

**BEPERKING VAN AANSPRAKELIJKHEID;
BEWUSTE ROEKeloosHEID?**

S&S 2019/48 Hoge Raad 22 juni 2018
'Arcturus en VW VI'

AANSPRAKELIJKHEID BIJ KAPSEIZEN

Dit is een belangrijk arrest over de betekenis van 'bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht'. Aanvankelijk was de bespreking van dit arrest bedoeld voor mijn maandelijkse bijdrage over Schip en Schade-uitspraken in het Dossier Transport. Maar dit arrest en de bijbehorende conclusie van de Advocaat-Generaal Hartlief verdienen meer aandacht. Daarom deze keer die jurisprudentiebespreking in de vorm van een artikel.

Het gaat om het kapseizen van de splijtbak 'VW VI' in de sluis van IJmuiden in het jaar 1994, met grote gevolgen. De duwboot 'Arcturus' slaat ook om, alsmede de naastgelegen duwcombinatie 'Coby en Horn IV'. De schade bedraagt meer dan 1 miljoen euro.

De Vries & Van de Wiel (hierna V&W), de eigenaar van de 'VW VI', wil haar aansprakelijkheid beperken door het stellen van het zakenfonds van 100.000 SDR (destijds 133.288,85 euro).

Let op, per 1 juli 2019 is het nieuwe binnenvaartbeperkingsverdrag, het CLNI 2012, in werking getreden met veel hogere limieten. De minimumlimiet van het zakenfonds bedraagt nu 200.000 SDR.

Zoals bekend

kan er geen beroep op de beperking van aansprakelijkheid worden gedaan indien bewezen is dat de schade is ontstaan door de *eigen* handeling of nalaten van de beperkingsgerechtigde, die geschied is

Het gaat om *eigen* bewuste roekeloosheid van de vennootschap zelf

hetzij met het opzet die schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien. Deze lange, in de wet opgenomen formulering noemen wij kortweg 'bewuste roekeloosheid'. De juridische vraag is of het feitencomplex aanleiding geeft om tot het oordeel te komen dat V&W hier 'roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien', heeft gehandeld. Zo ja, dan is er geen beroep op de limiet en is V&W voor de gehele schade aansprakelijk.

DE EERSTE PROCEDURE

In eerste instantie komt de Rechtbank Amsterdam (S&S 2004/88) en het Hof Amsterdam (S&S 2008/94; *de Beursbengel* december 2008, p. 32) tot de conclusie dat V&W hier inderdaad 'bewust roekeloos' heeft gehandeld. Zwaar weegt bij rechtbank en hof dat de 'VW VI', ook geladen met gespoten zand, al eerder (in 1993) gekapseisd was en »

dat V&W na dat eerste ongeval had nagelaten stabiliteitsberekeningen te maken. Daardoor heeft V&W wilens en wetens het risico genomen dat door het opnieuw kapseizen van de slijtbak weer schade zou ontstaan.

Voor de scherpslijpers merk ik op dat al in de procedure bij de rechtbank en ook bij het hof, de heer B. als het hoofd Materieel in dienst van V&W, werd beschouwd als de *alter ego* van V&W. Dat betekent dat zijn handelingen en zijn wetenschap beschouwd worden als de *eigen* handelingen en wetenschap van V&W, dus van de vennootschap zelf. Dat verbaast mij, want het hoofd Materieel is niet de leidinggevende van de vennootschap. Dat was de heer G., algemeen directeur bij V&W, die ook was gehoord door de politie maar die niet wist of er speciale aandacht voor de 'VW VI' is geweest na het ongeval in 1993. Bij doorbreking van de limiet gaat het om het *eigen* handelen en de *eigen* wetenschap van de vennootschap. Dat zijn de personen die daadwerkelijk leiding geven aan het bedrijf; in principe de directie. Dus niet de personen die leiding geven aan de betreffende werkzaamheden die tot de schade hebben geleid. Het gaat om, zoals de Engelsen zo mooi zeggen, *the governing mind and will of the company*. Later (bij Hof Amsterdam, S&S 2017/42, r.o. 3.11) wordt dit inderdaad als een beroepsfout van de advocaat van V&W aangemerkt, maar die beroepsfout heeft niet tot schade bij V&W geleid en speelt dus verder geen rol in deze zaak.

Maar goed, in dit geval moeten we kijken wat het hoofd Materieel van V&W wist en wat hij na het eerste ongeval in 1993 heeft gedaan om wederom kapseizen te voorkomen.

Nu wordt het ingewikkeld, want na dat arrest van het Hof Amsterdam van 2008, waarbij het hof oordeelde dat er sprake was van 'bewust roekeloos handelen' door V&W (dus geen beperking van aansprakelijkheid), ging V&W in cassatie bij de Hoge Raad. De cassatieadvocaat maakt een fout en dient de cassatiedagvaarding te laat in; deze cassatieprocedure wordt ingetrokken. V&W, die nu denkt onbeperkt aansprakelijk te zijn, schikt de zaak met de 'Arcturus' voor 565.000 euro

en met de 'Coby' en 'Horn' voor 474.0000 euro. Vervolgens start V&W een procedure tegen haar eigen cassatieadvocaat om die bedragen wegens een beroepsfout van de advocaat terug te krijgen.¹

DE TWEEDE PROCEDURE

Dan volgt er een 'procedure in een procedure', dat wil zeggen de cassatieadvocaat is aansprakelijk voor zijn beroepsfout (het laten mislukken van de cassatie uit 2008 van het 'onbeperkt aansprakelijk'-arrest van het Hof Amsterdam) als alsnog wordt vastgesteld dat de Hoge Raad het eerste arrest van het Hof Amsterdam zou hebben gecasseerd en zou hebben vastgesteld dat er geen sprake was van 'bewuste roekeloosheid' van V&W. In die 'procedure in een procedure' oordeelt de Rechtbank Amsterdam dat er slechts twintig procent kans was dat de Hoge Raad had beslist dat V&W zich toch op zijn beperking van aansprakelijkheid had kunnen beroepen. Het Hof Amsterdam (nu met andere raadsheren) beslist echter dat, gelet op het gehele feitencomplex, er geen sprake is van 'bewuste roekeloosheid' bij V&W. Derhalve oordeelt het hof dat de Hoge Raad wel zou hebben gecasseerd. Kort gezegd, V&W had zich wel mogen beperken. De cassatieadvocaat wordt veroordeeld het bedrag dat V&W te veel had betaald vanwege de schikking, aan V&W te vergoeden.

Van dit arrest van het Hof Am-

Bij bewuste roekeloosheid geen beroep op de limiet; dus voor gehele schade aansprakelijk

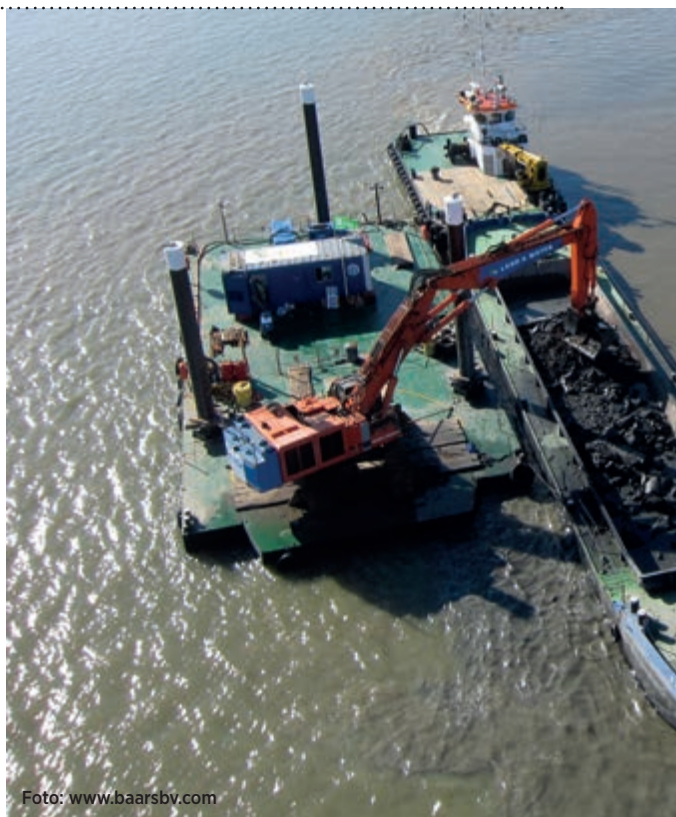


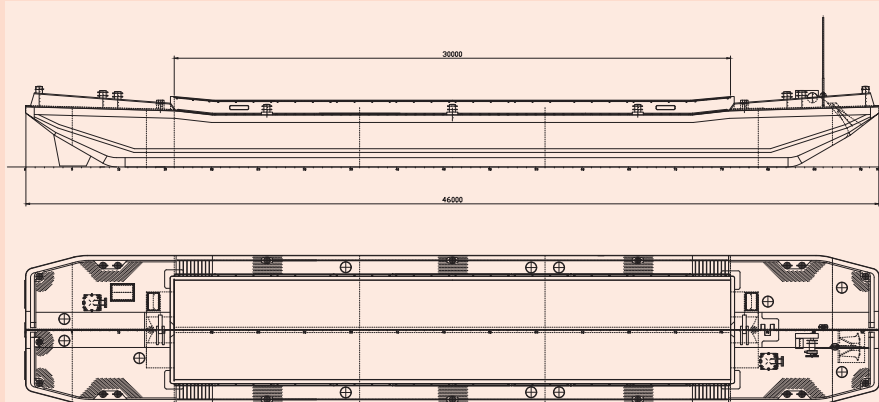
Foto: www.baarsbv.com

sterdam uit 2016 (S&S 2017/42, de *Beursbengel*, nr. 864, mei 2017, p. 32) gaat de cassatieadvocaat weer in cassatie bij de Hoge Raad. En nu wordt het interessant. Zal de Hoge Raad het oordeel van het hof (geen 'bewuste roekeloosheid') bekrachtigen?

EERST NOG EENS HOF AMSTERDAM (S&S 2017/42)

Voordat ik de conclusie van de Advocaat-Generaal en het arrest van de Hoge Raad kan weergeven, moet ik wat meer uitgebreid de redenering van het Hof Amsterdam (S&S 2017/42) uiteenzetten. Het

LIJNTEKENING SPLIJTBAK ZIJ- EN BOVENAANZICHT





hof begint met de maatstaf van de '5 januari-arresten' (r.o. 3.17). Er is sprake van bewuste roekeloosheid als degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden. Deze maatstaf is door de A-G Strikwerda in zijn conclusie bij 'CTV/K-Line' (Hoge Raad 11 oktober 2002, S&S 2003/61) in drie elementen onderverdeeld: 1. De objectieve roekeloosheid, de zuivere kansrekening, de drempelvoorwaarde; 2. de subjectieve roekeloosheid; 3. het roekeloze gedrag. Vervolgens past het hof die kansrekening toe. Aan de hand van de inspectierapporten en de verdere feiten (onder andere voorafgaande aan het ongeval in 1993 waren reeds tien succesvolle vaarten met nat spuitzand uitgevoerd) bekijkt het hof of de kans dat de 'VW VI' geladen met nat spuitzand weer zou kapseizen aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Het hof komt tot de conclusie (r.o. 3.23) dat dit niet het geval is. Direct daarna merkt het hof op dat zelfs als de kans op kapseizen 100 procent was, dan kan niet uit de vaststaande

feiten worden afgeleid dat V&W zich daarvan bewust is geweest (r.o. 3.24). Het gaat hier om het tweede element van de maatstaf voor 'bewuste roekeloosheid', de subjectieve roekeloosheid. Het hof komt tot de conclusie dat V&W dacht dat de oorzaak van het kapseizen van de splijtbak overbelading was en dat V&W zich niet bewust was van een inherente instabiliteit van de 'VW VI'. Dus er is ook geen sprake van subjectieve roekeloosheid, zodat geen aanleiding bestaat voor doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking (r.o. 3.26).

DE CONCLUSIE VAN A-G HARTLIEF

De conclusie van de Advocaat-Generaal Hartlief is een bijzonder werkstuk van maar liefst veertig dichtbedrukte pagina's. Onder het kopje '4. Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht' geeft Hartlief in tien bladzijden een gedetailleerd overzicht van de bekende Hoge Raad-arresten over 'bewuste roekeloosheid' en de daarbij horende literatuur. Er zijn maar liefst zestig noten die naar vindplaatsen verwijzen. Anders gezegd, een ieder die zich bezighoudt met 'bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht' moet deze tien pagina's nalezen. Ik voeg daar aan toe dat inmiddels Langbroek ook uitgebreid over de onderhavige zaak heeft geschreven (TVR 2019-2, p. 37-43).

Onder de randnummers 6.12 tot en met 6.38 gaat Hartlief nader in op de vraag of er in de onderhavige zaak sprake is van 'bewuste roekeloosheid'.

Bij vaststellen bewuste roekeloosheid onderscheid maken tussen de objectieve en subjectieve bewuste roekeloosheid

Daarbij maakt hij terecht een onderscheid tussen de objectieve bewuste roekeloosheid (de zuivere kansrekening; de zogenaamde drempelvoorwaarde) en de subjectieve bewuste roekeloosheid. Dat wil zeggen, was het hoofd Materieel van V&W zich ervan bewust dat hij roekeloos handelde door de 'VW VI' in 1994 weer met nat spuitzand te laten varen? De Advocaat-Generaal schrijft dat niet feitelijk is vastgesteld dat de splijtbak 'VW VI' inherent ongeschikt zou zijn voor het vervoer van nat spuitzand. Met

andere woorden, de kans dat 'VW VI' geladen met nat spuitzand voor een tweede keer zou kapseizen was niet aanzienlijk groter dan de kans dat dat niet zou gebeuren. Maar zelfs als de drempelvoorwaarde wel gehaald zou zijn (het was vrijwel zeker dat de 'VW VI' geladen met nat spuitzand weer zou omslaan), is er nog het criterium van de subjectieve roekeloosheid. Was de heer B., het hoofd Materieel, zich ervan bewust dat het vrijwel zeker was dat de splijtbak, weer geladen met nat spuitzand, voor een tweede keer zou kapseizen?

DE FILM DER FEITEN

Dan moeten we heel precies naar de feiten kijken. Na het tweede ongeval in 1994 heeft de heer B. bij de politie verklaard dat hij dacht dat het eerste ongeval in 1993 te wijten was aan het laden over de ijkmerken van de splijtbak; hij dacht dat het kapseizen niet was veroorzaakt door instabiliteit van de splijtbak zelf. B. voegt er in zijn verklaring aan toe dat hij toen, in 1993, de instructie heeft gegeven dat indien nat zand vervoerd moest worden met de 'VW VI', er zonder de balken voor de overvloeipoorten in de denneboom gevaren moest worden. De denneboom is de opstaande kant van het scheepsruim. Daarom zijn de interne richtlijnen opgesteld dat zonder balken in de denneboom moest worden geladen bij nat zand, zodat niet over de ijkmerken geladen kon worden. De heer V., die de materiaalinzet bij V&W verzorgt, was op de hoogte van deze interne instructie betreffende het laden van de 'VW VI' met nat zand. B. had ook nog bij V. navraag gedaan of hij de schipper van de 'Arcturus' had geïnstrueerd. Dit bleek niet het geval te zijn omdat V. de schipper van de 'Arcturus' niet kon bereiken. (De tekst van deze verklaring is weer gegeven in r.o. 4.4.14 van het Hof Amsterdam 2008 en gedeeltelijk ook aangehaald door de Hoge Raad in r.o. 3.1).

Uit deze verklaring van B., hoofd Materieel en kennelijk de *alter ego* van V&W, blijkt wel dat B. dacht dat het kapseizen in 1993 was veroorzaakt door overbelading (voor de overvloeipoorten waren balken geplaatst) en niet door inherente instabiliteit van de splijtbak. Hij

»

gaf instructie dat er bij het laden van nat (spuit)zand gevaren moest worden zonder balken in de denneboom. Helaas, die instructie bereikte de schipper van de 'Arcturus' niet toen hij in 1994, weer geladen met nat spuitzand, naar IJmuiden voer. In 1994 waren er nog niet veel mobiele telefoons...

Ik voeg hier nog één wetenswaardigheid aan toe. Er is 'nat grijperzand' en 'nat spuitzand'. Nat grijperzand wordt geladen met een grijper en bevat veel minder water dan nat spuitzand (Hof Amsterdam 2008, r.o. 4.4.17). Waar in de procedure wordt gesproken over 'nat zand' gaat het over nat *spuitzand*. Om dit soort details gaat het dus.

TERUG NAAR DE ADVOCAT- GENERAAL

De A-G Hartlief stelt uiteindelijk vast dat ten eerste uit de vaststaande feiten niet kan worden afgeleid dat het risico dat de splijtbak daadwerkelijk zou kapseizen als deze geladen is met nat *spuitzand* groter is dan 50 procent. De objectieve bewuste roekeloosheid, de drempevoorwaarde, wordt niet aangenomen. En ten tweede stelt Hartlief vast dat uit de vaststaande feiten niet kan worden afgeleid dat V&W zich daarvan bewust is geweest. Dus geen subjectieve bewuste roekeloosheid bij V&W in die zin dat V&W zich er *niet* van bewust was dat de kans dat de 'VW VI' geladen met nat spuitzand, weer zou kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans dat dat niet zou gebeuren. B., de *alter ego* van V&W, dacht nu juist dat met het geven van de instructie om geen balken in de denneboom te plaatsen, de splijtbak niet overbeladen kon worden (het overtollige water kon wegvloeien door de overvloeiport(en)) en dat de 'VW VI' niet meer zou kapseizen. Dat die instructie de schipper van de 'Arcturus' niet bereikt heeft, maakt het gedrag van V&W niet 'bewust roekeloos'.

DE HOGE RAAD

De advocaat die door het hof wordt veroordeeld tot vergoeding van het bedrag dat V&W bij de schikking te veel heeft betaald, gaat in cassatie. Met als klacht dat de zuivere kansrekening, de objectieve roekeloosheid, niet mag worden toegepast in gevallen van een vaststaand gevaar,

bijvoorbeeld in gevallen van schade door het gebruik van een ondeugdelijk vervoermiddel. De Hoge Raad gaat daarin niet mee en zegt dat de maatstaf van 'bewuste roekeloosheid' van de arresten van 5 januari 2001 sedertdien vele malen is bevestigd. De Hoge Raad verwijst zelf naar de arresten 'CTV/K-Line' (Hoge Raad 11 oktober 2002, S&S 2003/61), 'Van der Graaf/AIG', (Hoge Raad 29 mei 2009, S&S 2009/97) en 'Traxys/Maat' (Hoge Raad 10 augustus 2012, S&S 2012/120), en merkt op dat in die zaken geen onderscheid is gemaakt of er al dan niet sprake is van een vaststaand gevaar. Dit betekent dat het hof in deze zaak ook de zuivere kansrekening kon maken zoals het heeft gedaan.

Maar het hof heeft na het toepassen van de kansrekening (de objectieve bewuste roekeloosheid) er direct aan toegevoegd dat ook als de kans op kapseizen van de splijtbak zeer groot zou zijn geweest, niet

**Aan de hand van het
feitencomplex nauwkeurig
bepalen of er sprake is van
bewuste roekeloosheid**

kan worden geoordeeld dat V&W zich daadwerkelijk ervan bewust is geweest dat de kans dat de splijtbak zou kapseizen aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. De Hoge Raad verwierpt ook deze tegen het oordeel van het hof gerichte klacht. De Hoge Raad somt nog eens de feiten op die de conclusie rechtvaardigen dat er evenmin sprake is van subjectieve bewuste roekeloosheid. Namelijk vóór 1993 was er geen reden enig stabiliteitsprobleem te vermoeden en na het ongeval in 1993 is V&W ervan uitgegaan dat dit ongeval was veroorzaakt door overbelading. Het feit dat V&W had nagelaten om de schipper van de 'Arcturus' te verwittigen van de instructie dat de balken in de denneboom verwijderd moesten worden, mag dan wel een ernstige nalatigheid zijn, maar daaruit volgt nog niet dat V&W zich bij dit nalaten ervan bewust was dat de kans dat de 'VW VI' zou kapseizen door overbelading zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. Kortom, aan de hand van het feitencomplex bekrachtigt





de Hoge Raad het oordeel van het hof dat hier geen sprake was van objectieve roekeloosheid noch van subjectieve roekeloosheid. V&W had zich jegens de 'Arcturus' en de 'Coby en Horn IV' wel kunnen beroepen op haar zakenfonds van 133.288,85 euro; de cassatieadvocaat wordt veroordeeld om het door V&W in het kader van de schikking aan 'Arcturus' en de 'Coby en Horn' te veel betaalde aan V&W te vergoeden.

COMMENTAAR

Een limitatie-zaak waar wordt geprobeerd de limiet op grond van de 'bewuste roekeloosheid' te doorbreken, staat of valt met een gedetailleerde weergave van de 'film der feiten'. Zo is er een verschil tussen nat grijperzand en nat spuitzand; het is dus aan te raden niet in het algemeen te spreken over 'nat zand'. En het begint ermee dat u zich moet realiseren dat het moet gaan om de eigen 'bewuste roekeloosheid', dus bij de vennootschap van de directie

Aan de hand van het feitencomplex nauwkeurig bepalen of er sprake is van eigen bewuste roekeloosheid

zelf en dus niet van iemand die zich bezighoudt met de uitvoering van het project, zoals de heer B., hoofd Materieel.

De juridische les die wij uit deze zaak kunnen trekken is dat, los van de vraag of er al dan niet sprake is van objectieve roekeloosheid (de zuivere kansrekening), ook de toets van de subjectieve roekeloosheid wordt toegepast. Immers, het hof stelt eerst vast dat objectief gezien er geen aanzienlijke kans was dat de 'VW VI' inherent instabiel was. Daarmee zou de kous af zijn geweest als die drempelvoorwaarde niet werd gehaald, zoals dat het geval is bij de 'diefstal van parkeerplaats'-zaken. Nee, het hof, en de Hoge Raad volgt daarin het hof, gaat verder en stelt aan de hand van het feitencomplex vast dat zelfs al zou de splijtbak inherent instabiel zijn geweest (de drempelvoorwaarde is gehaald), dan is er hier toch geen subjectieve bewuste roekeloosheid bij V&W.

Persoonlijk ben ik van mening dat die zuivere kansrekening, de drempelvoorwaarde, met name zinvol kan worden toegepast bij 'diefstal van parkeerplaats'-zaken en dat het bij al die andere beperkingszaken vooral gaat om de subjectieve bewuste roekeloosheid, die er ook moet zijn, wil er doorbreking plaatsvinden.²

Was de beperkingsgerechtigde zich er daadwerkelijk van bewust dat de kans dat het gevaar (in casu het weer kapseizen van de 'VW VI') zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans, dat dit niet zal gebeuren? Zo ja, doorbreking, zo nee, de limiet.

De kans dat de lezer inmiddels al is afgehaakt, acht ik zeer groot! ●

Prof. mr. M. (Maarten) H. Claringbould
De auteur is werkzaam bij Van Traa Advocaten te Rotterdam.

VOETNOTEN:

- 1 De beroepsaansprakelijkheidsaspecten die in de conclusie (sub 5) van de A-G Hartlief en in het arrest (r.o. 4.2.2) aan de orde komen, laat ik hier buiten beschouwing.
- 2 M.H. Claringbould, 'Beperking van kansrekening tot 'diefstal van parkeerplaats'-zaken, *NTHR* 2013-4, p. 208-212. Dit artikel wordt uitgebreid behandeld in de conclusie van A-G Hartlief en kritisch besproken door H.J.S.M. Langbroek, 'A trial within a trial over het recht op beperking van aansprakelijkheid en bewuste roekeloosheid', *TVR* 2019-2, p. 37-43.

GECITEERD

Voorkom als hypotheekadviseur wat de adviseur van tweedehands dieselauto's is overkomen en ga vandaag nog aan de slag met het onderwerp verduurzaming.

Diederik Samson, voorzitter Klimaattafel Gebouwde Omgeving van het Klimaatakkoord, in *InFinance*

Is een compleet nieuwe soort AVB-wording denkbaar, die afscheid neemt van de zaakschade-trigger en de vervangingskostenuitsluiting?

Mr. Peter van den broek, Kennedy Van der Laan, in *Schade Magazine*

Ik moet lachen als ik een vacature lees waarin een IT-medewerker wordt gevraagd met een afgeronde ICT-opleiding op WO-niveau, ten minste 5 jaar werkervaring en gedegen kennis van de nieuwste technieken.

Benjamin Truijten, directeur BEE-Ideas, in *NL Werkt*

Er wordt vaak gesproken over simple risks, maar je kunt je afvragen hoe simpel risico's nog zijn tegenwoordig. Daarom is het advieskanaal zo belangrijk.

Peter van Geijtenbeek, bestuursvoorzitter Turien & Co, in *am:*

Big data-analyses en dna-tests beloven een betere voorspelling van de levensverwachting, ook per individu. Het idee dat de pensioenleeftijd voor iedereen hetzelfde is, moet je misschien loslaten.

Jay Olshansky, hoogleraar aan de faculteit Epidemiologie en biostatistiek van de Universiteit van Illinois, in *Pensioen Pro*

(Het opnemen van een uitspraak betekent niet per se dat de redactie de mening deelt.)

REAGEREN?
Mail naar beursbengel@nibesvv.nl.