

Derdenwerking in Boek 8 BW: een huidig en historisch perspectief

Derdenwerking van overeenkomsten is een leerstuk dat nauw is verbonden met het zeerecht. Doordat van oudsher vele partijen bij de exploitatie van een schip zijn betrokken, bestonden in het oude zeerecht al wettelijke uitzonderingen op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst. In deze bijdrage staat de derdenwerking van Boek 8 BW centraal. Boek 8 BW biedt met de bekende exploitatieketen van Titel 5 een ingenieuze regeling van verschillende vormen van derdenwerking voor bij de scheepsexploitatie betrokken partijen. In paragraaf 2 van deze bijdrage zet ik de huidige wettelijke regeling uiteen, waarbij een beknopte vergelijking wordt gemaakt met de oude 'zeerechtelijke derdenwerking'. Derdenwerking in de maritieme rechtspraak wordt nader ingekleurd door het leerstuk van *derdenwerking van exonerationbedingen* zoals ontwikkeld in een vijftal arresten van de Hoge Raad. In paragraaf 3 is de lijn van de rechtspraak vanaf het *Gegaste Uien*-arrest (in grove schets) weergegeven. Tot slot enkele overwegingen ter zake van de *Himalaya-clausule*.

1. De exploitatieketen

Titel 5 Boek 8 BW behelst de befaamde regeling van de exploitatieketen. Dit systeem geldt voor het gehele vervoerrecht van Boek 8 BW. Het tracht buitencontractuele aansprakelijkstellingen voor bij de scheepsexploitatie betrokken partijen te 'beteugelen'. Het kent twee uitgangspunten: (i) een (schadelijgende) partij binnen de exploitatieketen kan zijn eigen contract niet ontlopen, en (ii) een vordering van een buitenstaander wordt 'beperkt' door het in art. 8:364 BW aangewezen contract. Kortom: het systeem voorziet (mede) in een wettelijke derdenwerking, zowel 'ten voordele' als 'ten nadele' van derden.

Om de regeling enigszins overzichtelijk weer te geven, gebruik ik ter illustratie de keten van exploitatieovereenkomsten zoals door Haak en Zwitser opgenomen in *Van haven*

en *handel* (dat is gebaseerd op eenzelfde illustratie als in de toelichting op het *Ontwerp-Schadee*).¹

Art. 8:361 BW geeft aan wie de in de keten bij de scheepsexploitatie betrokken partijen zijn: de partijen die bevrachtingsovereenkomsten of vervoersovereenkomsten (dus ook: sleepovereenkomsten) hebben gesloten, of daartoe (later) toetreden, zoals een derde-cognoscenthouder handelend in eigen naam. Ter toelichting het volgende voorbeeld. Ladingbelanghebbende F geeft expediteur E opdracht om zijn goederen te doen vervoeren. F valt buiten de keten. Hij sluit immers geen vervoer- of bevrachtingsovereenkomst, maar een expeditieovereenkomst (art. 8:60 BW). E valt wel binnen de keten: hij sluit immers een vervoersovereenkomst met D. Overeenkomsten C-D, B-C en A-B betreffen allen bevrachtingsovereenkomsten. Al deze partijen behoren logischerwijs dus (ook) tot de keten.

Art. 8:362 BW behandelt de 'parallelsprong'. De regel luidt: de aanvaller binnen de keten kan zijn eigen overeenkomst niet ontlopen. Vervoerder D kan zich jegens afzender E dus altijd beroepen op haar overeenkomst, ongeacht de grondslag van de vordering van E. De overeenkomst prevaleert.

Art. 8:363 BW behandelt vervolgens 'de paardensprong'. Een partij die schade lijdt richt zich (binnen de keten) niet op zijn contractuele wederpartij, maar tracht zich te verhalen op een andere partij in de keten. Afzender E spreekt bijvoorbeeld reder A rechtstreeks aan, na opgetreden schade aan zijn goederen, en 'omzeilt' daarmee zijn eigen vervoersovereenkomst. Dat baat hem niet: art. 8:363 BW verschaft de aangesproken partij (hier: reder A) ter afwering een beroep op de eigen overeenkomst van de aanvaller (hier: afzender E). Oftewel in de woorden van em. prof. Claringbould: de aanvaller krijgt een koekje van eigen deeg.² Dit is een klassiek voorbeeld van derdenwerking ten voordele van de aangevalene. De derde (A) beroept zich ter afwering op een overeenkomst (D-E) waar hij zelf geen partij bij is.

Ook de buitenstaander blijft niet verschoond van een zekere vorm van derdenwerking.³ Stel, F spreekt rechtstreeks vervoerder D aan. Art. 8:364 BW schrijft dan voor, dat een delictuele vordering van een derde jegens een partij binnen de exploitatieketen beteugeld kan worden door een overeenkomst. Welke overeenkomst dat betreft, is afhankelijk van het type overeenkomst op grond waarvan de goederen of personen zich aan boord van het schip bevinden. Dat is uitgewerkt in de leden 2-4, waarbij lid 2 ziet op de 'vervoersovereenkomst'. Indien ladingbelanghebbende F bijvoorbeeld rechtstreeks vervoerder D aanspreekt, ziet hij zich geconfronteerd met de vervoersovereenkomst tussen D en E. Dat is niet anders indien F zijn schade tracht te verhalen op een

A. Reder/rompvervrachter

i. rompbevrachting

B. Rompbevrachter/tijdvervrachter

ii. tijdbevrachting

C. Tijdbevrachter/reisvervrachter

iii. reisbevrachting

D. Reisbevrachter/vervoerder

iv. vervoersovereenkomst

E. Afzender

F. Buitenstaander

* Frank Salome is advocaat bij Van Traa Advocaten. De auteur dankt mr. dr. J.A. Kruit voor haar commentaar op een eerdere versie.

1. K.F. Haak & R. Zwitser, *Van haven en handel*, Deventer: Kluwer 2010, p. 209; *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, 1992, p. 326.

2. M.H. Claringbould, 'Titel 10.15 BW – IPR zee, binnenvaart- en luchtvaart: weinig nieuws', *MvV* 2010, p. 126.

3. Zie als voorbeeld: Hof Amsterdam 25 maart 2014, *S&S* 2014/88.

andere partij in de keten. Ook de vordering van F jegens rompbvrachter B, kan de vervoersovereenkomst (het laatste contract) niet ontlopen. We zien bij deze regeling dus (soms) zowel derdenwerking ten voordele (in het geval dat B zich beroept op vervoersovereenkomst), als derdenwerking ten nadele (buitenstaander F moet de vervoersovereenkomst tegen zich laten gelden).

Art. 8:365 BW biedt vervolgens de laatste – en in de literatuur meest besproken – regeling. Deze regeling vertoont gelijkenis met art. 6:257 BW ter zake van een vordering ingesteld jegens een onderschikte. Stel, de goederen van ladingbelanghebbende F zijn beschadigd door een fout van een bemanningslid aan boord van het schip. Het bemanningslid is werkzaam op grond een arbeidsovereenkomst met reder A. Een vordering van F jegens A zou worden 'beteugeld' door de vervoersovereenkomst (art. 8:364 BW). Aangezien het bemanningslid kwalificeert als onderschikte, mag deze zich op grond van art. 8:365 BW beroepen op dezelfde bescherming als de reder. Met andere woorden: hij mag zich eveneens beroepen op de vervoersovereenkomst. Deze indirecte bescherming geldt alleen voor ondergeschikten. De 'independent contractor', zoals de stuwadoor, kan zich niet beroepen op deze vorm van 'wettelijke derdenwerking'. Hij is geen ondergeschikte. Indien de stuwadoor bij het lossen van het schip schade toebrengt aan lading of schip, zal hij zijn toevlucht moeten zoeken in (i) vrijwaringen overeengekomen met zijn contractuele wederpartij, (ii) het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van de derdenwerking van exoneratiebedingen (zie nader paragraaf 3), en/of (bij schade aan lading) de in cognossementen geïncorporeerde Himalaya-clausule (zie nader paragraaf 4).

Met de exploitatieregeling voorziet Boek 8 BW in een fijnmazig systeem met verschillende vormen van derdenwerking. Dat rijmt strikt genomen lastig met een van de beginselen van het burgerlijk recht: de relativiteit van de overeenkomst. Dit beginsel was in het oud BW nota bene nog opgenomen in art. 1376: 'Overeenkomsten zijn alleen van kracht tussen de handelende partijen. Dezelve kunnen aan derden niet ten nadele verstrekken.' Hoewel niet opgenomen in het huidige BW, geldt dit beginsel nog altijd.

De wetgever rechtvaardigde het huidige systeem van Boek 8 BW echter door een beroep op verdragsrechtelijke ontwikkelingen. Zo refereerde de wetgever aan art. 4 lid 1 Hague-Visby Rules (toepasselijk bij zeevervoer onder cognossement), dat in feite de parallel- en paardensprongen beteugelde: 'The defences and limits of liability provided for in this Convention shall apply in any action against the carrier in respect of loss or damage to goods covered by a contract of carriage whether the action be founded in contract or in tort.'

In de toelichting merkte de wetgever op:

'Ook voor zover men uit deze artikelen slechts wil lezen dat de vervoerder beroep heeft op het Verdrag, wanneer hij wordt aangesproken door iemand, die geheel buiten de keten van vervoerovereenkomsten staat, bij voorbeeld de eigenaar der

goederen, komt het ontwerp tot dezelfde oplossing. Het kent immers in artikel 8.5.1.5 de vervoerder beroep toe op de "laatste" overeenkomst in de keten: wanneer het vervoer onder cognossement betreft is deze overeenkomst aan het Verdrag onderworpen (Loeff, N.J.B. 1973 p. 1104 spreekt hier van "expeditiegevallen").

Het ontwerp sluit zich derhalve aan bij een internationale ontwikkeling, die bij de totstandkoming van de huidige wet reeds door een commissie onder leiding van prof. mr. J. Offerhaus werd voorgestaan.⁴

Haak en Zwitser merken op dat de rechtvaardiging van het systeem in feite is gelegen in het handelsverkeer. Het zou 'ongerijmd' zijn als de vervoerder bij eventuele schade zich jegens zijn juridische wederpartij, bijvoorbeeld de expeditie, beroept op de vervoersovereenkomst, terwijl de derde buitenstaander (de economisch belanghebbende) vrij spel heeft. Dat terwijl deze derde buitenstaander vaak een 'contractueel betrokken derde' is, bijvoorbeeld de verkoper/eigenaar.⁵ Toch kwam de wetgever met het huidige systeem ook tegemoet aan de kritiek op de oude, wettelijke regeling ('het systeem Cleveringa'). Dat kende in het Wetboek van Koophandel een aantal artikelen – die in werking traden vanaf 1951 en later, die voorzagen in een bescherming van de aangesprokene partij (de reder,⁶ de vervoerder, de goederen- en de personenvervoerder) door een beroep toe te staan op de bepalingen van de eigen overeenkomst. Oftewel: een zuivere vorm van derdenwerking ten nadele. Naast het principiële bezwaar ter zake van de relativiteit van de overeenkomst was de kritiek hierop drieërlei:

- i. de derde werd geconfronteerd met een overeenkomst die hij geheel niet kende, en waarop hij geen invloed had kunnen uitoefenen;
- ii. de derde kon de omvang van het door hem gelopen risico niet inschatten, wat de verzekeraarheid niet ten goede kwam;
- iii. een systeem van 'onbeperkte derdenwerking ten nadele' zou ertoe leiden, dat de aangesproken partij in haar contract met haar wederpartij alvast op voorhand allerlei bedingen opneemt, die eigenlijk aan de overeenkomst zelf 'wezensvreemd' zijn.⁷

Het huidige systeem veranderde in feite dan ook de oude, zuivere derdenwerking ten nadele, naar een 'derdenwerking ten voordele' voor vorderingen tussen partijen onderling in de exploitatieketen, en een zekere vorm van derdenwerking ten nadele van de buitenstaander, door deze de relevante overeenkomst zoals aangegeven in art. 8:364 lid 2-4 BW tegen te werpen. De wetgever merkte dan ook op:

'De inbreuk op het beginsel van artikel 1376 B.W. is bij het in het ontwerp gevolgde systeem minder groot dan bij het huidige'.⁸

4. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, 1992, p. 336.

5. Haak & Zwitser, *Van haven en handel*, 2010, p. 213.

6. Onder oud recht was de reder niet noodzakelijkerwijs ook de eigenaar van het schip.

7. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, 1992, p. 335.

8. Zie hiervoor Löwenstein, *Verslag Utrecht*, p. 9 en Royer aldaar p. 44. *Parl. Gesch. Boek 8 BW*, 1992, p. 335.

2. Logistieke hulppersonen en derdenwerking⁹

De 'independent contractor' is verschoond gebleven van de bescherming van art. 8:365 BW. Onder het oude recht was zijn wettelijke positie niet beter. Met name *terminal operators* doen (tot op de dag van vandaag) nog wel eens een beroep op het in een vijftal arresten van de Hoge Raad ontwikkelde leerstuk van de *derdenwerking van exoneratiebedingen*.¹⁰ Had een beroep van de stuwadoor in 'de beginjaren' van dit nieuwe leerstuk nog een redelijke kans van slagen, tegenwoordig lijkt de kans op succes zeer beperkt.¹¹

De bakermat van het leerstuk van de derdenwerking van exoneratiebedingen is het *Gegaste Uien*-arrest.¹² Gemeentebedrijf Roteb gaste de bij De Klerk opgeslagen en door insectenlarven aangetaste uien. De uien behoorden deels aan De Klerk, deels aan koper Noordermeer toe. In haar overeenkomst met De Klerk bedong Roteb een exoneratie. Roteb vatte haar taak vervolgens grondig op: zowel de larven als de uien doorstonden de gassing niet. Noordermeer sprak Roteb aan, die met succes haar exoneratie tegenwierp. Noordermeer had zonder enige beperking toestemming gegeven aan De Klerk om de uien te laten gassen, en daardoor De Klerk 'de vrije hand gelaten'. Dat leidde naar oordeel van de Hoge Raad, tot een opgewekt vertrouwen bij Roteb, dat de exoneratie voor alle uien gold.

Een spraakmakende toepassing van deze 'derdenwerking ten nadele' in de maritieme praktijk betrof het *Condor*-arrest.¹³ Ladingbelanghebbenden sloten met Bloomfield een vervoersovereenkomst ter zake van een lading katoen, voor vervoer onder cognossement van Brownsville – via Rotterdam – naar Le Havre. Voor het traject Rotterdam-Le Havre sloot Bloomfield een (tweede) vervoersovereenkomst met Worms, die op haar beurt een bevrachtingsovereenkomst sloot met de reder van de 'Condor'. Kort na vertrek uit Rotterdam maakte de 'Condor' slagzij, waardoor schade ontstond aan de lading. Ladingassuradeuren spraken vervolgens rechtstreeks de reder aan.

Het Hof achtte het onwenselijk dat een 'niet als vervoerder aan te merken reder' zich niet op enige aansprakelijkheidsbeperking kon beroepen. De wettelijke derdenwerking ten nadele zoals opgenomen in het oude recht (art. 321 lid 3 WvK), gold nog (net) niet ten tijde van vervoer. De grondslag voor derdenwerking ten nadele – de reder mocht zich op de bevrachtingsovereenkomst beroepen – werd gevonden door 'vooruit te grijpen' op deze toekomstige wettelijke derdenwerking van de reder, en met name het *Gegaste Uien*-arrest

(NB naar huidig recht zou deze paardensprong stranden doordat de reder zich beroept op de eigen vervoersovereenkomst van ladingbelanghebbenden, vgl. art. 8:363 BW). Het Hof overwoog:

'7. Voordat de wet van 15 augustus 1955 (S. 398) was tot stand gekomen bestond twijfel of art. 1376 B.W. de reder toeliet zich tegenover zodanige ex lege vordering van ladingbelanghebbenden te beroepen op de inhoud van de door hen met de vervoerder gesloten vervoersovereenkomst – waarbij de reder geen partij was – dan wel op de door hemzelf met de vervoerder gesloten bevrachtingsovereenkomst – waarbij ladingbelanghebbenden geen partij waren. Wat dit laatste betreft is die twijfel door het arrest van de Hoge Raad van 7 maart 1969 (NJ 1969, no. 249) opgeheven voor het geval er sprake is van bijzondere omstandigheden, welke in redelijkheid met zich brengen, dat degene die ex lege wordt aangesproken op de inhoud van een contract, dat hij met een derde heeft gesloten, aan zijn processuele wederpartij mag tegenwerpen.

'Gelijk uit het vorengestelde volgt zijn er in casu zodanige bijzondere omstandigheden aanwezig. Nu bij de wet van 15 augustus 1955 uitdrukkelijk is gekozen voor de in lid 3 van art. 321 K. neergelegde aansprakelijkheidsbeperking van de reder tegenover derden, dient deze beperking ook te worden aanvaard voor de periode tussen de totstandkoming van voornoemde wet en haar inwerkingtreding.'

Na het *Condor*-arrest volgde een aantal uitspraken op grond waarvan de expediteur, onder argumentatie van 'de vrije hand' uit het *Gegaste Uien*-arrest, zich jegens een derde mocht beroepen op zijn contractuele bedingen.¹⁴ Ik laat deze uitspraken verder onbesproken, omdat de expediteur zich (inmiddels) op grond van art. 8:71 BW op de derdenwerking van zijn contractuele bepalingen mag beroepen. Ook voor de stuwadoor bood het *Gegaste Uien*-arrest echter (voorzichtig) uitkomst. In een reeks uitspraken werd het beroep van de stuwadoor op zijn eigen contractuele bedingen meerdere keren gehonoreerd, na schade ontstaan hoofdzakelijk bij lossen en laadhandelingen.¹⁵

Ter illustratie van de invulling van 'de vrije hand', dat na het hierna nog te wijzen *Citronas*-arrest van de Hoge Raad geheel anders zou worden toegepast, noem ik kort het *Formo*-arrest. Bevrachter Sombroek schakelde voor het laden van de 'Formo' agent/bevrachter Amons in. Amons schakelde op zijn beurt Stowage in. Na het uitvaren van de 'Formo' te Bever-

9. Een groot deel van de hier slechts beknopt aangehaalde uitspraken (gewezen onder het oud BW) wordt uitgebreid uiteengezet door R.E. Japikse in zijn overzichtsartikel 'Derdenwerking en Zeerecht (in Nederland)', in: *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1988, p. 339-354.

10. HR 7 maart 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB7416 (*Gegaste Uien*); HR 13 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2298 (*Securicor*); HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (*Deka-Hanno/Citronas*); HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0927 (*Gestolen Hammen*); HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4429 (*Sungreen*).

11. Zie voor een uiteenzetting van de periode 1838-1950: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 311-314.

12. Ik teken hierbij aan dat sommige auteurs het begin van het leerstuk zien in het arrest HR 1 mei 1964, NJ 1965/339 (*Echo*).

13. Hof 's-Gravenhage 2 juni 1972, S&S 1973/12.

14. Hof Amsterdam 4 november 1971, S&S 1972/32; Rb. Amsterdam 14 februari 1973, S&S 1974/6; Rb. Rotterdam 4 november 1974, S&S 1975/20; Rb. Amsterdam 19 februari 1986, S&S 1986/119. Zie Japikse, 'Derdenwerking en Zeerecht (in Nederland)', in: *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1988, p. 339-354.

15. Rb. Rotterdam 11 januari 1972, S&S 1972/40; Rb. Rotterdam 10 januari 1977, S&S 1981/24; Rb. Rotterdam 2 november 1981, S&S 1981/7; Rb. Rotterdam 19 november 1979, S&S 1981/8; Rb. Rotterdam 26 september 1980, S&S 1981/9; Hof 's-Gravenhage 19 februari 1982, S&S 1982/73; Rb. Rotterdam 23 september 1983, S&S 1984/76; Rb. Amsterdam 19 februari 1986, S&S 1986/119. Zie Japikse, 'Derdenwerking en Zeerecht (in Nederland)', in: *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1988, p. 339-354.

wijk bleek de lading niet goed te zijn gestuwd, met schade aan zowel schip als lading ten gevolge. Sombroek diende vervolgens de contractuele bedingen van Stowage tegen zich te laten gelden, waarbij het hof de volgende criteria ter rechtvaardiging 'opsomt':

- 'a. dat Sombroek Amons & Co als scheepsagent/bevrachter en niet als stuwadoord heeft ingeschakeld;
- b. dat Sombroek ermee bekend was, dat Amons & Co het stuwadoorsbedrijf niet uitoefent en dus het zeevast zetten van de vaten, waartoe Sombroek haar opdracht heeft gegeven, aan een stuwadoord moest uitbesteden;
- c. dat Sombroek de keuze van een stuwadoord en de condities waarop Amons & Co het zeevast zetten van de vaten aan een stuwadoord zou uitbesteden geheel aan Amons & Co heeft overgelaten;
- d. dat Amons & Co voor het zeevast zetten van de vaten aan Sombroek hetzelfde bedrag in rekening heeft gebracht dat Stowage van haar heeft bedongen, nadat Amons & Co zich tijdens een bespreking met Sombroek op of omstreeks 3 dec. 1978 door telefonisch overleg met Stowage van dat bedrag (f 2700) had vergewist;
- e. dat Sombroek bij haar brief aan Amons & Co van 24 jan. 1980 heeft bevestigd, dat voor de diverse onderdelen van het betrokken transport werd overeengekomen, dat de voor ieder onderdeel gebruikelijke standaard condities en bepalingen van toepassing zouden zijn.¹⁶

Het tijt keerde voor de stuwadoord echter na de door de Hoge Raad gewezen arresten *Citronas* en *Vojvodina/ECT*. In deze Rotterdamse 'havenarresten' beriep de stuwadoord zich op zijn eigen contractuele bedingen ter afwering van een buitencontractuele vordering. De Hoge Raad greep eerst het *Citronas*-arrest aan om de zeer casuïstische aanvaardingen van derdenwerking van *Gegaste Uien* en (het inmiddels ook gewezen) *Securicor* te herformuleren. Als uitgangspunt oordeelde de Hoge Raad dat 'contractuele bedingen alleen van kracht zijn tussen handelende partijen' en dat uitzonderingen dienen te worden gerechtvaardigd door 'de aard van het desbetreffende geval'. De Hoge Raad formuleerde drie gezichtspunten die daarbij van belang kunnen zijn, die tot op heden beslissend zijn bij de vraag of derdenwerking van exonerationen wordt toegestaan:

- (i) 'op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwende goederen';

- (ii) 'de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept';
- (iii) 'het stelsel der wet, in het bijzonder indien de wet aan bepaalde daarin geregelde overeenkomsten binnen zekere grenzen werking jegens derden toekent en het betreffende geval in dit stelsel moet worden ingepast'.¹⁷

De doorslaggevende factor in beide arresten om het beroep van de stuwadoord op zijn eigen overeenkomst te ontzeggen (op grond van het leerstuk van de derdenwerking van exonerationen), leek het wettelijk stelsel van het (nieuwe) zeerecht. Overeenkomstig art. 4 lid 2 Hague-Visby Rules, bracht art. 8:365 BW geen bescherming voor de *independent contractor*.

'2. If such an action is brought against a servant or agent of the carrier (such servant or agent not being an independent contractor), such servant or agent shall be entitled to avail himself of the defences and limits of liability which the carrier is entitled to invoke under these Rules.'

De 'stuwadoorsgevallen' werden overduidelijk in dit stelsel 'ingepast'.

Een succesvol beroep op derdenwerking werd nog wel gezien in het in 2001 gewezen *Sungreen*-arrest, ingekleurd door de bijzondere omstandigheden van het geval: de derde-recht-hebbende (gelaedeerde) had aan de kade overleg gepleegd met de stuwadoord ter zake van de lossingshandelingen. De nadien gewezen lagere rechtspraak biedt echter weinig aanknopingspunten voor de *terminal operator*. Het beroep op derdenwerking van de stuwadoord bij schade voortvloeiend uit los- of laadhandelingen wordt vrijwel altijd afgewezen.¹⁸ Dit is anders indien de stuwadoord (tevens) optreedt als bewaarnemer. Art. 7:608 lid 2 BW biedt de stuwadoord dan een wettelijke grondslag voor derdenwerking.¹⁹ In sommige uitspraken zoekt de stuwadoord dan ook zijn toevlucht tot deze bewaarnemingsregeling. Dat werd eenmaal gehonoreerd door het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen:²⁰

'Van de door artikel 7:608 BW geboden bescherming aan de bewaarnemer, die mede is ingegeven door de eisen van het (internationale) handelsverkeer, is het nog maar een kleine stap naar een vergelijkbare doorwerking ten behoeve van de stuwadoord op het moment dat deze zich niet slechts bezighoudt met opslag, maar ook met lossing.'

16. Hof Amsterdam 2 juni 1983, *S&S* 1983/93.

17. HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694, r.o. 3.4-3.5 (*Deka-Hanno/Citronas*).

18. Rb. Rotterdam 26 november 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AT5361, *S&S* 2005/43; Rb. Rotterdam 26 oktober 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4375, *S&S* 2001/53; Rb. Rotterdam 23 juni 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AU0942, *S&S* 2005/76; Rb. Rotterdam 7 juli 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AY7234, *S&S* 2006/91; Rb. Breda 10 mei 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AX2453; Rb. Breda 17 november 2010, *S&S* 2011/51; Rb. Rotterdam 12 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1605; Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600; Rb. Rotterdam 15 november 2017, *S&S* 2018/75; zie voor een behandeling van enkele van deze uitspraken: P.F. Salome, 'Derdenwerking van exonerationen: een inkadering van het redelijkheidsoordeel', *Contracteren* 2017, afl. 3, p. 83-91.

19. Hof Amsterdam 8 mei 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AQ6279, *S&S* 2004/67; Rb. Rotterdam 18 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB6042; Hof Den Haag 17 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4398; Rb. Haarlem 14 september 2001, ECLI:NL:RBHAA:2011:BY5985; Hof 's-Gravenhage 14 september 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AL8100, *S&S* 2003/44.

20. Gemeenschappelijk Hof Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Seba 22 februari 2011, *S&S* 2012/131 (*Heinrich J.*), waarover K.F. Haak & R. Zwitter, in: Erik Witjens e.a. (red.), *E Hofi di Ley* (Feestbundel ter gelegenheid van 25 jaar Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Aruba), Den Haag: Boom 2014, p. 295 e.v., waar het arrest in de internationale ontwikkelingen wordt geplaatst van het recht in het UK en de USA.

Deze uitspraak vormt echter een uitzondering.²¹ In recentere uitspraken is de wettelijke derdenwerking van de bewaarningsregeling bij laden en lossen, expliciet afgewezen.²²

3. Himalaya-clausule

De stuwadoor of een andere bij het vervoer betrokken (hulp)persoon kan zich bij schade aan de lading soms nog wel beroepen op de in het cognossement opgenomen *Himalaya*-clausule. Dit is strikt genomen echter geen derdenwerking (van Boek 8 BW), maar biedt naar Nederlands recht via een derdenbeding (bepaal)de hulppersonen van de vervoerder het recht om zich te beroepen op bepalingen van de vervoersovereenkomst en/of andere de vervoerder toekomende rechten en/of verweermiddelen.²³ Het derdenbeding is op de eis van aanvaarding door de derde-begunstigde na geheel van regelend recht. Een nauwgezette formulering is derhalve vereist.

De meerwaarde van een *Himalaya*-clausule voor een *terminal operator* openbaart zich (met name) als de vervoerder onder cognossement zijn aansprakelijkheidsperiode heeft beperkt door een zogenoemde *before-and-after-clause*.²⁴ Op grond van deze clausule is de aansprakelijkheid van de zeevervoerder onder cognossement beperkt tot de dwingendrechtelijke periode van lading tot lossing. Voor de tijdsperiode tussen lossing en aflevering is de vervoerder vrijgetekend. Indien er schade aan de lading ontstaat na lossing maar voor aflevering (onder het houderschap van de terminal operator) biedt de *before-and-after-clause* via de *Himalaya*-clausule een uitweg.

In de rechtspraak is geoordeeld dat een *Himalaya*-clausule ook een beroep van de derde-begunstigde op een in de vervoersovereenkomst opgenomen jurisdictiebeding bewerkstelligen. Een goed voorbeeld hiervan biedt het arrest *OPDR/Lisboa*.²⁵ *OPDR* was bevrachter van de 'Lisboa' en vervoerder onder cognossement, dat voorzag in een jurisdictiebeding voor de rechtbank te Hamburg. De tekst van de *Himalaya*-clausule was dusdanig ruim opgesteld – 'every such Person shall have the benefit of every right, defence (...) and liberty of whatsoever nature herein contained or otherwise available to the Carrier (...)', dat (ook vervrachter) *Lisboa* zich kon beroepen op het jurisdictiebeding jegens ladingbelanghebbers.

Tot slot. Het oude zeerecht voorzag in enkele bepalingen waarin een zuivere derdenwerking ten nadele werd geconstrueerd. Boek 8 BW voorziet in een andere regeling: partijen binnen de exploitatieketen kunnen hun eigen contract niet ontlopen, terwijl een partij buiten de keten wordt geconfronteerd met het in art. 8:364 BW aangewezen contract. De zelfstandige hulppersoon is verschoond gebleven van de bescherming van art. 8:365 BW voor ondergeschikten. Een beroep op het leerstuk van de *derdenwerking van exoneratiebedingen* zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, biedt slechts onder zeer specifieke uitzondering een reddingsboei. De in-

dependent contractor is dan ook veelal aangewezen op een ruim opgestelde *Himalaya*-clausule, of zal zijn positie moeten verstevigen door middel van een contractuele vrijwaring voor het bedrag boven de eigen gehanteerde aansprakelijkheidsuitsluiting.

21. Zie ook S.H.L. Niessen, *The Legal Position of Terminal Operators in Hinterland Networks: Mixed contracts and third parties* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam; NTHR-reeks, Deel 23), Zutphen: Paris Legal Publishers 2017, p. 232. Niessen ziet in deze casus dusdanig veel bijzondere omstandigheden dat hieruit geen algemene regel kan worden gedestilleerd.

22. Rb. Rotterdam 12 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1605; Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600.

23. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London: Sweet & Maxwell 2015, p. 71-72; zie ook Hof Den Haag 11 december 2012, *S&S* 2013/86 (*VOS/Sympathy*), ter zake van de werking van een *Himalaya*-clausule in de offshore-industrie.

24. Zie uitgebreid M. Spanjaart, 'De *Himalaya*-clausule en de derdenwerking van algemene voorwaarden', *TVR* 2006, afl. 3, p. 84-88.

25. Hof 's-Gravenhage 26 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5585 (*OPDR/Lisboa*).