk over het algemeen onder de cascopolis.¹⁸ Ook valt de door hem te betalen bijdrage normaal gesproken onder de cascodekking.¹⁹ De cascoverzekeraar probeert het bedrag van de uitkering zo veel mogelijk te verhalen op de avarij-grossedebiteuren en/of de P&I-Club van het schip.²⁰

12. Wet van 23 mei 1990, *Stb.* 1990, 379 jo. 1991, 127.

13. *Kamerstukken II* 1986/87, 19.979, nr. 3, p. 124 (MvT).

14. Rb. Rotterdam 5 september 1997, *S&S* 1998, 2 (*Kvarner*); Rb. Rotterdam 10 juni 1999, *S&S* 2000, 51 (*Condor*); Hof 's-Gravenhage 27 april 1999, *S&S* 2000, 130 (*Linquenda II*); Rb. Rotterdam 14 maart 2007, (*Enigma/Saarcoal*, ongepubliceerd). Indirect ook Arbitrale beslissing 11 december 1990, *S&S* 1991, 122 (*Isabel*).

15. De meeste landen vereisen geen 'avarij-grosseverklaring'. Echter, er zijn landen waar de verklaring wel vereist is. De lokale (scheeps)agenten zijn over het algemeen op de hoogte van de vereisten ter plaatse.

16. Onder de 'scheepseigenaar' wordt indien er sprake is van rompbefrachtiging de rompbefrachter bedoeld. Vgl. ook de Nederlandse wettelijke regeling zoals neergelegd in art. 638 Rv. Ingeval er sprake is van een rompbefrachtingsovereenkomst heeft de geregistreerde eigenaar zijn kale schip verhuurd aan de rompbefrachter (art. 8:530 BW). De geregistreerde eigenaar heeft dan geen inbreng in de exploitatie van zijn schip. Derhalve is de rompbefrachter in dergelijke gevallen logischerwijs ook betrokken bij de avarij-grosseprocedure. Opmerkelijk is echter dat slechts de scheepseigenaar zelf avarij-grossedebiteur is. Volgens de Parlementaire Geschiedenis bij art. 8:612 BW vallen bevrachters hier buiten.

17. Door avarij-grosseverklaring wordt dit aan iedereen duidelijk kenbaar gemaakt. Met de avarij-grosseverklaring wordt de aandacht gezocht en wordt een specifiek moment gemarkeerd. Mogelijkerwijs probeert degene die avarij-grosse verklaart hierdoor zijn bewijspositie te versterken door te laten weten dat de opofferingen opzettelijk zijn gemaakt.

18. Vgl. F.D. Rose, *General Average – law and practice*, Londen: LLP 2005, p. 123.

19. Zie bijvoorbeeld de Nederlandse Beurs-Cascopolis voor de binnenvaart 2006 art. 7: 'Voor rekening van de verzekeraars zijn mede A1. het aandeel ten laste van het schip in een avarij-grosse (...)' Zie ook International Hull clauses art. 8: 'This insurance covers the vessel's proportion of (...) general average (...) in case of general average sacrifice of the vessel the Assured may recover in respect of the whole loss without first enforcing their right of contribution from other parties.'

20. De bijdrage wordt in eerste instantie gevorderd van ladingbelanghebbenden. Indien zij betalen is de kous daarmee af. Anders wordt het op het moment dat ladingbelanghebbenden verweer voeren tegen een avarij-grossebijdrage (bijvoorbeeld op grond van Rule D). Indien een dergelijk verweer succesvol wordt gevoerd, betekent dit dat de scheepseigenaar aansprakelijk is voor het evenement dat aanleiding vormde voor de avarij-grosse en de bijdrage dus niet kan incasseren. De aansprakelijkheid van de scheepseigenaar is niet gedekt onder de cascoverzekering, maar doorgaans verzekerd bij een P&I-Club. De cascoverzekeraar zal dan verhaal halen bij de P&I-Club voor de gevorderde bijdrage in de avarij-grosse. Het komt er dus op neer dat via de avarij-grosse schaden die eigenlijk voor rekening van de cascoverzekeraars zouden moeten komen, door de cascoverzekeraars verhaald worden op de P&I-Clubs.

Naar Nederlands recht is de scheepeigenaar op het moment dat hij van mening is dat er sprake is van avarij-grosse, bovendien verplicht een dispacheur aan te stellen. Ook moet hij hiervan mededeling doen aan degenen die zijns inziens in de avarij-grosse moeten bijdragen.²¹ Dit is expliciet vastgelegd in art. 638 lid 1 Rv.²² Indien de scheepeigenaar niet aan deze verplichting voldoet, kunnen alle mogelijke avarij-grossedebiteuren en -crediteuren de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waar de reis eindigde verzoeken een dispacheur te benoemen (art. 638 lid 2 Rv).²³ Een dergelijk verzoek kan binnen één jaar na het einde van de reis worden gedaan.²⁴

2.2. Dispacheur ('average adjuster')

De dispacheur ('average adjuster') draagt zorg voor de omslag en berekening van de avarij-grosse. Hij bepaalt welke schades en kosten het karakter van een avarij-grosse-opoffering hebben, wat de geredde waarden zijn²⁵, welke personen verplicht zijn bij te dragen in de avarij-grosse en hoe groot die bijdrage is. Ook bepaalt hij wie er recht heeft op een vergoeding en voor welke geleden schade en/of gemaakte kosten.²⁶ De berekening en verdeling gebeurt in geval van zeevervoer doorgaans op basis van de YAR en in geval van binnenvaart op basis van de Rijnregels IVR.²⁷

De dispacheur legt zijn bevindingen neer in een zogenoemde dispache ('average adjustment'). Op grond van art. 639 Rv zijn de belanghebbenden bij de avarij-grosse verplicht de dispacheur op zijn verzoek te voorzien van alle informatie en documentatie die hij nodig heeft voor het opstellen van de dispache.²⁸ Indien aan een dergelijk verzoek van de dispacheur geen gehoor wordt gegeven, is de dispacheur bevoegd de benodigde gegevens zelf te

achterhalen, welke gegevens dan vermoed worden juist te zijn (art. 638 lid 2 Rv).

2.3. Zekerheid

Voordat hij zich aan het opstellen van de dispache zet, heeft de dispacheur echter over het algemeen als eerste taak ervoor te zorgen dat er door de mogelijk tot bijdrage verplichte personen, de avarij-grossedebiteuren, zekerheid wordt gesteld terzake de later naar inhoud en omvang vast te stellen door hen te betalen avarij-grossedebijdrage. Dat zekerheid gesteld wordt is van groot belang aangezien avarij-grosseskosten op voorhand niet goed te begroten zijn²⁹, terwijl het opstellen van een dispache vaak lange tijd in beslag neemt. Daar komt bij dat de avarij-grossedebiteuren soms niet bekend zijn bij degenen die mogelijk recht hebben op een uitkering in avarij-grosse, de avarij-grossedebiteuren. Uit de parlementaire geschiedenis³⁰ bij art. 8:612 BW kan worden afgeleid dat de cognossementhouder in principe avarij-grossedebiteur is.³¹ Indien voor de betreffende reis bijvoorbeeld door de vervoerder een ordercognossement is afgegeven dat door de afzender in blanco is geëndosseerd, is tot het moment van presentatie van het cognossement (en soms zelfs ook daarna³²) voor de vervoerder niet duidelijk wie er cognossementhouder is en dus van wie er te zijner tijd een bijdrage gevorderd moet gaan worden.

In de vervoerovereenkomst bedingt de reder vrijwel zonder uitzondering een retentierecht ('lien') op de vervoerde goederen ter veiligstelling van zijn recht op een later door de dispacheur naar inhoud en omvang vast te stellen avarij-grossedebijdrage. In het Nederlandse recht is het retentierecht voor avarij-grossedebijdragen bovendien wettelijk geregeld in art. 8:489 lid 2 BW. Zonder dat er

21. In de YAR is niet opgenomen welke partijen bijdrageplichtig zijn. In het Nederlandse recht staan de tot bijdrage verplichte partijen opgesomd in art. 8:612 BW en 8:1021 BW. Kortweg moeten scheepeigenaar, lading en vracht bijdragen (De Vries 2007 (*T&C BW*), art. 8:612 BW, aant. 2). Vgl. ook voetnoot 18, 33 en 45 van dit artikel.
22. Onduidelijk is hoe dit naar Engels recht zit. Kouladis meent dat er in het algemeen geen rechtsplicht tot aanstelling van een dispacheur bestaat voor de scheepeigenaar (N. Kouladis, 'The Legal Status of Average Adjusters', *JBL* 1994, p. 488). Rose is van mening dat op grond van *The Potoi Chau* ([1984] AC 226) verdedigbaar is dat de reder op grond van de vervoerovereenkomst verplicht kan worden een dispacheur aan te wijzen (Rose 2005, p. 109).
23. Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 12 november 2002, *S&S* 2003, 28 (*Sabur*). Naar Engels recht is overigens verdedigbaar dat alle belanghebbenden in principe bevoegd zijn een dispacheur aan te wijzen (*Chandris v. Argo Ins Co Ltd* [1963] 2 Lloyd's Rep. 65).
24. Vgl. art. 8:1830 BW.
25. Het bedrag van de geredde waarde is van belang voor de vaststelling van de avarij-grossedebijdragen die uiteindelijk moeten worden voldaan. Daarnaast is het van belang voor het bepalen van de hoogte van de garantie. Over het algemeen wordt van ladingverzekeraars een garantie gevraagd voor een percentage van de CIF-waarde van de goederen. Bij het ongeval met het ms. 'Hyundai Fortune' op 21 maart 2006 werd bijvoorbeeld een percentage van 10% van de CIF-waarde voor avarij-grosseszekerheid gevraagd.
26. De dispacheur wordt in de Nederlandse opvatting van oudsher gezien als een 'onpartijdige scheidsrechter'. Zie hierover uitgebreid L. Hardenberg, 'De dispache naar Nederlands recht', in: *Recht door zee. Liber amicorum H. Schadee*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 101-110. Naar Engels recht geldt dit niet onverkort. Zie hierover D.J. Wilson & J.H.S. Cooke, *Lowndes & Rudolf, The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, Londen: Sweet & Maxwell 1997, p. 175.
27. Zie ook onder 1 van dit artikel.
28. Dit is ook vastgelegd in Rule E YAR.
29. Zie ook Hof 's-Gravenhage 7 november 1989, *S&S* 1990, 135 (*Sils*).
30. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, p. 620.
31. Ook naar Engels recht wordt in geval van cognossementsvervoer de cognossementhouder tegenwoordig geacht avarij-grossedebiteur te zijn, ongeacht of hij ten tijde van het ontstaan van de avarij-grosse wel eigenaar van de goederen was. Vgl. Carriage of Goods by Sea Act 1924.
32. Bijvoorbeeld indien het cognossement gepresenteerd wordt door een ontvangstexpediteur. Vgl. HR 8 november 1991, *S&S* 1992, 37 (*Brouwersgracht*).

avarij-grossezekerheid is gesteld zullen de goederen dan ook normaal gesproken niet worden vrijgegeven.³³

Normaal gesproken wordt door de ladingeigenaar steeds een 'average bond' afgegeven. In de eerste plaats dient dit ter identificatie van de avarij-grossedebiteur. De dispacheur weet op deze manier tot wie hij zich voor het vervolg moet richten. In de tweede plaats wordt door ondertekening van de average bond in sommige gevallen een verplichting tot bijdragen in de avarij-grosse gecreëerd. Indien de cognossementhouder niet ook de materieel belanghebbende is, wordt de materieel belanghebbende door ondertekening van de average bond avarij-grossedebiteur.³⁴ In de derde plaats wordt het afgeven van de average bond in landen met een 'common law'-rechtssysteem wel gezien als een schuldvernieuwing op basis waarvan ook een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen.³⁵ Naast het afgeven van de average bond dient er zekerheid te worden gesteld voor de uiteindelijke betaling. In het geval de lading niet verzekerd is, moet door de ladingbelanghebbende een cash deposit worden gesteld. In geval van verzekerde lading volstaat de afgifte van een 'average guarantee' door de ladingverzekeraars.³⁶ Veelal worden hier de standaardformulieren 'Lloyd's Average Bond' en 'Lloyd's Average Guarantee' voor gebruikt. Onduidelijk is of er een verplichting bestaat tot het stellen van zekerheid door middel van ondertekening van standaardformulieren. Volgens de Rechtbank Rotterdam is dit het geval.³⁷ De Rechtbank Amsterdam is daarentegen van mening dat slechts zekerheid moet worden gesteld voor het geschatte bedrag van een eventueel later verschuldigde avarij-grossebijdrage en dat zekerheid niet noodzakelijkerwijs op standaardformulieren hoeft te worden gesteld.³⁸ De garanties worden in principe slechts afgegeven voor het geval op een later moment komt vast te staan dat er een verplichting tot bijdragen bestaat. Niet vereist is dan ook dat een 'on first demand guarantee' wordt afgegeven.³⁹ Echter, het staat partijen vrij om anders over-

een te komen.⁴⁰ Het is derhalve van groot belang de bewoordingen van de standaardformulieren nauwkeurig na te gaan alvorens de formulieren te ondertekenen.⁴¹ Dit is overigens ook van belang in het kader van de tenaamstelling van de garantie. Hoewel de scheepseigenaar vaak avarij-grossecrediteur is, komt ook voor dat ladingbelanghebbenden recht hebben op een avarij-grossebijdrage. Met het oog op een dergelijk geval is het van belang dat de garantie niet slechts ten gunste van de scheepseigenaar is gesteld.⁴²

3. INCASSO VAN DE AVARIJ-GROSSEBIJDRAGE

3.1. Verzoek tot betaling avarij-grossebijdrage

Nadat de dispache is opgesteld komt de vraag van de afwikkeling aan de orde. Over het algemeen zal de dispacheur de personen waarvan hij heeft vastgesteld dat zij 'bijdrageplichtig' zijn⁴³ in kennis stellen van het afronden van de dispache.⁴⁴ In sommige gevallen zal de dispacheur kopie van de dispache toesturen. Bij een avarij-grosse met veel belanghebbenden gebeurt dit echter meestal niet. De dispacheur volstaat dan met toezending van een uittreksel van de dispache. Naar Nederlands recht kan de dispacheur zijn dispache deponeren bij de Rechtbank Rotterdam (art. 640 Rv). In dat geval is hij – voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is – verplicht alle belanghebbenden hierover te informeren alsmede om hen te voorzien van een exemplaar van de dispache.

De dispacheur zal de avarij-grossecrediteuren (bijdrageplichtigen) verzoeken over te gaan tot betaling van het bedrag dat in de dispache aan hen toegerekend is. Een groot deel van de avarij-grossedebiteuren zal vervolgens vrijwillig tot betaling overgaan. In sommige gevallen weigeren de in de dispache als bijdrageplichtige aangewezen personen echter te betalen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een ladingbelanghebbende van mening is dat het ongeval dat aanleiding gaf tot de (avarij-grosse)maat-

33. In geval van grote scheepsongevallen heeft over het algemeen ook vaak hulpverlening plaatsgevonden. Naast avarij-grossezekerheid wordt dan ook vaak zekerheid verzocht voor de hulpverlening. In dat geval zal er voor zowel avarij-grosse als hulpverlening apart zekerheid gesteld moeten worden.

34. Op basis van de parlementaire geschiedenis bij art. 8:612 BW zou immers slechts de cognossementhouder avarij-grossedebiteur zijn.

35. De nieuwe verjaringstermijn bedraagt zes jaar in plaats van de vervaltermijn van één jaar van de Hague (Visby) Rules. Vgl. Rose 2005, p. 99.

36. De average guarantee dient wel te worden gesteld door een bekende, kredietwaardige verzekeraar.

37. Rb. Rotterdam 19 mei 1989, *S&S* 1990, 135 (*Sils*).

38. Rb. Amsterdam 27 juli 1989, *S&S* 1990, 137 (*Borussia*).

39. Rb. Rotterdam 3 november 1989, *S&S* 1990, 65 (*Oostzee*).

40. Rb. Rotterdam 5 september 1997, *S&S* 1998, 2 (*Kvarner*).

41. Het verdient de voorkeur dat er in de garantie is opgenomen dat de garantie pas kan worden uitgewonnen als de avarij-grossebijdrage 'properly and legally due' is. Met name de woorden 'and legally' zullen soms moeten worden aangevuld. Vaak staat in de standaardformulieren opgenomen dat zij slechts worden geaccepteerd als er geen wijzigingen op zijn aangebracht. In de praktijk blijkt het vaak wel mogelijk voornoemde aanvulling in de garantie op te laten nemen.

42. Deze problematiek deed zich in de praktijk voor bij de afwikkeling van de avarij-grosse met betrekking tot de brand die op 5 oktober 2001 is uitgebroken aan boord van ms. 'Egelantiersgracht'.

43. Over het algemeen zullen de bijdrageplichtigen degenen zijn die zekerheid hebben verschaft. Art. 8:612 BW/art. 8:1021 BW bepaalt dat naar Nederlands recht de reder, de belanghebbende bij verschuldigde vracht of passagegeld, de ontvanger van de lading en de eigenaren van de overige zich aan boord bevindende zaken kunnen worden aangesproken voor het doen van een avarij-grossebijdrage. Van belang is dat de hoogte van de vergoeding wordt bepaald op basis van de waarde van de goederen in de plaats waar de reis eindigt (Rule G YAR/Regel VII IVR). Indien er geen restwaarde is, hoeft men dus niet bij te dragen in de avarij-grosse. In dat geval heeft men er immers in principe ook geen voordeel van gehad dat de kosten gemaakt zijn. Zie hierover ook uitgebreid Rose 2005, p. 45-52.

44. Dit moment waarop de dispache wordt toegestuurd is van belang voor de aanvang van de termijn van zes jaar waarbinnen een verzoek om homologatie van de dispache kan worden gedaan alsmede voor de verjaringstermijn van de vordering tot bijdrage. Vgl. art. 8:1831 BW. Zie over de homologatie hierna.

regelen is te wijten aan schuld van de vervoerder en een verweer ontleend kan worden aan de achterliggende ver-voervereenkomst. In de rechtspraak is inmiddels diverse keren uitgemaakt dat de dispache partijen niet bindt⁴⁵; in de dispache is slechts ieders aandeel vastgelegd voor zover in rechte komt vast te staan dat er een bijdrageverplichting bestaat:

‘Onaannemelijk is immers dat dispacheurs – dikwijls al vorens de rechter gelegenheid heeft gekregen zich over de kwestie uit te laten – niet slechts vaststellen hoeveel ieder zal moeten betalen, maar ook dát ieder alvast maar moet betalen.’⁴⁶

Een afgegeven garantie op een standaardformulier creëert evenmin een direct afdwingbare betalingsverplichting, tenzij dit specifiek is overeengekomen.⁴⁷ Indien het niet lukt de betalingen overeenkomstig de dispache in der minne af te wikkelen, dient er dus in rechte een procedure te worden gestart. Er zijn verschillende mogelijkheden.

3.2. Verschillende procedures

In de eerste plaats biedt de Nederlandse wet een speciale procedure voor de afwikkeling van een avarij-grosse, de homologatieprocedure (art. 641-641d Rv). Homologeren betekent ‘goedkeuren’ of ‘bekrachten’. In de homologatieprocedure wordt de dispache door de rechter beoordeeld en vastgesteld.⁴⁸ De procedure dient te worden ingeleid bij verzoekschrift. Op deze wijze hoeven niet alle belanghebbenden apart te worden opgeroepen en dienen er slechts één keer griffierechten betaald te worden.⁴⁹ De bepalingen die gelden voor de verzoekschriftprocedure zijn via de schakelbepaling van art. 261 Rv van toepassing, voor zover de specifieke wetsartikelen met betrekking tot de homologatieprocedure zich hiertegen niet verzetten. Dit zal overigens zelden het geval zijn. Het aantal artikelen dat specifiek betrekking heeft op de homologatieprocedure is immers beperkt. Een gehomologeerde dispache levert een voor tenuitvoerlegging vatbare titel

op (art. 641d Rv).⁵⁰ Tegen een homologatiebeschikking staat geen hoger beroep open (art. 642 Rv).⁵¹

Het verzoek tot homologatie van een dispache kan op grond van art. 641 Rv door belanghebbenden, dat wil zeggen door iedere crediteur van een avarij-grossevergoeding (lading zowel als scheepseigenaar)⁵², gedaan worden aan de Rechtbank Rotterdam.⁵³ Een dergelijk verzoek zal binnen zes jaar nadat de dispache is meegedeeld moeten worden gedaan.⁵⁴ Indien men het niet eens is met de dispache kan men overeenkomstig art. 641a-641c Rv bezwaar maken en om wijziging van de dispache verzoeken.

Volgens de parlementaire geschiedenis kan in een homologatieprocedure elk verweer tegen de dispache naar voren worden gebracht.⁵⁵ Van belang is wel dat het hierbij uitsluitend gaat om verweren tegen de dispache zelf⁵⁶, zoals het verweer dat een berekening niet juist is omdat een onjuiste bijdragende waarde is aangehouden in de dispache, of dat ten onrechte een bepaalde schade niet is opgenomen, etc.⁵⁷ In vroegere rechtspraak is verschillende keren aangegeven dat voor inhoudelijke verweren in de homologatieprocedure geen plaats is:

‘De homologatieprocedure is alleen bedoeld voor het vaststellen van de dispache en de berekening van de bijdragen van de bij een avarij-grosse betrokkenen. In het kader van deze procedure kan het verweer dat verzoeksters zelf schuld hebben aan het zinken van de “Delta Bulk II” niet aan de orde komen, evenmin als een eventueel recht tot verhaal van een door verweerster betaalde bijdrage. Hieraan doet niet af dat een gehomologeerde dispache thans, na de invoering van het huidige art. 641(d) Rv een executoriale titel oplevert.’⁵⁸

In de tweede plaats wordt betaling van een avarij-grossebijdrage de laatste jaren in de praktijk afgedwongen door middel van een zogenoemde ‘verklaring van recht’-procedure, al dan niet gecombineerd met een vordering tot

45. Rb. Rotterdam 4 juni 2003, *S&S* 2004, 32 (*Coral*), *JBP* 2004-76, m.nt. F.G.M. Smeele; Pres. Rb. Rotterdam 5 september 1997, *S&S* 1998, 2 (*Kvarner*). Ook naar Engels recht bindt een dispache de partijen niet. Vgl. Rose 2005, p. 100, 121 alsmede *Chandris v. Argo Ins Co Ltd* [1991] 2 Lloyd’s Rep. 65 en *Wavertree S.S. Co. Ltd v. Love* [1897] A.C. 373.

46. Pres. Rb. Rotterdam 5 september 1997, *S&S* 1998, 2 (*Kvarner*).

47. Pres. Rb. Rotterdam 5 september 1997, *S&S* 1998, 2 (*Kvarner*). Niet vereist is immers dat een ‘on first demand guarantee’ wordt gesteld om de lading in de bestemmingshaven vrij te krijgen (Rb. Rotterdam 3 november 1989, *S&S* 1990, 65 (*Oostzee*)). Zie ook hiervoor onder 2.3.

48. In Engeland kent men een dergelijke specifieke procedure niet. Daar dient de avarij-grossecrediteur de avarij-grosseedebiteur(en) die de bijdrage niet voldoen te dagvaarden. Vgl. *Dobson v. Wilson* (1813) 3 Camp. 480.

49. *Kamerstukken II* 1986/87, 19.979, nr. 3, p. 126 (MvT).

50. In het Engelse recht bestaat een dergelijke speciale procedure voor de afwikkeling van een dispache niet. Vgl. Rose 2005, p. 121.

51. De enige openstaande voorziening is cassatie in het belang der wet, vgl. art. 642 Rv.

52. Een verzoek tot homologatie kan dus niet door de dispacheur in eigen naam gedaan worden. Wel kan hij het verzoek namens één van de belanghebbenden bij de avarij-grosse instellen.

53. Een dergelijk verzoek kan natuurlijk alleen met succes worden gedaan indien de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. In het geval van verweerders met woonplaats in de Europese Unie zal de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid moeten baseren op de EEX-Verordening. Vgl. Rb. Rotterdam 4 juni 2003, *S&S* 2004, 32 (*Coral*), *JBP* 2004-76, m.nt. F.G.M. Smeele. Deze problematiek valt buiten het bestek van dit artikel.

54. Vgl. art. 8:1831 BW.

55. *Kamerstukken II* 1986/87, 19.979, nr. 3, p. 126 (MvT).

56. Vgl. L. Hardenberg, ‘De dispache naar Nederlands recht – een vorm van rechtspraak’, in: *Recht door Zee. Liber amicorum H. Schadee*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 110.

57. Indien partijen aanleiding hebben om aan de juistheid van de dispache te twijfelen, zullen zij de dispache over het algemeen aan een andere dispacheur voorleggen.

58. Rb. Rotterdam 5 december 1994, *S&S* 1995, 33 (*Delta Bulk II*); zie ook Rb. Amsterdam 7 maart 2001, *S&S* 2002, 59 (*Pelopidas*).

betaling.⁵⁹ De belanghebbende bij de avarij-grossebetaling start in dat geval een procedure bij de rechtbank of een arbitrage op grond van art. 3:302 BW. In deze procedure verzoekt hij de rechtbank vast te stellen dat de zijns inziens tot bijdrage verplichte partij inderdaad verplicht is tot betaling van de gevorderde bijdrage. In een dergelijke procedure kunnen de specifieke omstandigheden van de zaak uitgebreid aan de orde komen. Er is dan ook de mogelijkheid om gemotiveerd verweer te voeren.

4. AANPASSING HOMOLOGATIE-PROCEDURE?

4.1. Huidige homologatieregeling risicovol

Aangezien het in een homologatieprocedure niet is toegestaan enig inhoudelijk verweer te voeren tegen de verschuldigdheid van een avarij-grossebijdrage, is het gevolg dat er via deze weg dus zonder enige inhoudelijke toetsing direct een voor tenuitvoerlegging vatbare titel kan worden verkregen. Concreet betekent dit dat de in de praktijk verlaten 'eerst betalen dan verhalen'-opvatting via de omweg van de homologatieprocedure alsnog zou kunnen worden toegepast.⁶⁰ Dit klemt eens te meer nu volgens de tekst van art. 642 Rv hoger beroep tegen een beschikking omtrent homologatie is uitgesloten.⁶¹

Zoals hiervoor al aangegeven vindt afwikkeling van de dispache in de meeste gevallen in der minne plaats.⁶² Juist in die gevallen waarin een buitengerechtelijke oplossing niet mogelijk is, zullen er vaak aanwijzingen zijn dat er geen bijdrage verschuldigd is. In ieder geval is de vordering dan niet onbetwist. Op het moment dat er in die gevallen een titel verkregen kan worden zonder dat op enig moment verweer kan worden gevoerd tegen de vordering, wordt aan chicaneurs in feite de mogelijkheid geboden een titel te halen, betaling te incasseren en dan snel te verdwijnen. De rechter mag immers niet inhoudelijk toetsen. Met name zal dit risicovol zijn in geval van een niet-kredietwaardige scheepseigenaar die op grond van de vervoerovereenkomst aansprakelijk is voor het ontstaan van het avarij-grosse-evenement. De vraag kan bovendien worden gesteld of een dergelijke procedure de toetsing van art. 1 (eigendomsbescherming) en 6 (eerlijk proces) EVRM wel kan doorstaan. Verdedigbaar is immers dat de avarij-grossebijdrage inbreuk maakt op de vermogenspositie van de avarij-grossedebiteur die door art. 1 EVRM wordt beschermd en dat hij mitsdien recht heeft op een procedure op tegenspraak.⁶³

Als enige opties om executie te voorkomen zouden dan het executiegeschil of het leggen van beslag door de avarij-grossedebiteur onder zichzelf overblijven. Duidelijk is

dat het executiegeschil (art. 438 Rv) niet de aangewezen weg is voor een inhoudelijke toetsing van de verschuldigdheid van een avarij-grossebijdrage. In een executiegeschil kunnen immers evenmin inhoudelijke bezwaren tegen een uitspraak aangevoerd worden.⁶⁴ Ook de noodgreep van het leggen van beslag onder zichzelf om op die wijze schades te kunnen compenseren, is geen aanbeveling voor het bestaan van de homologatieprocedure die deze noodgreep noodzakelijk zou maken.

Nu het toepassen van de 'eerst betalen, dan verhalen'-opvatting achterhaald lijkt en bovendien onwenselijk is, is het evenmin wenselijk dat de wet voorziet in een mogelijkheid om alsnog tot dit resultaat te komen. In feite zou het gebruik van de wettelijke homologatieregeling een terugkeer betekenen naar de 'eerst betalen, dan verhalen'-opvatting. Derhalve is duidelijk dat de homologatieprocedure in ieder geval niet in ongewijzigde vorm kan blijven bestaan. Vervolgens doet zich dan de vraag voor of de procedure zo kan worden aangepast dat deze in overeenstemming wordt gebracht met de praktijk of dat een volledige afschaffing de voorkeur verdient. De vraag die daaraan voorafgaand zou moeten worden gesteld, lijkt echter of een aparte procedure voor de afwikkeling van avarij-grosse überhaupt wenselijk is of dat afwikkeling van de avarij-grosse in de huidige bestaande procedures kan worden ingepast.

4.2. Aanpassing of afschaffing?

Vaak zijn bij de afwikkeling van een avarij-grosse een aanzienlijk aantal partijen betrokken. Het grote voordeel van de homologatieprocedure is dat op betrekkelijk eenvoudige manier de dispache in één keer voor alle partijen tegelijk kan worden aangepast. Indien de homologatieregeling zou worden afgeschaft zou een dergelijke mogelijkheid niet meer voorhanden zijn. Een rekenfout zou dan bijvoorbeeld door alle partijen afzonderlijk aangekaart moeten worden, met het risico van tegenstrijdige beslissingen. In zoverre kan de homologatieprocedure dan ook een nuttige functie vervullen. Het zou dan ook jammer zijn als deze mogelijkheid zou worden geschrapt. Het probleem van de huidige homologatieregeling is ook niet gelegen in de inhoud, maar meer in het resultaat; de titel die zonder inhoudelijke toetsing kan worden verkregen. De oplossing lijkt dan ook in die hoek te moeten worden gezocht.

4.3. Aanpassingsmogelijkheden

4.3.1. Toevoegen inhoudelijke toetsing

Voor aanpassing van de huidige homologatieprocedure zijn verschillende mogelijkheden denkbaar. Een eerste

59. Zie bijvoorbeeld Arbitraal vonnis 25 juli 2005, S&S 2006, 77 (*Frio Espana*).

60. Zie hierover uitgebreid Kruit 2004, p. 35-48.

61. De tekst van art. 642 Rv verwijst naar de artikelen van de homologatieprocedure. Echter, mede op grond van de wetsgeschiedenis zou verdedigd kunnen worden dat hoger beroep slechts is uitgesloten voor beslissingen van de voorzieningenrechter. Als hoger beroep open zou staan, kan het hof weliswaar ook niet inhoudelijk toetsen. Echter, als hoger beroep openstaat, zou de tenuitvoerlegging mogelijk uitgesteld kunnen worden. Bovendien zouden eventuele chicanes bij het hof nogmaals aangekaart kunnen worden.

62. Bijvoorbeeld onder de afgegeven garanties.

63. Op grond van deze artikelen heeft het EHRM immers geoordeeld dat partijen recht hebben op een procedure op tegenspraak. Vgl. EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432 (*Feldbrugge/Nederland*).

64. Met uitzondering van argumenten om aan te tonen dat er sprake is van 'misbruik van bevoegdheid' in de zin van art. 3:13 BW. Het zou vreemd zijn als de tenuitvoerlegging van een beschikking die verkregen is in een door de wetgever geboden procedure misbruik van bevoegdheid zou opleveren.

mogelijkheid om aan de hierboven omschreven onwenselijke gevolgen te ontkomen is door het toevoegen van een inhoudelijke toetsing aan de homologatieprocedure. Een basis voor een dergelijke uitwerking kan met een beetje goede wil worden gevonden in de parlementaire geschiedenis zelf. Hierin staat immers vermeld:

'In de homologatieprocedure kan ieder verweer tegen de dispache ter sprake komen: de aanwezigheid van avarij-grosse kan worden betwist, bezwaar kan worden gemaakt tegen de berekening der vergoedingen, tegen de vaststelling der dragende waarden, enz.'⁶⁵

Naast het feit dat deze bepaling slechts ziet op toetsing van de dispache en niet op een inhoudelijke toetsing, levert een dergelijke (in eerste instantie voor de hand liggende) oplossing tot uitbreiding van de homologatieprocedure een aantal problemen op. Uit zowel de wetsgeschiedenis, als uit de (oudere) literatuur en uit de rechtspraak komt duidelijk naar voren dat de homologatieprocedure er van oudsher op is gericht tot een beslissing te leiden over de dispache die voor alle belanghebbenden bij de dispache bindend is.⁶⁶ Indien bezwaar gemaakt wordt tegen betaling van een bijdrage in de avarij-grosse gebeurt dit veelal individueel op basis van de specifieke vervoerovereenkomst. Het is lastig een dergelijke specifieke procedure in te voegen in de overkoepelende homologatieprocedure met alle verschillende belanghebbenden. De procedure zou dan ook eindeloos worden opgerekt. Dit geldt eens te meer daar de bepalingen van de verschillende vervoerovereenkomsten onderling van elkaar afwijken, zowel inhoudelijk als wat betreft het toepasselijke recht en de jurisdictie.

4.3.2. *Schorsing homologatieprocedure*

Een andere mogelijkheid is dat de weg van de homologatieprocedure wordt geschorst of afgekapd op het moment dat er een inhoudelijk verweer gevoerd wordt tegen betaling van de avarij-grossesbijdrage. Deze weg lijkt te zijn gekozen door de Rechtbank Rotterdam in de 'Condor'.⁶⁷ Concreet betekent dit echter een volledige uitkering van de homologatieprocedure. Immers, de weg van de homologatieprocedure zal slechts gekozen worden op het moment dat afwikkeling in der minne niet mogelijk is gebleken. Per definitie zal de homologatieprocedure dan geen enkel nut meer hebben.

4.3.3. *Aanpassing art. 641d Rv*

Ten slotte kan worden gedacht aan het veranderen van het resultaat van een homologatiebeschikking. De gehomologeerde dispache zou niet direct een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op moeten leveren. Dit betekent dat

art. 641d Rv zou moeten worden aangepast of zelfs geschrapt.

Art. 641d Rv lijkt gebaseerd op art. 159 Fw.⁶⁸ Ook in de Faillissementswet bestaat de mogelijkheid van homologatie en ook daar levert een gehomologeerd akkoord een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op. Dit is vastgelegd in art. 159 Fw. Anders dan art. 641d Rv bevat art. 159 Fw een uitzondering voor betwiste vorderingen:

'Het in kracht van gewijsde gegane vonnis van homologatie levert (...) ten behoeve van de erkende vorderingen, voor zoover zij niet door de gefailleerde overeenkomstig art. 126 betwist zijn, een voor ten uitvoerlegging vatbare titel op (...).'

Op deze wijze wordt voorkomen dat er geen enkele mogelijkheid tot het maken van bezwaar wordt geboden⁶⁹, hetgeen nu juist problematisch is bij een gehomologeerde dispache. Op zich is het niet verwonderlijk dat in art. 641d Rv de mogelijkheid tot het maken van bezwaar is weggelaten. Het systeem van de wetgever was immers gebaseerd op de gedachte dat een avarij-grossesbijdrage gewoon betaald moest worden en dat een onverschuldigd betaalde bijdrage later teruggevorderd moest worden.⁷⁰ Aangezien de behandeling van een avarij-grosse in de praktijk is veranderd, lijkt het ook zinvol art. 641d Rv te veranderen. Dit geldt eens te meer nu onduidelijk is of de huidige procedure niet in strijd is met het EVRM. Mede in het kader van uniformiteit van de wetgeving zou het mooi zijn indien art. 641d Rv in die zin zou worden aangescherpt dat de rechter de mogelijkheid behoudt de dispache voor alle partijen bindend vast te stellen, maar dat een dergelijke gehomologeerde dispache geen titel oplevert voor zover de specifieke vordering gemotiveerd is betwist. Een dergelijke gemotiveerde betwisting zou kunnen plaatsvinden bij verweerschrift (art. 282 Rv).⁷¹ Enerzijds blijft er op die wijze een mogelijkheid de rechter te verzoeken de dispache te laten aanpassen, welke aanpassing dan jegens alle partijen bindend is. Anderzijds wordt vermeden dat er direct een voor tenuitvoerlegging vatbare titel wordt verkregen zonder dat er enige mogelijkheid voor inhoudelijke toetsing is geweest. Bij een dergelijke aanpassing is er geen risico van precedentwerking voor andere regelingen. De homologatieprocedure voor avarij-grosse is immers een unieke procedure. Door de aanpassing komt de regeling bovendien meer in overeenstemming met de homologatieprocedure uit de Faillissementswet.

Het invoeren van een aparte procedure voor de finale afwikkeling van de avarij-grosse voor die vorderingen die betwist zijn lijkt niet nodig. In de praktijk is immers gebleken dat de 'verklaring van recht'-procedure op grond

65. Kamerstukken II 1986/87, 19.979, nr. 3, p. 126 (MvT).

66. Kamerstukken II 1986/87, 19.979, nr. 3, p. 126 (MvT).

67. Rb. Rotterdam 10 juni 1999, S&S 2000, 51 (Condor), waarin werd geoordeeld dat het tegen de gevorderde bijdrage gevoerde verweer dat het schip onzeewaardig was, aan homologatie in de weg stond. Zie ook H. Posthumus Meyes, 'Avari-grosse en de aanwezigheid van schuld (boekbespreking)', *NTHR* 2005-1, p. 30.

68. Vgl. Kamerstukken II 1986/87, 19.979, nr. 3, p. 127 (MvT), waarin ook wordt verwezen naar dit artikel.

69. Elskamp & Van der Heijden 2004 (*T&C Fw*), aant. 2 bij art. 126 Fw.

70. Kruit 2004, p. 38-42.

71. In art. 126 Fw is vastgelegd dat de betwisting van een vordering moet worden aangetekend in het proces-verbaal van de verificatievergadering. De homologatieprocedure voorziet niet in een verificatievergadering. Een vordering zal dus op een andere manier moeten worden betwist.

van art. 3:302 BW gecombineerd met een vordering tot betaling volstaat.⁷²

4.4. Noodzaak aanpassing

Al met al lijkt aanpassing van art. 641d Rv een goede oplossing. Daarbij kunnen de positieve kanten van de homologatieprocedure behouden blijven.

Opgemerkt moet worden dat een verzoek tot homologatie in de praktijk zelden voorkomt.⁷³ Bovendien is de wettelijke regeling niet exclusief. De noodzaak van een aanpassing lijkt daardoor voorshands beperkt. Echter, doordat er weinig gewerkt wordt met de homologatieregeling, is kennis omtrent de inhoud en reikwijdte ervan niet meer wijd verspreid. Het gevaar bestaat daardoor dat er geprobeerd zal worden met een beroep op de wettelijke regeling snel een titel te halen, ook in die gevallen waar dit niet zou moeten kunnen. Om dit te voorkomen is van groot belang dat de wettelijke regeling juist, volledig en helder is, en bovendien bij de praktijk aansluit. De huidige regeling is dat mijns inziens niet.

Het is echter onduidelijk of de wetgever tot een dergelijke aanpassing over zal gaan. Onaannemelijk is in ieder geval dat de wetgever op korte termijn actie zal ondernemen. Bij gebreke van wettelijk ingrijpen zal het de taak van de rechters zijn ervoor te waken dat homologatie niet zonder meer plaatsvindt in die enkele gevallen waarin om homologatie zal worden verzocht. Hierbij zal wel enige procedurele creativiteit ontplooid moeten worden. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn dat de rechtbank de dispache wel bindend vaststelt, maar dat zij uitdrukkelijk aangeeft *niet* tot homologatie over te gaan.⁷⁴ Op deze wijze lijkt het resultaat van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel te kunnen worden vermeden, terwijl wel een beslissing met gezag van gewijsde tussen de partijen wordt verkregen.

5. CONCLUSIE

Afwikkeling van dispaches overeenkomstig de in de wet opgenomen homologatieregeling komt zelden voor. Echter voor de zeldzame gevallen dat er geschillen ontstaan over de afwikkeling van de avarij-grosse, dient er een bij de praktijk aansluitende regeling te zijn. De huidige artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorzien daar niet in. Integendeel, zij zouden slechts verwarring kunnen veroorzaken. Het lijkt dan ook nuttig de regeling met betrekking tot de homologatieprocedure aan te passen door de reikwijdte van art. 641d Rv naar analogie met art. 159 Fw in te perken.

72. Deze procedure is de laatste jaren steeds vaker in het transportrecht toegepast. Op het moment van aanpassing van de avarij-grosseregeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering was deze procedure nog niet tot ontwikkeling gekomen. Derhalve wordt deze mogelijkheid wellicht ook niet behandeld in de Parlementaire Geschiedenis bij art. 638 t/m 642 Rv.

73. Dit zal mede zijn veroorzaakt als gevolg van het vonnis van de Rb. Amsterdam dat slechts naar Nederlands recht opgestelde dispaches voor homologatie in aanmerking komen (Rb. Amsterdam 7 maart 2001, *S&S 2002*, 59 (*Pelopidas*)). Mogelijk heeft de rechtbank willen voorkomen dat er in Nederland betrekkelijk eenvoudig een titel kon worden verkregen die op grond van de EEX-Verordening in heel de EU direct executeerbaar is. Indien de Nederlandse procedure wordt aangepast lijkt er, voor zover de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, geen bezwaar dat de rechter ook buitenlandse dispaches bindend vaststelt.

74. In feite zou dit betekenen dat aan de dispache gezag van gewijsde toekomt.