EEN VISIE OP HET NATIONAAL EN INTERNATIONAAL WEGVERVOERRECHT

WEG EN WAGEN

AUGUSTUS 2006 • JAARGANG 19 • NUMMER 52

52

CMR 50 jaar... hoe nu verder?
De vervoerder is niet aansprakelijk voor accijns, invoerrechten en BTW

CMR 50 jaar... hoe nu verder?

1. Intro

Het CMR-Verdrag speelt een centrale rol in het internationale vervoerrecht. Zo'n 50 landen binnen en buiten Europa zijn partij. Afgelopen voorjaar zijn ter gelegenheid van het gouden jubileum (het Verdrag werd op 19 mei 1956 tot stand gebracht) op diverse plaatsen in Europa conferenties gehouden ter meerdere glorie van de jubilaris. Nu het feestgedruis grotendeels voorbij is, keert de hectiek van de alledaagse praktijk weer terug. Ik verklap geen geheim dat het CMR-gebouw op een aantal plaatsen behoorlijke scheuren vertoont. Als belangrijkste oorzaak kan worden gewezen op de uiteenlopende interpretatie van een aantal cruciale bepalingen in de rechtspraak.
Daarnaast is een aantal bepalingen gewoon achterhaald in de loop der jaren. De meeste andere internationale verdragen hebben rondom de eeuwwisseling een modernisering ondergaan. Zo werden lucht-, spoor- en binnenvaartrecht recent in een nieuw jasje gestoken. Aan een nieuw zeerecht wordt ook hard gewerkt. Bij die stand van zaken kan de CMR als 50-jarige niet achter blijven. Voordat het pand in verval raakt, dient het nodige herstelwerk te worden verricht. In deze bijdrage noem ik de belangrijkste scheuren en scheurtjes in het bouwwerk van de CMR[1]. Bij het opmaken van de "schade" maak ik onderscheid tussen ernstige gebreken die in de internationale praktijk steevast tot problemen aanleiding geven; die horen thuis op de *zwarte lijst* (§2). Een andere groep komt op de *grijze lijst* (§3); het gaat om hinderlijke gebreken die in potentie kunnen uitlopen op plaatsing op de zwarte lijst. In § 4 volgt de conclusie.

2. Zwarte lijst

(a) De toepasselijkheid van de CMR
Art. 1 bepaalt de reikwijdte van het Verdrag. De CMR is van toepassing op grensoverschrijdend vervoer over de weg. Maar geldt dat onverkort wanneer dat grensoverschrijdend wegvervoer deel uitmaakt van een gecombineerde (multimodale) vervoerovereenkomst? De rechtspraak en de geleerden zijn zoals gewoonlijk verdeeld. Het leidt niet alleen tot vragen van toepasselijkheid van de CMR of een ander regime, maar het probleem van het permanente raakvlak van wegvervoer met gecombineerd vervoer heeft ook rechtstreekse procesrechtelijke gevolgen voor de jurisdictie. Bij welke rechter in welk land moet de ladingclaim ingediend worden? Voor alle partijen bij het vervoer is op dit punt onzekerheid troef. En dat is een slechte zaak voor de gewenste rechtszekerheid in de internationale handel.

(b) Stapelvervoer
Art. 2 is vanaf zijn geboorte een lastpak geweest en gebleven. Niet alleen de tekst is moeilijk leesbaar, maar ook de uitwerking ervan is buitengewoon lastig. De reden daarvan is onder andere dat gebruik gemaakt wordt van een *fictieve* rechtsverhouding tussen de afzender en de stapelvervoerder. Die is nodig om het toepasselijk recht vast te stellen. Valt de aansprakelijkheid van de wegvervoerder onder de CMR of onder een ander regime? Dit heeft uiteraard gevolgen voor kwesties als overmacht en de hoogte van de limieten. Ook hier is de rechtspraak verdeeld. Samen met art. 1 bepaalt art. 2 de reikwijdte van de CMR. In het kader van een eventuele herziening van het Verdrag dienen dan ook beide bepalingen tegelijkertijd onder de loep te worden genomen.

(c) Schadevergoeding
Uiteindelijk gaat het bij de CMR (zoals bij alle andere vervoer) om aansprakelijkheid en schadevergoeding. Met die aansprakelijkheid valt het bereikte resultaat vanuit het oogpunt van uniformiteit nog wel mee. Maar bij de schadevergoeding (de centjes) loopt het goed fout. Ik wijs op een aantal problemen die duidelijk in het oog springen.

1. Neem alleen al de limiet, die sinds 1956 ongewijzigd is gebleven. Gelet op de koopkrachtontwikkeling vanaf 1956 zou de limiet thans omstreeks € 63,- moeten bedragen. Zo'n wijziging wordt door niemand bepleit, zeker niet als men bedenkt dat het gros van de vervoerde zaken niet boven de bestaande limiet (± € 10,- p/kg) komt. Voor dure zendingen (computermateriaal, kleding, alcoholica, die bijzondere aandacht van het dievengilde genieten) kan desgewenst gebruik gemaakt worden van de mogelijkheid een hogere waarde dan 8.33 SDR overeen te komen, waartoe art. 24 CMR de gelegenheid biedt. Wegens de eis dat het verhoogde bedrag in de vrachtbrief moet worden opgenomen (waarmee de kat op het spek gebonden wordt), is het gebruik van deze bepaling vrijwel nihil. Deze eis dient dan ook zonder dralen te worden geschrapt.

2. Verder bestaat een richtingenstrijd over de vraag wat onder "douanerechten en de overige met betrekking tot het vervoer der goederen gemaakte kosten" (art. 23 lid 4) moet worden verstaan. De controverse heeft in het bijzonder betrekking op de aan de Staat verschuldigde accijnzen en BTW naar aanleiding van het niet kunnen zuiveren van douanedocumenten tengevolge van het niet afleveren van de ten vervoer aangenomen goederen. In Engeland en België dient de vervoerder voor die "kosten" op te komen, anders dan in Nederland[2] en Duitsland. Nota Bene: het gaat hier om kosten die *bovenop* de beperkte schadevergoeding komen! Aan deze praktijk dient een einde gemaakt te worden. De vervoerder moet niet in het fiscaal vaarwater tussen fiscus en ladingbelanghebbenden terecht komen.

3. Ook de slotzin van art. 23 lid 4 ("verdere schadevergoeding is niet verschuldigd") vraagt om

[1] Voor een uitvoerige uiteenzetting van de materie, vgl. mijn voordracht van 7 april 2006 te Amsterdam, gepubliceerd in Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht 2006, p. 69-81.
[2] Zie recentelijk Hoge Raad 14 juli 2006, waarover de bijdrage van Claringbould in dit nummer.

verduidelijking. Daarmee is bedoeld dat gevolgschade is uitgesloten, maar onduidelijk is of dit ook opgaat voor in het kader van het vervoer aan *andere dan de vervoerde* goederen veroorzaakte schade ("Positive Vertragsverletzung"). Kan de vervoerder buiten de CMR om aansprakelijk gehouden worden voor deze vorm van "gevolgschade"? De rechtspraak daarover is verdeeld. Anders dan in Nederland en Engeland is beslist, neigt de Duitse en Belgische rechtspraak ertoe de vervoerder (al dan niet beperkt) voor de schade aansprakelijk te houden. Ook hier onzekerheid troef.

4. Is het nog nodig de problematiek van de doorbraak van de limiet door de bewuste roekeloosheid van de vervoerder en diens hulppersonen onder de aandacht van de lezer te brengen? Art. 29 is met afstand het zwarte schaap van de CMR. Juist daardoor heeft de CMR een kwade roep gekregen. Art. 29, waarin verwezen wordt naar het vermaledijde nationale recht voor invulling van het begrip grove schuld, is al jarenlang een kwelling voor de dagelijkse praktijk van het internationale wegvervoer en verzekeraars. (Over advocaten hebben we het hier niet.) Overigens, niets nieuws onder de zon. De befaamde Hollandse jurist Huib Drion oordeelde al 50 jaar geleden over deze aan het oude Verdrag van Warschau inzake het luchtvervoer ontleende formule van grove schuld:
"This is probably the most unhappy phrase of the entire Convention. It is the result and the starting point of *a comedy of errors*. Seldom have the dangers of conceptualistic thinking appeared so clearly as in the history of this text." Waarvan akte!

(d) Jurisdictie
De problematiek van de doorbraak heeft in de praktijk ook ernstige procesrechtelijke gevolgschade veroorzaakt. De befaamde procedures inzake verklaring voor recht van niet- dan wel beperkte aansprakelijkheid vieren hoogtij.
Ook hier staat de Nederlandse en Duitse rechtspraak diametraal tegenover elkaar. Niet erg gunstig voor goede handelsbetrekkingen (export door Nederlandse vervoerders onder het motto "Nederland distributieland"). De zaak wordt er niet beter op (to put it mildly) door de vluchtweg te nemen en via de Fenex-voorwaarden naar arbitrage te verwijzen, nog daargelaten dat het hier om hoogst oneigenlijk gebruik van deze condities gaat. Ik volsta hier met verwijzing naar mijn kritische bijdrage daarover in het jubileumnummer 50 van Weg & Wagen.

(e) Opvolgend vervoer
De regeling met betrekking tot opvolgend vervoer is overgenomen van het oude spoorwegvervoer (CIM 1952) en ademt daarmee de sfeer van formalisme die niet thuis hoort in het moderne wegvervoer. Zulks temeer daar art. 4 CMR geen vrachtbrief vereist voor de toepasselijkheid van het Verdrag. De regeling heeft onder de CMR tot veel verwarring, een verdeelde rechtspraak en daarmee tot rechtsonzekerheid geleid. Niet alleen het onderscheid tussen de opvolgend vervoerder en niet door de CMR geregelde ondervervoerder is onduidelijk, evenzo de voorwaarden en gevolgen van het opvolgend vervoerderschap. Zo is er rechtspraak in Nederland dat voor opvolgend vervoer de overname van de vrachtbrief vereist is, maar eveneens dat die vrachtbrief niet vereist is wanneer de volgende vervoerder op de hoogte is van het gehele vervoer. In het buitenland is de situatie niet wezenlijk anders. Een moderne transportregeling heeft uitsluitend behoefte aan een duidelijke regeling voor de aansprakelijkheid van de contractuele vervoerder voor diens ondervervoerders alsmede voor de passieve legitimatie van ondervervoerders, terwijl de contractuele relatie tussen hoofd-, onder- of opvolgend vervoerder aan partijen wordt overgelaten.
Kortom, het zesde hoofdstuk (art. 34-40) van de CMR was van den beginne niet functioneel en dient zo spoedig mogelijk te worden geschrapt.

3. Grijze lijst

(a) Vrachtbrief
Sinds enige tijd is een aanvullend EDI-CMR-Protocol in voorbereiding ter aanvulling van art. 5 CMR. Onder de werktitel "Harmonization of requirements concerning international road transport and facilitation of its operation" bereidt een ECE-werkgroep onder leiding van de Belgische hoogleraar en CMR-specialist Jacques Putzeys het protocol sinds 2002 voor. Uiteraard mag art. 5 elektronische uitwisseling van gegevens niet in de weg staan, maar dient een oplossing voor de (bewijs)functies van de elektronische vrachtbrief gevonden te worden. Terwijl geleerde koppen vooral langs elkaar heen praten, gaat de praktijk zijn eigen gang[3].

(b) Claimrecht
Onduidelijk is in de CMR geregeld wie vorderingsgerechtigd is. In overeenstemming met het internationale spoor- en luchtvervoer bestaat in de doctrine de neiging het claimrecht te verbinden aan het in art. 12 en 13 geregelde beschikkingsrecht. Art. 13 lid 1 verbindt aan het beschikkingsrecht de bevoegdheid van de geadresseerde uitsluitend in geval van verlies en vertraging van de goederen op eigen naam tegenover de vervoerder rechten uit de vervoerovereenkomst uit te oefenen. Over het recht op schadevergoeding bij schade wordt niet gerept, evenmin over de vraag of de geadresseerde exclusief vorderingsgerechtigd is. Deze onduidelijkheid blijkt een voedingsbodem voor de zienswijze dat het nationale recht in deze leemte zou kunnen voorzien. Van de behoefte aan de directe koppeling van het vorderingsrecht aan het beschikkingsrecht is in het internationale wegvervoer, anders dan in het spoor- en luchtvervoer, niet gebleken. Afdoende regeling van het vorderingsrecht verdient sterke aanbeveling.

(c) Rembours
Art. 21 is een bepaling die een betrekkelijk onopvallend bestaan leidt, maar toch in de praktijk voor de nodige problemen kan zorgen. De remboursopdracht dient separaat van de vervoerovereenkomst te worden gesloten en op de vrachtbrief te worden vermeld (art. 6 lid 2c). Ik zou ervoor willen pleiten dat (in afwijking van de CMR) de hoogte van het remboursement de factuurwaarde van de goederen niet te boven gaat, om daarmee te voorkomen dat het rembours als incasso-instrument wordt gebruikt ter inning van onbetaalde vorderingen uit het verleden (vgl. art. 17 lid 1 AVC 2002)[4].

(d) Verjaring
Art. 32 lid 3 bepaalt dat de schorsing en verjaring beheerst worden door het recht van de rechter waar de zaak dient, met uitzondering van de bijzondere regeling van lid 2 betreffende de ladingclaim. Deze bepaling eist terugzending van de stukken door de vervoerder om de schorsing te beëindigen. Deze voor de hedendaagse praktijk volstrekt achterhaalde bepaling uit een lang vervlogen tijd wordt in Frankrijk en België nog steevast toegepast met beroep op de rechtszekerheid, anders dan in Duitsland en Nederland. Buitengewoon hinderlijk. Niets staat aan schrapping van art. 32 lid 2 CMR in de weg.

(e) Arbitrage
Juist met het oog op de jurisdictieperikelen onder art. 31, blijft de mogelijkheid tot arbitrage onder de CMR van belang. Art. 33 beantwoordt niet de vraag of een onder de CMR

[3] Vgl. Claringbould in 50 jaar CMR, Het congres van 2006, p. 39 e.v. over de digitale vrachtbrief en de digitale pen.
[4] Zie ook de door sVa uitgegeven brochure "Let op: onder rembours!".

gekozen arbitrageovereenkomst optioneel of exclusief is. Hierover moet duidelijkheid komen, waarbij ik opteer voor de exclusiviteit. Wat heeft de arbitrageovereenkomst anders tot doel? Dit impliceert dat de geadresseerde door toetreding tot de vervoerovereenkomst ook gebonden is aan de arbitrageovereenkomst mits daarvan melding is gemaakt in de vrachtbrief of zulks hem anderszins vooraf is meegedeeld.

(f) Retentierecht
De CMR mist node het retentierecht, een noodzakelijk recht van de vervoerder. In deze lacune, die thans door het ipr met nationaal wisselend perspectief moet worden ingevuld, moet worden voorzien door een uniforme regeling. Dan weten partijen vooraf waar ze aan toe zijn.

4. Revisie noodzakelijk

Natuurlijk is het niet alles kommer en kwel onder de CMR. Integendeel, er is ook veel bereikt op het punt van de uniformiteit. Maar bovengenoemde gebreken (de lijsten zijn stellig voor uitbreiding vatbaar) moeten naar mijn mening hoognodig worden aangepakt. Anders dreigt de CMR bij andere transportregelingen als *outdated* achterop te raken. Wie wil een CMR met baard? Herstel van het pleisterwerk om scheuren en scheurtjes te dichten volstaat niet. Een grondiger aanpak is vereist, waarbij aansluiting bij de nieuwste transportregelingen moet worden gezocht. Zo'n revisie gaat niet vlotjes en vraagt geduld, politieke moed, uithoudingsvermogen en diplomatie. Maar als eenmaal de brede overtuiging en de wil tot herziening er is, kan het snel gaan en gloort een nieuwe toekomst. Het is nu de hoogste tijd dat ook de praktijk luid en duidelijk van zich laat horen!

Prof. Mr K.F. Haak

De vervoerder is niet aansprakelijk voor accijns, invoerrechten en BTW

In maart 1987 schreef ik mijn bijdrage aan Weg en Wagen onder de titel "Is de vervoerder aansprakelijk voor accijns, invoerrechten en BTW?"[1] *Nu, bijna twintig jaar later kan ik een bijdrage schrijven waarin – voor Nederland! – een definitief antwoord op die vraag kan worden gegeven: De vervoerder is niet aansprakelijk voor accijns en BTW.*

De Hoge Raad heeft gesproken

Op 14 juli 2006 heeft de Hoge Raad eindelijk het verlossende woord gesproken en nog wel in de spraakmakende zaak 'Philip Morris/Van der Graaf'. Immers, trouwe lezers van Weg en Wagen zijn allen bekend met de zogenoemde '5 januari-arresten', waarbij één van die op 5 januari 2001 gewezen arresten de zaak betrof tussen de sigarettenfabrikant en een van zijn CMR-vervoerders[2]. Daar ging het om de invulling van het begrip 'bewuste roekeloosheid'. Dat zal ik eerst behandelen, omdat in de tweede Hoge Raad procedure voor de 'doorbrekingspraktijk' nog een aantal interessante puntjes naar voren komen.

De cijfers
Eerst even de cijfers in deze zaak, want het gaat wel om groot geld.
De factuurwaarde van de sigaretten – zonder de Italiaanse accijnzen – bedroeg € 426.006,32. De limiet was 26.810 x 8.33 SDR = 223.327,30 SDR, thans omgerekend (1 SDR = € 1,159600) € 258.970,33[3]. De vordering van de Italiaanse douane wegens de verschuldigde accijnzen bedroeg € 1.562.664,10. Let op, voor de betreffende sigaretten waren geen invoerrechten (meer) verschuldigd, omdat zij of in Europa waren geproduceerd of al waren ingeklaard. Het waren communautaire goederen die vervoerd werden onder schorsing van de accijns; daarom werd het T2-document gebruikt.
In de onderhavige zaak is door de Italiaanse douane alleen accijns gevorderd en genoemd bedrag van € 1.562.664,10 is ook daadwerkelijk door Philip Morris (althans zijn goederenverzekeraar) betaald. Volledigheidshalve: er was geen BTW verschuldigd en er was geen boete opgelegd.

Geen bewuste roekeloosheid

Het gaat om diefstal in oktober 1991 van maar liefst twee vrachtwagens vol met sigaretten van een drukke parkeerplaats in Noord-Italië.
In 2001 gaf de Hoge Raad een nadere invulling van het begrip "opzet of schuld van de vervoerder, welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet gelijkgesteld wordt" (art. 29 CMR). Daarvoor heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij het Nederlandse wegvervoerrecht op dat punt (art. 8:1108 BW) dat wat betreft die met opzet gelijkgestelde schuld luidt: "*roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien*". Vervolgens kleurt de Hoge Raad die zinsnede in met wat wij nu noemen de formule van de '5 januari-arresten': Van gedrag, dat als roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien moet worden aangemerkt, is sprake, wanneer 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".

Met die 'toverformule' wordt de zaak verwezen naar het Hof Amsterdam om *alle* feiten nog eens langs te lopen en te kijken of er aan de hand van die criteria al dan niet tot deze vorm van met opzet gelijkgestelde schuld kan worden gekomen.
De chauffeurs hadden in strijd met de uitdrukkelijke instructies de vrachtwagens op het parkeerterrein gezet zonder dat een van de chauffeurs in de cabine achter bleef; reden voor de vervoerder om de chauffeurs bij terugkomst op staande voet te ontslaan. Het ontslagvonnis werd in de procedure bij het Hof Amsterdam overgelegd om aan te tonen dat de chauffeurs welbewust deze instructies hadden genegeerd. Het hof heeft uiteindelijk geoordeeld dat de chauffeurs weliswaar zeer onvoorzichtig en onachtzaam hebben gehandeld en dat zij zich hadden kunnen en moeten realiseren dat daaraan het risico van diefstal verbonden was, maar dat daaruit niet volgt dat de kans op diefstal van de vrachtwagens aanzienlijk groter was

[1] Zie 10 Jaar Weg en Wagen, p. 17-19.
[2] Zie W&W januari 2001, nr. 40; S&S 2001, 61 en 62; NJ 2001, 391 en 392 m.nt Haak.
[3] In deze zaak is limiet omgerekend naar de SDR koers van 17 oktober 1991 en dan kom je uit op € 262.546,56.

dan de kans dat zulks niet zou plaatsvinden.
Dus bij het Hof Amsterdam geen doorbreking van de CMR-limiet en dat betekent evenzeer dat de vervoerder geen gevolgschade hoeft te vergoeden, want die vorm van schade komt alleen voor vergoeding in aanmerking als er sprake is van opzet of, wat we nu kortweg maar juridisch gezien niet geheel juist, noemen 'bewuste roekeloosheid' van de chauffeurs. Dat betekent evenzeer – en daar draait deze procedure om – dat de door de Italiaanse douane opgelegde aanslag voor accijns (en dat is wel degelijk een vorm van gevolgschade) op die grond niet door de vervoerder vergoed hoeft te worden.

Alvorens art. 23 lid 4 CMR te bespreken, vertel ik nog even hoe het met die 'bewuste roekeloosheid' bij de Hoge Raad verder ging, want Philip Morris gaat van dit Amsterdamse arrest wederom in cassatie. De Advocaat-Generaal Strikwerda ontleedt in zijn conclusie die 'toverformule' en voor die analyse wil ik graag de aandacht van de lezer vragen, omdat daar uit volgt dat naar Nederlands recht bij diefstal in CMR-zaken de limiet eigenlijk nooit meer kan worden doorbroken.

Strikwerda noemt drie elementen[4] die ik voor het overzicht van kopjes voorzie:

1. Objectieve kansberekening

Aan de gedraging is een gevaar verbonden en de kans dat dit gevaar zich zal verwezenlijken is aanzienlijk groter dan de kans dat dit niet zal gebeuren.
Beslissend is, zo vervolgt Strikwerda, of – naar de ervaring leert – de kans dat het gestelde gedrag in de gegeven omstandigheden gevaarlijk is en of – naar de ervaring leert – de kans dat het gevaar zich in de gegeven omstandigheden zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan dat dit niet gebeurt.

2. Subjectieve bewustheid

Degene die handelt of nalaat kent het aan zijn gedrag verbonden gevaar en is zich ervan bewust dat de kans dat de schade optreedt aanzienlijk groter is dan de kans dat de schade uitblijft.

3. Roekeloos gedrag

De kennis van het aan het gedrag verbonden gevaar en het zich bewust zijn dat de kans dat de schade op zal treden aanzienlijk groter is dan de kans dat de schade zal uitblijven, hebben degene die handelde of nalaat niet van zijn gedrag weerhouden.

Kansberekening

Het aardige is (althans voor de CMR-vervoerder is dat aardig) dat het eerste element van de objectieve kansberekening een drempelvoorwaarde is. Als blijkt dat het gevaar[5] niet van dien aard is dat de kans op schade aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft, dan komt men aan de twee andere elementen niet meer toe.

En dat is nu precies wat in de onderhavige zaak aan de orde is: de eerste drempel wordt niet gehaald. Het mag dan wel zo zijn dat de chauffeurs zeer onvoorzichtig en onachtzaam hebben gehandeld (zeg maar: de chauffeurs hebben zich roekeloos gedragen, element 3) en dat zij zich hadden kunnen en moeten realiseren dat aan dat gedrag het risico van diefstal was verbonden (subjectieve bewustheid bij de chauffeurs, element 2), en nota bene tezamen genomen leidden deze twee elementen tot het ontslag op staande voet, dan nog volgt daaruit niet dat de kans op diefstal van de vrachtwagens aanzienlijk groter was dan de kans dat zulks niet zou plaatsvinden (de objectieve kansberekening, element 1).
Met andere woorden, op die objectieve kansberekening zullen in Nederland de meeste doorbrekingszaken stranden, want op welke parkeerplaats in Europa is de kans op diefstal van de vrachtwagens aanzienlijk groter dan de kans dat zulks niet zal plaatsvinden?

Een vraag die mij nog wel dwars zit, is hoe je met die kansberekening moet omgaan. Als er op een parkeerplaats per jaar 10.000 vrachtwagens een nacht overstaan en er worden er 12 per jaar gestolen, dan lijkt mij de kans op diefstal op die parkeerplaats niet erg groot. Maar dat betekent ook dat er gemiddeld per nacht ruim 27 wagens overstaan en dat er gemiddeld een keer per maand van dat terrein (met nog geen 28 vrachtwagens) een wagen wordt gestolen. Als een chauffeur dat hoort, rijdt de chauffeur die parkeerplaats voorbij. Veel te gevaarlijk! Maar de kans op diefstal blijft uitermate gering. Dat wordt weer anders als bijna alle chauffeurs besluiten voorbij te rijden en er per nacht gemiddeld nog maar twee wagens staan. En van de twee wagens die er iedere nacht staan, wordt er iedere maand één gestolen... Graag zou ik hier iemand eens over willen horen die verstand heeft van kansberekening.

Wat van dit alles ook zij, de chauffeurs mogen wel gewaarschuwd zijn dat het op een bepaalde plek gevaarlijk is om te parkeren en voorzien zijn van allerlei instructies om veiligheidsmaatregelen te nemen, als objectief gezien de kans op diefstal op een bepaalde parkeerplaats niet aanzienlijk groter is dan de kans dat er geen diefstal zal plaatsvinden, dan wordt in Nederland de CMR-limiet niet doorbroken. Het gedrag van de chauffeurs en hun kennis omtrent het gevaar is dan eigenlijk niet meer maatgevend. Dat wordt weer anders als de chauffeur zijn vrachtwagen met draaiende motor en open deuren op de parkeerplaats laat staan: dan zal iedereen zeggen dat de kans op diefstal aanzienlijk groter is dan de kans dat de wagen niet wordt gestolen. Strikt genomen zou deze kansberekening proefondervindelijk aangetoond moeten worden: een jaar lang iedere dag op die parkeerplaats een vrachtwagen met draaiende motor zetten en dan turven hoeveel vrachtwagens er dat jaar gestolen worden... Oftewel, bij die objectieve kansberekening moeten de omstandigheden min of meer gelijk zijn: alle vrachtwagens moeten op gelijke wijze beveiligd zijn. Dan moet je er dus rekening mee houden dat de kans op diefstal van een 'sigarettenwagen' die slechts B1 is beveiligd groter is dan een volgens de verzekeringsvoorschriften beveiligde B3 wagen. En hoeveel groter is die kans vraag ik mij dan vertwijfeld af.

In onze zaak komt de Hoge Raad niet meer toe aan een toetsing van art. 29 CMR, omdat wel duidelijk is dat de eerste drempelvoorwaarde niet wordt gehaald. De limiet van in casu € 262.546,56 blijft gehandhaafd.

Art. 23 lid 4 CMR

De doorbreking van de limiet en daarmee het verkrijgen van vergoeding van gevolgschade zoals de door Philip Morris betaalde accijns, is dus mislukt.
Maar de sigarettenfabrikant heeft nog een pijl op zijn boog en dat is art. 23 lid 4 CMR[6]. Die pijl was al in het begin van de procedure in 1992 afgeschoten, maar omdat Rechtbank en Hof Den Bosch beide tot doorbreking kwamen, en het Hof Amsterdam pas na verwijzing door de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat die eerste

[4] Ook al door Haak besproken in de syllabus 'Hét Congres van 2006', sVa/Stichting Vervoeradres, p. 14-15.
[5] Van Dale omschrijft gevaar als: mogelijkheid/kans dat uit gegeven omstandigheden onheil, ongeluk of nadeel kan voortkomen. Volgens mij kan in CMR-zaken voor 'gevaar' ook gelezen worden: 'de mogelijkheid/kans op diefstal'.
[6] Dit onderwerp is ook al uitgebreid behandeld (maar natuurlijk nog niet het onderhavige arrest) door Haak in de syllabus 'Hét Congres van 2006', p. 19-23.

pijl geen doel trof, kon datzelfde Hof Amsterdam nu pas beoordelen of de tweede pijl, genaamd 'art. 23 lid 4 CMR', doel kon treffen.

Dat art. 23 lid 4 CMR luidt als volgt:

> "Bovendien worden de vrachtprijs, de douanerechten en de overige met betrekking tot het vervoer der goederen gemaakte kosten, in geval van geheel verlies volledig en in geval van gedeeltelijk verlies naar verhouding, terugbetaald; verdere schadevergoeding is niet verschuldigd".

Eigenlijk worden in dit art. 23 lid 4 CMR twee dingen geregeld:

i. *De vrachtkosten, de douanerechten en de overige met betrekking tot het vervoer der goederen gemaakte kosten worden ongelimiteerd vergoed* en dus boven de eventueel toepasselijke limiet van 8.33 SDR p/kg bij materiële schade aan of verlies van de goederen zelf;
ii. gevolgschade is uitgesloten (behalve in geval van opzet/bewuste roekeloosheid, zie hierboven).

In de onderhavige zaak gaat het over de simpele vraag of de door de sigarettenfabrikant betaalde 'Italiaanse' accijnzen ter hoogte van € 1.562.644,10 alsnog via art. 23 lid 4 CMR van de vervoerder gevorderd kunnen worden onder het motto: "Die accijnzen zijn douanerechten, althans overige met betrekking tot het vervoer der goederen gemaakte kosten".

Juridisch gezien luidt de vraag als volgt[7]: a) Moet een *rechtstreeks verband* bestaan met het vervoer zoals het *normaal* moest worden uitgevoerd of b) komen ook kosten die *het gevolg* zijn van de *nalatigheid* van de vervoerder voor vergoeding onder art. 23 lid 4 CMR in aanmerking?
Twee opvattingen zijn in omloop: a) een enge opvatting en b) een ruime opvatting.

a) de enge opvatting
Volgens de enge opvatting moet de term "met betrekking tot het vervoer" *strikt* worden uitgelegd. Er bestaat alleen recht op vergoeding van kosten die in *rechtstreeks verband* staan met het vervoer zoals dat *normaal* moest worden uitgevoerd.
Invoerrechten of accijnzen, die wegens het niet kunnen zuiveren van T-documenten verschuldigd zijn bij diefstal van de goederen, zijn *uitsluitend gebaseerd op het verlies van de goederen* en houden geen verband met het vervoer als zodanig en komen dus niet voor vergoeding onder art. 23 lid 4 CMR in aanmerking.

b) de ruime opvatting
Volgens de ruime opvatting omvat de term "met betrekking tot het vervoer" ook "*als gevolg van het – niet naar behoren uitvoeren van het – vervoer*". Belangrijkste argument is de redelijkheid en billijkheid: het zou niet aangaan deze kosten die het gevolg zijn van nalatigheid van de vervoerder, af te wentelen op de ladingbelanghebbende die geen blaam treft.

In een weloverwogen verhaal kiest A-G Strikwerda voor de enge opvatting en de Hoge Raad volgt vrijwel letterlijk de Advocaat-Generaal. Ik zal in het kort de overwegingen van de Hoge Raad weergeven, waarbij ik de betreffende onderdelen weer van kopjes voorzie en per onderdeel telkens van commentaar.

De Hoge Raad begint met de vaststelling dat de ruime opvatting niet juist is. De redenen voor deze vaststelling zijn:

Uiteenlopende interpretaties en geen 'travaux préparatoires'
De tekst van art. 23 lid 4 CMR laat uiteenlopende interpretaties toe en er is geen documentatie over de wordingsgeschiedenis van deze bepaling.
Commentaar
Inderdaad, België, Frankrijk, Denemarken en vooralsnog Engeland kiezen voor de ruime opvatting en Nederland en Duitsland voor de enge opvatting. Zie de conclusie van de A-G voor een indrukwekkende lijst jurisprudentie en literatuur.
Inderdaad, documentatie over de wordingsgeschiedenis is er (nog steeds) niet. Maar, zo kan ik u verklappen, daar wordt aan gewerkt. Prof. K.F. Haak, prof. F.G. Smeele en prof. M.H. Claringbould zijn bezig met het samenstellen van de 'travaux préparatoires' van de CMR, maar het zal nog zeker een jaar duren voordat dit omvangrijke werk op de markt verschijnt.

Doel en strekking
In de literatuur en jurisprudentie is geen heersende opvatting omtrent de juiste uitleg van art. 23 lid 4 CMR. Daarom moet beslissende betekenis worden toegekend aan het doel en de strekking van – deze bepaling van – de CMR.

Commentaar
Het is een algemeen beginsel van de uniformerende uitleg van verdragen dat, zeker als een heersende opvatting ontbreekt, naar het doel en de strekking van het betreffende verdrag(sbepaling) te kijken (art. 31-33 Verdrag Verdragenrecht).

Systeem van limitering
Het past in het systeem van limitering van de schadevergoeding in de CMR dat de kosten waarop in art. 23 lid 4 CMR wordt gedoeld, betreffen de kosten die voor de ladingbelanghebbende rechtstreeks aan (de normale uitvoering van) het vervoer als zodanig zijn verbonden. Deze kosten omvatten dus niet de kosten die onder het douanerechtelijke regime in verband staan met het verlies van de goederen wegens tekortschieten van de vervoerder in de nakoming van zijn verplichtingen uit de vervoerovereenkomst.
Commentaar
Dit is de kernoverweging van het arrest. Art. 23 lid 4 CMR gaat alleen over kosten die gemaakt worden bij de normale uitvoering van het vervoer. Dat zijn dus de kosten waarmee de afzendwaarde van de goederen wordt verhoogd om zo de bestemmingswaarde van de goederen in het land van bestemming te benaderen *exclusief* de eventuele schaarstewinst die mede de prijs van het goed in het bestemmingsland kan bepalen. Deze gedachte is al geformuleerd door de opstellers van het Spoorvervoerverdrag in 1890 en destijds in de CIM 1890 opgenomen en in 1956 overgenomen in de CMR. Dit is de theorie van de *kostende prijs*, destijds zo genoemd door Dorrestein[8] en door mij van harte ondersteund en uitgewerkt in Weg en Wagen nr. 24, juni 1995[9]. Mede op grond van de hierna te bespreken wijziging van art. 30 par. 4 CIM ben ik van mening dat het verkrijgen van een schadevergoeding die overeenstemt met de kostende prijs precies het doel en de strekking van art. 23 lid 4 CMR weergeven.
Dus de 'kale waarde' vermeerderd met de vracht, de werkelijk betaalde invoerrechten bij het passeren van de grens en overige betaalde kosten zoals bijvoorbeeld kosten voor invoervergunningen, maar geen vergoeding van de winst die de handelaar maakt omdat het betreffende product in het bestemmingsland zo schaars is; een eeuw geleden wilde men de

[7] Ik volg hier grotendeels de tekst van de conclusie van A-G Strikwerda, want korter en meer helder kan het niet geformuleerd worden.
[8] Th.H.J. Dorrestein 'Recht van het internationale wegvervoer', 1997, nr. 246.
[9] 10 Jaar Weg en Wagen, p. 19-23.

vervoerder niet voor dat soort 'winsten' laten opdraaien!

Heersende opvatting
De enge opvatting is de heersende opvatting in Nederland en ook in Duitsland.

Aansluiting bij CIM 1999
Deze uitleg sluit aan bij hetgeen thans in art. 30 par. 4 CIM (spoorvervoer) is neergelegd, op welk verdrag de CMR vanouds sterk is georiënteerd.
Commentaar
Hierboven is al opgemerkt dat art. 23 lid 4 CMR is ontleend aan de CIM 1890. De destijds in de CIM gehanteerde tekst[10] vonden de spoorwegmensen niet duidelijk genoeg en in de CIM 1999 (die per 1 juli 2006 in werking is getreden!) is de tekst van art. 30 par. 4 CIM geworden: "De vervoerder moet bovendien de vrachtprijs, de *betaalde*[11] douanerechten en de overige ter zake van het vervoer van de verloren goederen *betaalde* bedragen terugbetalen, *met uitzondering van de accijnzen op goederen die vervoerd worden onder opschorting van accijnzen*". Kortom, het moet gaan om reeds betaalde douanerechten en de overige betaalde bedragen en ter verduidelijking wordt er nog eens aan toegevoegd dat uitgezonderd worden van de terugbetaling door de vervoerder de accijnzen op goederen die vervoerd worden onder opschorting van die accijnzen.

Voorzienbaarheid en verzekerbaarheid
De ruime opvatting zou met het oog op de verzekerbaarheid van de op de vervoerder rustende risico's tot het ongewenste, in het systeem van de CMR niet passende, resultaat leiden dat voor de vervoerder niet redelijkerwijze voorzienbaar is welke kosten ongelimiteerd te zijnen laste komen.
Commentaar
Met name in België zijn er auteurs die van mening zijn dat de onvoorzienbaarheid van een mogelijk ongelimiteerde schade en daarbij behorende problematiek dat dergelijke ongelimiteerde schades moeilijk te verzekeren zijn, geen reden zijn om art. 23 lid 4 eng uit te leggen. Een vervoerder kan zich heus wel tegen dergelijke ongelimiteerde schades verzekeren. Misschien kan de CMR-vervoerder zich in België wel voor een redelijke premie tegen dergelijke ongelimiteerde aansprakelijkheden verzekeren, maar in Nederland is dat nog niet zo eenvoudig. De meeste CMR-vervoerders zijn in Nederland niet boven de kilolimiet van 8.33 SDR p/kg van het gestolen goed verzekerd. Ik vind het heel realistisch van de Hoge Raad dat hij rekening houdt met de verzekerbaarheid van de aansprakelijkheid van de wegvervoerder, want zeker is dat de ladingbelanghebbende zijn sigaretten of andere dure (accijns)goederen adequaat verzekerd heeft! En een volledig dubbele verzekering met twee keer premie is nergens goed voor.

Tot slot: het ei van Columbus

Uit bovenstaand commentaar bij het arrest van de Hoge Raad blijkt wel dat ik gaarne instem met de uitkomst die met name recht doet aan de theorie van de geobjectiveerde kostende prijs. En toch blijft er iets knagen.

Als een CMR-vervoerder een wagen met ingeklaarde en in het vrije verkeer gebrachte sigaretten vervoert en de sigaretten worden gestolen, dan moet hij de volledige waarde van die sigaretten vergoeden inclusief de daarvoor betaalde invoerrechten, accijnzen en BTW, maar...de vervoerder mag zich wel op de CMR-limiet beroepen van € 10,- p/kg.
Maar vervoert de vervoerder een partij sigaretten die onder een schorsingsregeling vallen, dan hoeft hij 'slechts' de kale waarde van die sigaretten te vergoeden en dan is het maar de vraag of die kale waarde onder of boven de kilolimiet van € 10,- p/kg uitkomt.

De advocaat Cornette uit Antwerpen heeft al jaren geleden in navolging van de Engelse solicitor Hardingham bepleit[12] – en hij doet dat nog steeds – om de afzendwaarde van de sigaretten die onder een schorsingsregeling worden vervoerd (en gestolen) te bepalen aan de hand van de kale waarde plus de verschuldigde invoerrechten, accijnzen en BTW. Zijn redenering is dat die rechten aan de sigaretten 'kleven' zodra zij onder de schorsingsregeling worden geplaatst (dus voordat het vervoer begint) en voor de vervoerder moet het geen verschil maken of hij 'in het vrije verkeer gebrachte' dan wel 'geschorste' sigaretten vervoert: hij weet dat hij dure spullen vervoert (voorzienbaarheid) en hij weet ook dat hij, mocht hij aansprakelijk zijn voor de diefstal, zich op de limiet kan beroepen (verzekerbaarheid).

Deze oplossing doet recht aan veel van de door de Hoge Raad genoemde argumenten en het aardige is dat de uitkomst in de praktijk tussen de opvatting van de Hoge Raad (geen verschuldigdheid van 'douanerechten' etc.) en vergoeding op basis van afzendwaarde inclusief 'douanerechten' maar wel *gelimiteerd*, niet tot grote financiële verschillen leidt om de simpele reden dat de 'kale waarde' van sigaretten en andere accijnsgoederen zoals sterke drank, per kilo gewicht in de buurt komt van € 10,- zo deze 'kale waarde' dat bedrag al niet overschrijdt.

Ik moet bekennen dat ik wel heel veel woorden nodig heb gehad om dit door Cornette en Hardingham bedachte ei van Columbus te presenteren. Ik ben benieuwd wie er zout op dit ei gaat leggen.

Prof. Mr M.H. Claringbould

[10] Let op, de CIM spreekt over betaalde bedragen waar de CMR het heeft over gemaakte kosten.
[11] In de Engelse tekst staat "already paid".
[12] M. Cornette, "CMR - uninsured liabilities and risks", *Eur Vervoerr. (ETL)* 2000, 363.

Weg en Wagen verschijnt 3 maal per jaar • Abonnementsprijs **€ 10,- per jaar** door storting op **giro 41.95.796** t.n.v. Stichting Vervoeradres 's-Gravenhage • ISSN-nr. 0920-6191

sVa Stichting Vervoeradres

Postbus 82118, 2508 EC 's-Gravenhage
Statenplein 2, 2582 EW 's-Gravenhage
Tel. 070-30 66 700 *(algemeen)*
Telefax 070-351 20 25
e.mail: bva@tmsbv.nl
www.vervoeradres.nl

sVa / Stichting Vervoeradres is een samenwerkingsverband van:
EVO. Ondernemersorganisatie voor logistiek en transport
KNV. Koninklijk Nederlands Vervoer
NBB. Nederlandsch Binnenvaartbureau
Transport en Logistiek Nederland. De ondernemersorganisatie voor het goederenvervoer