

Artikel 14 Opzet en bewuste roekeloosheid

Opzet 'Opzet' is het willens en wetens handelen met het oogmerk schade toe te brengen.
Bijvoorbeeld: de chauffeur zit in het complot en hij heeft een kopie van de sleutel van het afgesloten parkeerterrein aan een 'vriend' gegeven en verteld dat er dure spullen die nacht in zijn vrachtwagen zitten.

Bewuste roekeloosheid 'Bewuste roekeloosheid' is de term die vervoerrechtjuristen kortheidshalve gebruiken om niet steeds de volgende lange zin op te hoeven schrijven of uit te spreken: "[een handeling of nalaten geschied] roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien."
In de inmiddels overbekende '5 januari'-arresten¹ heeft de Hoge Raad die zinsnede nader ingekleurd:

"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."

Inmiddels is er een boekenplank vol literatuur en jurisprudentie verschenen over de uitleg en betekenis van deze 'bewuste roekeloosheid'. Ook in Weg en Wagen en in de syllabi van de sVa wordt aan dit onderwerp regelmatig aandacht besteed; bijvoorbeeld in de syllabus 2008 waar Haak onder het kopje 'Doorbraak van de beperkte aansprakelijkheid' en met aanhaling van veel jurisprudentie een vergelijking maakt met de 'bewuste roekeloosheid' in het arbeidsrecht, het verkeersrecht en het strafrecht.²

Van belang is om voor ogen te houden dat al deze beschouwingen en rechtspraak over 'doorbreking van de limiet op grond van bewuste roekeloosheid' gericht zijn op de CMR: daar vindt ook doorbreking plaats bij 'bewuste roekeloosheid' van ondergeschikten.³

Volgens art. 8:1108 BW en dus ook art. 14 AVC 2002 kan de vervoerder zich alleen dan niet beroepen openige uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid

1 Hoge Raad 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9308 en ECLI:NL:HR:2001:AA9309, S&S 2001, 61 en 62; NJ 2001, 391 en 392 m. nt. K.F. Haak.

2 K.F. Haak, 'Aansprakelijkheid van de wegvervoerder', *SVA-syllabus 2008*, p. 15-20.

3 Zie ook M.H. Claringbould, 'Diefstal door eigen personeel', *W&W* maart 2008, nr. 58, p. 3-6.

Artikel 14

in geval van ‘bewuste roekeloosheid’ van de vervoerder zelf. Zie hierna bij ‘Bewuste roekeloosheid van de vervoerder zelf’.

*Analyse van
A-G Strikwerda*

Zeer interessant is de analyse die Advocaat-Generaal Strikwerda maakt van deze door de Hoge Raad gehanteerde ‘toverformule’.¹ Strikwerda noemt die elementen wil er sprake zijn van ‘bewuste roekeloosheid’ zoals door de Hoge Raad beschreven en hierboven aangehaald.

1. *Objectieve kansrekening*

Het aardige is (althans voor de CMR-vervoerder is dat aardig) dat het eerste element van de objectieve kansrekening een drempelvoorwaarde is.

“Het eerste element is dat aan de gedraging gevaar² verbonden is en dat de kans dat dit gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren.”

Als blijkt dat het gevaar niet van dien aard is dat de kans op schade aanzienlijk groter is dan de kans dat schade uitblijft, komt men aan de twee andere elementen niet meer toe.

Met betrekking tot diefstalzaken heb ik aan de hand van statistische berekeningen laten zien dat die drempelvoorwaarde eigenlijk niet meer gehaald kan worden.³ Dat het nemen van die eerste drempelvoorwaarde vrijwel onmogelijk is wordt bevestigd door de Hoge Raad in ‘Traxys/Transportbedrijf Maat’.⁴

2. *Subjectieve bewuste roekeloosheid*

Het door Strikwerda genoemde tweede element van het door de Hoge Raad gehanteerde criterium voor de uitleg van ‘bewuste roekeloosheid’, is het element van subjectieve aard:

- 1 Ik heb dit al eerder geschreven in mijn bespreking van het derde ‘Philip Morris/Van der Graaf’ arrest. ‘De vervoerder is niet aansprakelijk voor accijns, invoerrechten en BTW’, *W&W augustus 2006, nr. 52, p. 3*.
- 2 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’.
- 3 M.H. Claringbould ‘Bewuste roekeloosheid en kansrekening’ in: M.H. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht, Liber amicorum K.F. Haak*, Deventer: Kluwer 2012, p. 145-163; voor een uitwerking van deze bijdrage zie M.H. Claringbould, ‘Beperking van kansrekening tot ‘diefstal van parkeerplaats’ zaken’, *NTHR 2013*, p. 208-212.
- 4 Hoge Raad 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6747, NJ 2012, 652 m. nt. K.F. Haak, S&S 2012, 120. Het arrest van het Hof ’s-Hertogenbosch, waar het wel tot doorbreking kwam, wordt vernietigd.

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

Over die subjectieve wetenschap van de vervoerder en bij CMR-zaken meer in het bijzonder van diens chauffeur met betrekking tot de kans dat de schade zich waarschijnlijk zal verwezenlijken, heeft Haak geschreven naar aanleiding van een aantal ‘aflevering in Moskou’-zaken.¹ De chauffeur blijkt de lading bij aflevering aan boeven te hebben meegegeven in plaats van aan de oorspronkelijke geadresseerde. De hoven en de Hoge Raad komen dan tot doorbreking van de CMR-limiet.² Overigens werd in de zaak ‘Geologistics/Tiemex’ niet bewezen geacht dat de loodsmedewerker Minicello zich ervan bewust was dat hij de pallets met monitoren meegaf aan iemand die later een boef bleek te zijn.³

In die ‘aflevering aan boeven’-zaken speelt de objectieve kansrekening geen rol. De rechters moeten in dat soort zaken de subjectieve wetenschap bij de chauffeur vaststellen dat hij wist dat hij zijn dure lading waarschijnlijk afleverde aan een boef. Levert de chauffeur aldus de lading af dan handelt hij bewust roekeloos. Daar komt geen drempelvoorwaarde aan te pas want als je aflevert aan een boef is de kans 100% zeker dat de lading verdwijnt. Het gaat in dit soort ‘aflevering aan boeven’-zaken alleen nog om de vraag hoe de subjectieve wetenschap bij de chauffeur van het afleveren van dure lading aan een boef bewezen kan worden.⁴

3. Roekeloos gedrag

Het derde element kwalificeert het gedrag als roekeloos:

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

- 1 K.F. Haak, ‘De kwade kans van bewuste roekeloosheid’, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda’s conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 107-119.
- 2 Hof ‘s-Hertogenbosch 14 januari 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AC3408, S&S 1998, 95 ‘Arco/Immostrade’; Hof Leeuwarden 9 april 2003 en 21 januari 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR6484, S&S 2004, 99 ‘Philips Groborz’; Hoge Raad 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4041, NJ 2009, 245; S&S 2009, 97 ‘AIG Europe (Philips)/Van der Graaf’.
- 3 Hof Arnhem 17 augustus 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AU3092, S&S 2005, 105.
- 4 Zie M.H. Claringbould, ‘Bewuste roekeloosheid en kansrekening’, in M.H. Claringbould e.d. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer, 2012, p. 161.

Artikel 14

Al lang geleden heeft de Hoge Raad roekeloos gedrag in een aanvaringszaak gekwalificeerd als ‘in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’.¹ Ook nu wordt deze formulering nog regelmatig gebruikt als het begrip ‘roekeloos gedrag’ moet worden ingekleurd.

*Bewuste
roekeloosheid
van de
vervoerder zelf*

Terwijl er bij toepasselijkheid van de CMR een keur aan doorbrekingszaken is, is er bij nationaal wegvervoer maar één zaak waarbij door de limiet van € 3,40 p/kg wordt gebroken. De reden is eenvoudig, bij toepasselijkheid van Nederlands wegvervoerrecht kan de vervoerder zich alleen dan niet op enige beperking van zijn aansprakelijkheid beroepen “[...] voor zover de schade is ontstaan uit zijn *eigen* [cursief; MHC] handeling of nalaten [...]” (zie art. 8:1108 BW).

Een eigen handeling of nalaten van de vervoerder is, als het om een rechtspersoon zoals een besloten vennootschap gaat, een handeling of nalaten van de leidinggevendenden, de directie van de vennootschap. Let op, bij een grote rechtspersoon is dat niet de chef van de afdeling planning of de loodsbaas en ook niet de chauffeur die in dienst is van de vervoerder.² In principe moet het gaan om leden van de directie of die personen die de vennootschap besturen (procuratiehouders). Dat wil zeggen, personen die leiding geven aan het beleid van het bedrijf zelf. De Engelsen zeggen het zo mooi met ‘*the governing mind and will of the company*’.

Gaat het om een ‘eigen rijder’, een chauffeur/eigenaar van de vrachtwagen, die zelf de vervoerovereenkomst sluit (hijzelf is de vervoerder), dan zal zijn eigen roekeloze gedrag tot doorbreking van de limiet kunnen leiden, mits aan de elementen 1 en 2 als hierboven beschreven is voldaan.

Dat geldt ook voor de zzp’er die pakjes bezorgt voor een post- of koeriersbedrijf.

Het voorbeeld waar het ging om een eigen roekeloze handeling van de directeur van een transportbedrijf vinden we in het arrest van het Hof Amsterdam inzake ‘Aegon/Kamerman’.³ Directeur Kamerman van Kamerman Transport & Handling B.V. wist dat zijn personeel zich schuldig maakte aan diefstallen van computeronderdelen. Kamerman heeft vervolgens meegewerkt aan een plan van de marechaussee om dat personeel op heterdaad te betrappen. Inderdaad zijn drie personeelsleden op heterdaad betrapt maar als gevolg van een fout

1 Hoge Raad 12 maart 1954, NJ 1955, 386.

2 Hof Amsterdam 13 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT7319, S&S 2013, 58.

3 Hof Amsterdam 20 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:4005, S&S 2014, 44.

van de Koninklijke Marechaussee zijn zij niet meteen aangehouden waardoor de gestolen computerprocessoren alsnog verdwenen. Het hof oordeelt (r.o. 3.14) dat directeur Kamerman die diefstal wel degelijk heeft 'toegestaan' door eraan mee te werken dat pas na het plegen van de diefstal zou worden opgetreden. Dit gedrag is, met welk geoorloofd oogmerk dan ook, roekeloos en met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien, geschied. In plaats van de limiet van minder dan € 500,- moet Kamerman de volledige schade van € 45.413,23 vergoeden.

Redelijkheid en billijkheid

Het Hof Amsterdam heeft in een recent arrest met betrekking tot AVC-vervoer nog wel overwogen dat een beroep op de limiet van € 3,40 per kilo bij bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.¹ Ik ben het niet eens met de opvatting dat de rechter de toepassing van een wettelijke limiet toetst aan het algemene beginsel van redelijkheid en billijkheid.² Immers, een (lage) limiet is jegens de schadelijgende partij altijd onredelijk. Deze wettelijke limiet van € 3,40 per kilo, die geldt sinds 1997, is door de EVO en TLN en KNV uitonderhandeld. Daar komt bij dat het wettelijke systeem zo is opgesteld dat zelfs bij opzet van de chauffeur (de chauffeur is een van de dieven) de vervoerder nog steeds een beroep mag doen op die limiet van € 3,40 per kilo. Dat is wellicht zeer onredelijk, maar het geeft wel rechtszekerheid.

Mijns inziens kan die redelijkheid en billijkheid pas een rol gaan spelen bij dood of letsel van personen.

Onbeperkte aansprakelijkheid

Als de vervoerder toch onbeperkt aansprakelijk is, moet hij niet alleen de volle waarde van de vervoerde goederen vergoeden, maar ook iedere vorm van vermogensschade voor zover die in redelijkheid is toe te rekenen aan het feit dat de goederen beschadigd of verloren zijn. Dus wel vergoeding van bedrijfsstilstand of het missen van een order voor de verkoop van een product omdat de productmonsters tijdens het vervoer verloren zijn gegaan en niet aan de nieuwe klant gepresenteerd konden worden.³ Zie over de inkleuring van het begrip 'gevolgschade' nader bij art. 13 lid 1 'Gevolgschade'.

Onbeperkte aansprakelijkheid kan met name voor zelfstandige pakjesvervoerders onaangename en verstreckende gevolgen hebben.

1 Hof Amsterdam 13 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT7319, S&S 2013, 58.

2 Zie ook mijn bespreking van dit arrest in de *Beursbengel*, nr. 826, juli-aug. 2013, p. 29.

3 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 19 februari 1997, ECLI:NL:RBUTR:1997:AK3717, S&S 1998, 73 waar een fles champagne te laat aankwam waardoor de geadresseerde een order tot het leveren van 750 flessen champagne zou hebben gemist.

Artikel 14