

**Dekra congres Averij Grosse 21 maart 2013 - Carlijn ten Bruggencate**

**1. Inleiding**

- 1.1 U heeft zojuist gehoord en gezien dat het al dan niet afgeven van een garantie in verband met een averij grosse incident wordt omgeven door veel vragen. Datzelfde geldt voor de verdere afhandeling van de verdeling van kosten, nadat eventueel een garantie is afgegeven. De garantie is immers nog maar het begin van het traject. In het komende half uur neem ik een aantal van de vraagtekens met u door die ongetwijfeld bij u zijn gerezen na het telefoongesprek tussen Marine Lines en Agritrade.
- 1.2 Eerst de verhoudingen tussen de partijen. Agritrade heeft met Marine Lines een overeenkomst gesloten voor het vervoer van een lading graan van Brazilië naar Rotterdam. Dat soort overeenkomsten wordt vaak neergelegd in een Bill of Lading, die wellicht doorverwijst naar een charter party. In zowel de B/L als in de charter party wordt doorgaans iets bepaald over averij grosse. Vaak staat daarin dat in geval van averij grosse een bepaalde versie van de York Antwerp Rules van toepassing zijn. Soms wordt ook het op de averij grosse toepasselijke recht in de B/L of de charter party bepaald.
- 1.3 Verder komt Brasil Towage in beeld, het bergingsbedrijf dat 'The Turtle' heeft geholpen van de zandbank te komen en heeft geassisteerd bij haar vaart naar de noodhaven in Brazilië. Wanneer zich op zee dit soort calamiteiten voordoen en bergers melden zich ter assistentie, dan wordt vrijwel altijd gecontracteerd op een *Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement*, ook wel *Lloyds Open Form* of kortweg LOF genoemd. In dat standaard contract staan onder meer de verplichtingen van de bergers, de mogelijkheden om de bergingsovereenkomst te beëindigen, een rechtskeuze voor Engels recht en de bepaling dat het hulploon voor de bergers door middel van arbitrage in Londen via bepaalde standaardclausules zal worden vastgesteld. Over het LOF valt nog veel meer te vertellen, maar dat gaat het bestek van dit seminar te buiten. Maup Hopzakk komt later nog wel uitgebreid terug op het bepalen van waarde in het kader van het hulploon.
- 1.4 Relevant is hier alleen om te zien tussen welke partijen de bergingsovereenkomst wordt gesloten. Op het LOF moet de naam van de 'salvage contractors' worden ingevuld, dat is het bergingsbedrijf dat de hulpverlening gaat uitvoeren. Zij verrichten hun diensten niet aan een met name genoemde partij, maar aan "*Property to be salvaged*". Deze "property to be salvaged" wordt op het LOF gedefinieerd als:

*The vessel, her cargo, freight, bunkers, stores and any other property thereupon but excluding the personal effects or baggage of passengers, masters or crew.*

De ontvangers van de diensten van de bergers zijn dus het schip en de daarop aanwezige zaken die waarde vertegenwoordigen, met uitzondering van persoonlijke bagage. Het LOF wordt ondertekend door de bergers enerzijds, en door "*the captain, or any person signing for and on behalf of the property*" anderzijds. Zodoende tekent alleen de kapitein, maar bindt hij daarmee zowel de eigenaar van het schip als de eigenaren van de lading en van andere zaken aan boord. In de LOF is ter vermijding van misverstanden expliciet opgenomen dat de kapitein die aldus tekent, niet zichzelf bindt, maar alleen de respectievelijke eigenaren van schip en lading als agent van hen. Ook in de B/L of een charter party, waarin de vervoerovereenkomst tussen schip en lading is neergelegd, is vaak bepaald dat de kapitein de lading mag vertegenwoordigen als hij een contract aangaat met hulpverleners.

## 2. Garanties

2.1 Op grond van *het Lloyds Open Form*, het contract dat de berger met zowel de eigenaar van het schip als met de eigenaren van lading en bunkers is aangegaan, is het schip verplicht om de overige eigenaren van betrokken zaken zo snel mogelijk te laten weten dat zij 'salvage security' oftewel een garantie aan de berger zullen moeten verstrekken. In de clausules behorend bij het LOF (de *Lloyds Standard Salvage and Arbitration Clauses* of LSSA clauses) is bepaald dat die garantie moet worden verstrekt aan de Council of Lloyds, de brancheorganisatie van bergingsbedrijven. Ook wordt daarin bepaald dat de berger een zogenoemde *maritime lien* heeft op het schip, de lading en overige zaken waaraan hij hulp verleent totdat de vereiste zekerheid is gesteld voor betaling van het hulploon. Een *maritime lien* is een Engelse rechtsfiguur die enigszins lijkt op het Nederlandse retentierecht. In de voorwaarden wordt verder bepaald dat de berger de *maritime lien* niet zal uitoefenen indien de gevraagde zekerheid binnen 21 dagen na afronding van de bergingsoperatie wordt gesteld. Het verdient dus grote aanbeveling om vaart te maken met het stellen van zekerheid. Behalve de *maritime lien* van de hulpverlener zelf, schrijven de voorwaarden bij de LOF ook voor dat de scheepseigenaar zijn uiterste best moet doen om vrijgave van geredde zaken te voorkomen totdat zekerheid is gesteld aan de berger. De facto zal het dus linksom of rechtsom zo goed als onmogelijk zijn voor een ladingeigenaar om zijn geredde goederen vrij te krijgen zonder dat er zekerheid is gesteld aan de berger.

2.2 Tot slot bepaalt het LOF nog expliciet:

*The provision of General Average security does not relieve the salvaged interests of their separate obligation to provide salvage security to the Contractors.*

Hoe zit dit? In de besproken casus werden er behalve het hulploot naar aanleiding van de stranding voor de kust van Brazilië nog meer kosten en opofferingen gemaakt. Zo heeft het schip een deel van de lading graan van een van zijn opdrachtgevers overboord gegooid en heeft het noodreparaties moeten laten uitvoeren om de reis te kunnen voortzetten. De reder vond dat hij daarmee 'opzettelijk en redelijkerwijs een buitengewone opoffering heeft verricht of uitgave heeft gedaan voor de gemeenschappelijke veiligheid met het doel om alle bij het gemeenschappelijk avontuur betrokkenen voor gevaar te behoeden'. Oftewel; de reder vindt dat hij een averij grosse handeling heeft verricht. Via averij grosse wil hij van de overige betrokkenen bij het maritieme avontuur een bijdrage krijgen in de kosten en opofferingen die hij of anderen heeft / hebben gemaakt. Het opmaken van een dispache met daarin alle averij grosse kosten en de verdeling over alle debiteuren naar rato van de waarde van de geredde zaken duurt echter lang. Bij een wat ingewikkelde averij grosse kan dat jaren duren. Gedurende die tijd loopt de averij grosse crediteur (vaak, maar niet altijd; het schip) het risico van verhaal van de bijdrage. Daarom vraagt hij bij het einde van de reis, voor aflevering aan de zaken aan de geadresseerde in Rotterdam, een *average bond* en een *average guarantee*.

### 3. Average Bond en Average Guarantee

- 3.1 Hoewel de bewoordingen van die twee documenten sterk op elkaar kunnen lijken, wordt met deze twee documenten geen twee keer hetzelfde bevestigd aan de reder. De documenten hebben namelijk een verschillende strekking. De *average bond* moet worden getekend door de eigenaar van de lading aan boord. In de aanhef worden doorgaans de lading, het schip en de reis geïdentificeerd waar de bond betrekking op heeft. Daaronder bevestigt de ladingeigenaar in te staan voor de bijdrage in averij grosse die hij op grond van de geldende regels verschuldigd is aan het schip. Vaak lees je iets als:

*We [undersigned cargo owners] agree to pay the proportion of any general average which may hereafter be ascertained to be properly and legally due...*

De ladingeigenaar bevestigt hiermee debiteur te zijn van de averij grosse bijdrage, en voor die bijdrage heeft het schip vanaf het moment van tekenen van de bond een vordering op de ondertekenaar. Overigens krijgt de reder die bond niet alleen omdat hij dat vriendelijk vraagt. De bond begint doorgaans met de tekst:

*In consideration of the delivery to us or to our order of the goods noted above...*

- 3.2 Oftewel, net als de hulpverlener dreigt de reder met het uitoefenen van een retentierecht op de goederen als hij de bond niet krijgt. Mag een reder dit doen, of kan het uitoefenen van het retentierecht met succes worden aangevochten? In veel gevallen zal in de vervoerovereenkomst of in een Bill of Lading zijn bepaald dat de reder een *maritime lien* of retentierecht mag uitoefenen voor bedragen verschuldigd in averij grosse. Is er geen overeenkomst tussen de toekomstige averij grosse crediteur en debiteur, dan zal het toepasselijke recht duidelijk moeten maken of de reder zo'n retentierecht heeft. Naar Nederlands recht vloeit dat voort uit de wet, art. 8:489 lid 2 BW. In het Engelse recht vindt de *maritime lien*, het achterhouden van goederen totdat zekerheid is gesteld voor de bijdrage in averij grosse, haar grondslag in de *common law* en jurisprudentie. De eigenaar van lading die nog een redelijke waarde vertegenwoordigt heeft dus weinig keuze dan de bond te stellen.
- 3.3 Met de bond heeft het schip echter nog geen zekerheid van verhaal voor zijn vordering tot bijdrage in averij grosse. De ladingeigenaar die de bond heeft getekend, en daarmee zijn schuld jegens het schip heeft erkend, hoeft immers geen verhaal te bieden. Wellicht kan hij de bijdrage niet betalen, of gaat hij failliet voordat de dispache is opgemaakt en het moment van betaling is aangebroken. Ter zekerheid van verhaal dient de *average guarantee*. Daarin bevestigt de verzekeraar van een lading dat hij de bijdrage in averij grosse die van de ladingeigenaar kan worden gevorderd, aan de dispacheur of aan het schip zal betalen. Met de garantie maakt de verzekeraar zichzelf in wezen tot waarborg voor betaling van de averij grosse bijdrage aan de crediteuren. Op grond van de garantie hoeven de crediteuren niet eerst bij de ladingeigenaar aan te kloppen, maar mogen zij zich rechtstreeks tot de verzekeraar wenden. De *average guarantee* heeft daarmee veel weg van bijvoorbeeld een garantie op Rotterdams Garantief formulier. Net als de bond wordt deze garantie uitgeruild tegen de belofte van de reder dat hij na ontvangst ervan de goederen zal vrijgeven aan de ontvanger. Anders gezegd; zonder verstrekking van de *average guarantee* houdt de reder de goederen onder zich ter zekerheid van verhaal van zijn vordering. De garantie is in de meeste gevallen een zekerstelling dat er verhaal mogelijk is voor het geval op een later moment komt vast te staan dat er een verplichting tot bijdragen bestaat. Een *first demand* garantie is niet gebruikelijk, hoewel partijen dat wel zouden kunnen afspreken als zij dat wensen.
- 3.4 Is een lading tijdens transport niet verzekerd, dan is er geen verzekeraar om een *average guarantee* te stellen. In dat geval vraagt de averij grosse crediteur, meestal het schip, via de dispacheur een *average bond* van de ladingeigenaar, en als zekerheid een 'cash deposit'. De ladingeigenaar moet dan een depotbedrag storten onder de dispacheur, die

daaruit na het opmaken van de dispache en na de vaststelling van verschuldigdheid van de bijdrage, die bijdrage zal voldoen.

#### 4. Dubbele garantie?

- 4.1 In het geschetste scenario moeten de ladingbelanghebbende en zijn verzekeraar twee garanties stellen; één aan de hulpverlener en één aan het schip. Hoe pakt dit samenspel van garanties uit? In sommige gevallen betaalt de reder de bergers uit eigen zak, en slaat hij die kosten vervolgens om in averij grosse. Dit gebeurt onder meer wanneer op de hulpverlening Nederlands recht van toepassing is. De Nederlandse wet bepaalt namelijk dat dat hulpverleners het hulploon alleen van de reder mogen vorderen. Uitsluitend het schip is dus debiteur van de hulpverlener, ook al heeft die ook lading gered. Dat laat onverlet dat het schip zich - voor wat betreft het gedeelte dat voor rekening van de geredde lading behoort te komen - mag en zal omdraaien naar de ladingbelanghebbende. In zo'n geval heeft de ladingeigenaar geen contact met de bergers. Van hem wordt slechts één garantie gevraagd, namelijk door de eigenaar van het schip. Die heeft betrekking op alle kosten in averij grosse, waar in dit geval het hulploon deel van uitmaakt.
- 4.2 In veel gevallen is op hulpverlening echter geen Nederlands recht van toepassing. Zoals gezegd verklaart het LOF, dat veel wordt gebruikt, bijvoorbeeld Engels recht van toepassing op de hulpverlening. Naar Engels recht, en ook volgens het LOF, mag de reder rechtstreeks hulploon vragen van het schip en van de lading, en zal hij aan beide partijen dus separaat een garantie vragen. Van de ladingeigenaar worden de twee garanties gevraagd; één door de hulpverlener en één door het schip.

#### 5. Clausules in de Bond en Garantie

- 5.1 Zoals Ernst noemde zijn er standaardvoorwaarden over de in averij grosse te vergoeden kosten, en de verdeling van de kosten over de betrokkenen naar rato van de dragende waarden van de zaken ten behoeve waarvan de averij grosse handeling is verricht. Deze York Antwerp Rules ('YAR') worden in praktisch alle zeevervoerovereenkomsten van toepassing verklaard. Toch betekent dit niet dat altijd van meet af aan helder is welke bepalingen precies gelden en welke kosten voor omslag in averij grosse in aanmerking komen. Van de YAR zijn er namelijk meerdere versie in omloop, waarvan er enkele bovendien ook nog voorzien zijn van updates. Tegenwoordig worden de YAR 1994 het meest gebruikt. Verwijzing naar de YAR 1974 komt echter ook nog voor. Omdat er in de YAR 1994 ten opzichte van de YAR 1974 voor zowel de scheepseigenaar als de ladingeigenaar belangrijke verbeteringen zijn doorgevoerd, loont het om voor ondertekening van de *average bond* en *average guarantee* goed te kijken welke

bepalingen van toepassing zijn, en daarin zo nodig aanvullende bepalingen op te nemen in de bond en garantie. Een voorbeeld.

- 5.2 Van zowel de kosten en opofferingen die zijn gemaakt als averij grosse handeling, als de zaken die daardoor van een gevaar zijn gered, moet de waarde volgens de YAR worden bepaald aan het einde van de reis. De vaststelling van die waardes op precies hetzelfde moment is nodig om te garanderen dat het voor een bij het maritieme avontuur betrokkene financieel niet uitmaak, of zijn lading is opgeofferd of die van een ander. In veel gevallen levert de vaststelling van de waardes van opofferingen en geredde zaken bij het einde van de reis geen probleem op. Als schip en lading samen aankomen in de bestemmingshaven, dan is dat het moment waarop de waardes moeten worden bepaald. Soms wordt de reis, althans het gezamenlijke maritieme avontuur, echter eerder opgebroken. Als langdurige reparaties in een noodhaven te voorzien zijn, kan een ladingbelanghebbende er belang bij hebben om zijn lading door een ander schip of door een andere vervoerder naar de bestemmingshaven te laten brengen. Een voordeel voor hem is dat zijn goederen zo veel sneller op de plaats van bestemming zullen zijn, dan wanneer ze gedurende de noodreparaties aan het schip in het schip, althans in de noodhaven moeten blijven. Wordt de lading echter door een ander schip of anderszins naar de plaats van bestemming gebracht, dan eindigt de gezamenlijke reis op het moment dat de lading uit het schip wordt gelost in de noodhaven. Opofferingen en waardeschommelingen van de lading die daarna worden gemaakt of optreden zouden niet meer mogen worden omgeslagen in averij grosse. Dat is vooral voor de scheepseigenaar ongunstig, omdat hij in de noodhaven nog kosten maakt die normaal gesproken zouden worden omgeslagen in averij grosse, zoals lonen van de bemanning, extra bunkers en havengelden gedurende de reparatietijd. Om ervoor te zorgen dat de scheepseigenaar dat soort kosten toch kan omslaan in averij grosse, wordt al sinds het einde van de negentiende eeuw een zogenoemde *Non-Separation Agreement* opgenomen in garantieteksten. Die komt erop neer dat als de lading door een ander schip of op andere wijze dan met het betrokken schip naar de bestemmingshaven wordt gebracht, partijen qua averij grosse zoveel mogelijk de situatie zullen nabootsen alsof de lading daarheen is gebracht door het oorspronkelijke schip. Dat heeft als resultaat dat alle kosten die het schip maakt nadat de lading van boord is gehaald, toch kunnen worden omgeslagen in averij grosse.
- 5.3 Die voor de scheepseigenaar prettige standaardclausule in garanties is op enig moment wat beperkt door de zogenoemde *Bigham clause*. Deze beperkt de kosten die op grond van de *Non-Separation Agreement* via averij grosse op de ladingeigenaar kunnen worden verhaald tot het bedrag dat het de ladingeigenaar kost om zijn lading van de noodhaven naar de bestemmingshaven te laten vervoeren. De scheepseigenaar kan kosten gemaakt in de noodhaven die op grond van de YAR mogen worden omgeslagen

in averij grosse dus inbrengen, ongeacht of de ladingeigenaar de reparaties afwacht, of zijn lading laat afhalen en die zelf naar de bestemmingshaven laat brengen. In dat laatste geval mogen de kosten gemaakt in de noodhaven echter maar worden omgeslagen tot het bedrag dat de ladingeigenaar heeft gemaakt om zijn lading naar de plaats van bestemming te krijgen.

- 5.4 Deze *Non-Separation Agreement* met de *Bigham clause* werden door partijen vroeger in garantieteksten opgenomen. Sinds 1994 staan ze standaard in de YAR en hoeft dit dus niet meer. Wanneer er een oudere versie van de YAR geldt, heeft de scheepseigenaar er belang bij dat er een *Non-Separation Agreement* in de garantie wordt opgenomen, en heeft de ladingeigenaar, althans diens goederenverzekeraar, er belang bij dat die wordt voorzien van een *Bigham clause*. Omdat een garantietekst vaak wordt voorgesteld door de scheepseigenaar of door een door hem benoemde dispacheur, worden nog wel eens garantieteksten aangeboden die wel de *Non-Separation Agreement* bevatten, maar zonder *Bigham clause*. Tekenen ladingeigenaar en verzekeraar die, dan kunnen we veel meer kosten worden omgeslagen in averij grosse dan wanneer zij de garantie alleen afgeven op voorwaarde dat er een *Bigham clause* in wordt opgenomen. Het loont dus de moeite om de garantietekst goed te bekijken voordat die wordt getekend.

## 6. De afwikkeling

### *Zekerheid*

- 6.1 Het hiervoor genoemde had allemaal betrekking op het stellen van een garantie. Net als in andere gevallen is daarmee vooral veiliggesteld dat partijen op een later moment kunnen vaststellen wie wat aan wie moet betalen, zo nodig hun geschil daarover kunnen uitvechten in een procedure en dat tot die tijd verhaal is veiliggesteld. Of er een of twee garanties worden gesteld, heeft invloed op de wijze waarop de averij grosse wordt afgewikkeld. Wanneer de hulpverlener en de scheepseigenaar ieder separaat hun eigen garantie vragen, loopt een ladingbelanghebbende de kans dat de lading eerst in de noodhaven wordt vastgehouden op grond van een *maritime lien* van de hulpverlener totdat er een garantie is gesteld voor hulploon, en vervolgens nog eens in de bestemmingshaven, totdat er een averij grosse garantie is gesteld aan de scheepseigenaar. In dat geval zullen zowel de scheepseigenaar als de ladingbelanghebbende het door hen betaalde deel van het hulploon, en de juridische kosten om die te laten vaststellen, als crediteur inbrengen in de averij grosse. Dat levert voor de dispacheur een uitdagende rekensom op. Een van de factoren waarmee rekening wordt gehouden bij het bepalen van de hoogte van het hulploon is namelijk de waarde van het schip en de lading, althans voor zover die zijn gered. Om die waarde te bepalen kijken de hulpverleners naar de geredde waarde die de zaken hebben aan het

eind van de bergingsoperatie. Dat is in principe de waarde die schip en lading hebben in de noodhaven. Dat is een andere maatstaf dan de maatstaf die wordt aangehouden om die waardes te bepalen ten behoeve van de averij grosse. Ten behoeve van de averij grosse berekeningen wordt namelijk uitgegaan van de waarde die schip en lading hebben bij het einde van de reis. Dat is in principe de waarde die wordt vastgesteld in de bestemmingshaven. Tussen de noodhaven en de bestemmingshaven kunnen de waardes wijzigen. Als dat is gebeurd, dan moet het hulploon in de averij grosse berekening dus worden herverdeeld op basis van de waardes van schip en lading bij einde van de reis. Maup Hoppzak gaat daar straks uitgebreid op in. Dit systeem van herberekening van waardes wordt in de toekomst overigens wellicht losgelaten. Na de YAR versie van 1994 heeft de IUMI vergaderd over de inhoud van die regels, wat heeft geleid tot een nieuwe versie van de algemene voorwaarden, de YAR 2004. Die zijn (nog) niet in werking zijn getreden, en mogelijk zal dat ook niet gebeuren. Een van de relevante verschillen tussen de YAR 2004 en oudere versies is, dat in de laatste hulploon en daarmee gemoeide kosten 'moet blijven liggen waar het ligt' en niet mag worden omgeslagen in averij grosse. Een uitzondering geldt wanneer een partij het gehele hulploon aan de hulpverlener heeft voldaan, ook namens de eigenaar van andere geredde zaken dan het schip. Net als nu het geval is, slaat degene die het gehele hulploon heeft voldaan, doorgaans de scheepseigenaar, het hulploon vervolgens in het geheel om in averij grosse. Deze uitzondering is bijvoorbeeld voor het Nederlandse systeem, waarin aansprakelijkheid voor het hulploon is gekanaliseerd naar de reder, relevant.

### *Regres*

- 6.2 Na het stellen van de garantie is het doorgaans geruime tijd stil. In die tijd maakt de dispacheur de dispache op, waarin alle kosten staan opgenomen waarvan hij vindt dat die in averij grosse mogen worden omgeslagen, de waardes van schip en lading ten behoeve van de verdelingsleutel, en ten slotte de bedragen die de averij grosse debiteuren aan de averij grosse crediteuren moeten betalen. De verplichting om een dispacheur te benoemen rust overigens op het schip, ongeacht wie kosten heeft gemaakt of opofferingen heeft gedaan. Dat is omdat het schip als enige in staat is zekerheid af te dwingen via een *maritime lien* en informatie te krijgen over de goederen aan boord. De dispache is een puur cijfermatige aangelegenheid. Het bindt partijen niet, is geen titel voor wie dan ook om regres te nemen en het kan niet worden geëxecuteerd. Met de dispache in de hand klopt de averij grosse crediteur, vaak het schip, vervolgens aan bij de averij grosse debiteur, de lading, om verhaal te halen. Het zijn overigens niet alleen de partijen die rechtstreeks bij de reis betrokken zijn geweest zelf, die verhaal kunnen nemen via averij grosse. Als een averij grosse crediteur (deels) een uitkering heeft ontvangen van zijn verzekeraars, bijvoorbeeld goederenverzekeraars van overboord



gegooide lading, dan mogen die gesubrogeerde verzekeraars via averij grosse ook verhaal halen op de andere bij de reis betrokkenen.

- 6.3 In veel gevallen wordt de averij grosse afgehandeld conform de dispache. Als de debiteuren zich kunnen vinden in de kosten die de dispacheur heeft geaccepteerd in averij grosse en in de verdeling daarvan, kunnen partijen een overeenkomst sluiten die de dispache tussen hen bindend maakt. Daarop wordt er betaald en eindigt het regres. Soms rijst echter de vraag of de hoogte van de gevorderde kosten wel juist is, of bepaalde kosten wel mogen worden omgeslagen in averij grosse en of een fout van één van beide partijen er niet toe zou moeten leiden dat die partij alle kosten voor zijn rekening neemt. In dat geval zullen partijen moeten procederen over de hoogte of de verschuldigdheid van de bijdrage. Dat brengt een aantal formele vragen met zich, zoals welk recht van toepassing is op de averij grosse, waar er geprocedeerd moet worden en hoe dat gaat. Dat is niet of maar deels geregeld in de YAR.
- 6.4 In sommige gevallen zal het op de averij grosse toepasselijke recht gekozen zijn in de vervoerovereenkomst, in een Bill of Lading of een charter party. Die verwijzen doorgaans naar een versie van de YAR, die echter niet alle onderwerpen rondom averij grosse bestrijken. Wat niet in de YAR is geregeld, moet worden opgelost aan de hand van het overigens toepasselijke recht. Is er in de vervoerovereenkomst geen recht gekozen, dan is in principe en al van oudsher het recht van het land waar het maritieme avontuur is geëindigd van toepassing.
- 6.5 De Bill of Lading of charterparty bevat vaak een clause die bepaalt bij welke rechtbank of bij welk arbitrage instituut averij grosse geschillen, of geschillen tussen partijen in het algemeen, moeten worden beslecht. Ook kan een forumkeuze of een keuze voor een arbitrage instituut zijn ingesloten in de *average bond*. Is ook dat niet het geval, dan zullen partijen de algemene regels over bevoegdheid moeten volgen zoals die zijn neergelegd in nationale wetten en Europese verdragen.

## 7. Schuld van het schip

- 7.1 In de geschetste casus heeft Agritrade zich verbaasd over het gegeven dat er meer graan aan boord was dan alleen haar eigen lading. Zij had immers met de reder van 'The Turtle', Marine Lines, afgesproken dat uitsluitend haar lading aan boord zou zijn tijdens de bewuste reis. Het heeft er dus de schijn van dat Marine Lines het contract heeft geschonden. Bovendien had Agritrade begrepen dat het schip met haar lading al zo goed als volbeladen was. Zij heeft daarom de indruk dat Marine Lines 'The Turtle' overbeladen heeft, en dat de stranding voor de Braziliaanse kust daarvan het gevolg is. Nog los van de ins en outs van een averij grosse voelt zij er niets voor om kosten te vergoeden die

het schip heeft gemaakt als gevolg van haar eigen fout. Kan Agritrade dat tegenwerpen wanneer zij wordt aangesproken tot verstrekking van een garantie of tot verhaal?

- 7.2 Zoals genoemd verstrekt een averij grosse debiteur een garantie niet zomaar. Dat doet hij onder dreiging van de uitoefening van een *maritime lien* op de goederen. Verstrekt de ladingeigenaar de garantie niet, dan worden zijn goederen vastgehouden en zo nodig verkocht ter verhaal van kosten. De *average bond* en *guarantee* vestigen bovendien nog niet zonder meer de plicht tot betaling van de averij grosse bijdrage. Daarover kan immers worden geprocedeerd als de ladingeigenaar of diens verzekeraar zich niet kan vinden in de dispache, of meent dat er sprake is van schuld van het schip. Het is daarom niet verstandig en niet zinvol om te weigeren de bond en garantie te verstrekken.
- 7.3 Vermeende schuld van het schip wordt op een later moment wèl relevant. Rule D YAR 1994 zegt het volgende over schuld van het schip:

*Rule D*

*Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure; but this shall not prejudice any remedies or defences which may be open against or to that party in respect of such fault.*

Dat blinkt niet uit in helderheid, om het mild te zeggen, en of en hoe een fout van een der partijen in de averij grosse afwikkeling moet worden betrokken, blijkt er niet zonder meer uit. In de praktijk hangt het antwoord op die vragen af van de plaats waar over de averij grosse wordt geprocedeerd. Omdat averij grosse in zeezaken vaak in Engeland wordt afgehandeld, begin ik met de Engelse visie. Ik ga hieronder uit van het meest voorkomende scenario, namelijk dat het schip kosten of opofferingen heeft gemaakt waarvoor het een bijdrage wil van een of meer ladingbelanghebbenden, en dat er (mogelijk) ook sprake is van schuld van het schip aan de noodzaak tot een averij grosse handeling. Naar Engelse opvatting is het uitgangspunt dat een averij grosse handeling een averij grosse handeling blijft, ongeacht schuld van een der partijen, en dat een partij die kosten en opofferingen heeft gemaakt een bijdrage kan vorderen van de overige betrokkenen. De enige uitzondering daarop is dat de partij door wiens '*actionable fault*' de averij grosse handeling nodig werd, geen recht heeft op een bijdrage van degene die hem die fout kan tegenwerpen. Doet dat scenario zich voor, dan kan de partij die wordt aangesproken tot een bijdrage in averij grosse, zich daartegen verweren met een beroep op de '*actionable fault*'. De morele gedachte achter deze uitzondering is dat een partij die een fout heeft gemaakt de gevolgen daarvan niet kan verhalen op een ander en, meer

praktisch, dat vorderingen over en weer niet wenselijk zijn.

- 7.4 Wat is zo'n '*actionable fault*'? Die term laat zich het beste vertalen als aansprakelijkheid voor schade door de toerekenbare tekortkoming van een contractuele verplichting of voor toerekenbaar onrechtmatig handelen. Dat is echter een wat theoretische maatstaf. In geval van averij grosse is er immers doorgaans geen sprake van een vordering van een schadelijgende partij op de schadeveroorzaker. Het 'schuld van het schip' scenario gaat er juist vanuit dat de schadeveroorzaker (het schip) kosten of opofferingen heeft gemaakt en daaraan een bijdrage vraagt van een andere partij (de ladingbelanghebbende). De praktische test is daarom de volgende: stel je voor dat het schip de averij grosse handeling achterwege had gelaten, waardoor het gevaar dat het schip daarmee trachtte af te wenden, zich heeft verwezenlijkt. Als door dat gevaar schade aan de lading zou zijn veroorzaakt, had de ladingbelanghebbende die dan kunnen vorderen van het schip? Als het antwoord op die vraag ja is, is het schip ten opzichte van de lading aansprakelijk en kan de lading dat als verweer tegenwerpen aan een verzoek van het schip om een bijdrage in averij grosse. Is het antwoord nee, dan moet de lading het hem toekomende deel van de averij grosse kosten wel aan het schip vergoeden.
- 7.5 Op welke grondslag wordt die vraag naar aansprakelijkheid beantwoord? Dat gebeurt aan de hand van de rechtsverhouding tussen partijen. Als zij geen vervoerovereenkomst hebben gesloten (bijvoorbeeld omdat er tussen de reder van het schip en de ladingbelanghebbende een aantal bevrachters in de exploitatieketen zitten) dat is de relevante vraag of de reder ten opzichte van de lading onrechtmatig heeft gehandeld. Is er wel een vervoerovereenkomst tussen reder en ladingbelanghebbende, dan wordt die vraag beantwoord aan de hand van de overeenkomst en de daarop van toepassing zijnde verdragen, zoals bijvoorbeeld de Hague Visby Rules. Stel je het volgende voorbeeld voor: reder en lading hebben een vervoerovereenkomst gesloten en er is een B/L afgegeven, waarop de Hague Visby Rules van toepassing zijn. Het schip vaart op een zandbank en maakt kosten voor noodreparaties voordat de reis kan worden hervat. Het schip meent dat haar in dit verband een beroep toekomt op de navigatiefout uit de Hague Visby Rules, die haar van aansprakelijkheid ontheft. Als de lading hierdoor beschadigd zou zijn geraakt, dan zou ladingbelanghebbende die schade niet van het schip hebben kunnen vorderen omdat die daarvoor op grond van de navigatiefout niet aansprakelijk is. Het schip kan in dat geval dan ook een bijdrage in averij grosse vorderen van de lading, en lading kan zich daar niet met succes tegen verweren door te verwijzen naar de oorzaak van de kosten. Zou echter blijken dat het schip haar *overriding obligation* om bij aanvang van de reis zeewaardig te zijn, heeft geschonden, dan zou ladingbelanghebbende op grond van de Hague Visby Rules wel met succes een ladingvordering hebben kunnen instellen tegen het schip. Het schip zou voor die schade aansprakelijk zijn. In dat geval kan zij zich ook met succes verweren tegen de vordering

van het schip tot bijdrage in averij grosse. Overigens staan limieten en vervaltermijnen niet in de weg aan de aanwezigheid van een '*actionable fault*'. Zou een reder aansprakelijk zijn voor ladingschade, maar zijn aansprakelijkheid hebben kunnen beperken tot een kilo of collolimiet, dan blijft overeind dat het schip aansprakelijk is. In zo'n geval kan de ladingbelanghebbende zich met succes verweren tegen de vordering tot bijdrage in averij grosse, waarbij de limiet of de vervaltermijn uit de Hague Visby Rules verder geen rol speelt.

- 7.6 Het voorgaande betekent dat men Rule D YAR in Engeland zo uitlegt dat een fout van het schip als verweer dient tegen een vordering tot bijdrage in averij grosse. Bij de herziening van de YAR in 1994 is de optie aan de orde gekomen dat een averij grosse bijdrage altijd eerst moet worden betaald aan de partij die kosten heeft gemaakt, ongeacht diens eventuele schuld. Daarna zou dan in separate procedures de betalende partij (in ons voorbeeld de lading) zijn bijdrage moeten terugvorderen van het schip, als hij meent dat de averij grosse handeling het gevolg is geweest van schuld van het schip. Dat komt kort gezegd neer op het '*pay first, sue later*' of 'eerst betalen dan verhalen' principe. Dat voorstel heeft - zoals te verwachten was - veel kritiek gekregen van ladingbelanghebbenden en werd in strijd geacht met de wijze van afwikkeling van averij grosse zoals die in de meeste landen plaatsvindt. Het systeem, waarbij schuld van het schip rechtstreeks als verweer kon worden gevoerd tegen een vordering tot bijdrage in averij grosse werd daarom gehandhaafd.
- 7.7 In Nederland ligt deze situatie minder duidelijk. Hier gold op dogmatische gronden van oudsher het principe 'eerst betalen dan verhalen'. Dat hield in dat het schip hoe dan ook een bijdrage in averij grosse kon vorderen van de ladingbelanghebbende, en als die vond dat er sprake was geweest van schuld van het schip, dan moest hij de betaalde bijdrage in een volgende procedure weer terugvorderen van het schip. Bij die tweede vordering zou het schip een beroep kunnen doen een eventueel toepasselijke limiet uit de vervoerovereenkomst, de vervoersrechtelijke verdragen of een *global limitation*. In dat geval zou een deel van de betaalde bijdrage dan voor rekening van ladingbelanghebbende blijven, ongeacht de schuld van het schip aan de averij grosse. Deze manier van afwikkeling verhoudt zich niet goed met de interpretatie die doorgaans aan Rule D YAR wordt gegeven, namelijk dat schuld van een der partijen als verweer mag worden ingeroepen tegen een vordering tot bijdrage in averij grosse. Er is weinig Nederlandse jurisprudentie voorhanden over dit punt. Tot het begin van de jaren negentig volgde de jurisprudentie de 'eerst betalen, dan verhalen' lijn. In 1999 ging de rechtbank Rotterdam in de zeezaak *Condor* (Rb. Rotterdam 10 juni 1999, S&S 2000/51) deels om. De rechtbank handhaafde het uitgangspunt dat het vraag of sprake is geweest van averij grosse en de hoogte van ieders bijdrage moet worden vastgesteld los van de schuldvraag, maar dat schuld van het schip wel als verweer kan worden tegengeworpen

tegen de vordering tot bijdrage. Daarbij moet volgens de rechtbank dan nog steeds in aanmerking worden genomen of het schip zich kan beroepen op een limiet. Voor zover het op de lading rustende deel van de averij grossen kosten hoger is dan de limiet die het schip moet betalen als het aansprakelijk is voor de schade, moet die bijdrage nog altijd worden voldaan door de ladingbelanghebbende. In de jurisprudentie over binnenvaartzaken van de rechtbank Rotterdam werd deze wijze van afwikkeling eveneens omarmd.

- 7.8 Die praktischere wijze van afwikkeling is echter om formele redenen niet altijd mogelijk. De formele regels rond averij grosse zijn in Nederland neergelegd in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, dat over procesrecht gaat. Daarin is bepaald dat als de dispacheur zijn dispache af heeft, belanghebbenden in een verzoekschriftprocedure kunnen vragen om homologatie van de dispache. De dispache wordt daarmee in wezen goedgekeurd door de rechtbank. In de homologatieprocedure kunnen *alleen verweren tegen de dispache zelf*, dus bezwaren tegen het opnemen van bepaalde posten of de hoogte ervan, worden ingebracht. Verweren tegen de verschuldigdheid van een bijdrage, zoals verweren gebaseerd op schuld van het schip, kunnen hierin niet naar voren worden gebracht. Desondanks levert een gehomologeerde dispache een voor executie vatbare titel op. De averij grosse crediteur kan met de homologatie in de hand dus betaling afdwingen van de debiteur, zonder dat die zich heeft kunnen verweren tegen de verschuldigdheid van zijn bijdrage. Deze route sluit de praktische, Engelse manier van afwikkelen uit en staat op gespannen voet met de eisen die het Europees Verdrag van de rechten van de Mens stelt aan een juridische procedure. De mogelijkheden van een executiegeschil of eigenbeslag door de debiteur, met nog een procedure tot gevolg, nemen dat bezwaar niet goed weg. Daarom wordt tegenwoordig ook wel een andere route gekozen om tot vaststelling van verschuldigdheid van een bijdrage te komen. Die houdt in dat de averij grosse crediteur een verklaring van recht vordert van de rechtbank dat de debiteur(en) verplicht zijn hun bijdrage aan hem te betalen, samen met een vordering tot veroordeling van de debiteur(en) tot dat bedrag. In die procedure is er wel ruimte voor verweren van schuldenaren tegen hun bijdrageplicht, zoals een verweer gebaseerd op schuld van het schip. Het schip kan ervoor kiezen om alleen deze procedure te voeren, of partijen kunnen afspreken dat zij een homologatieprocedure schorsen totdat er in de separate procedure over schuld van het schip is beslist. Dat laatste gebeurde in de eerder genoemde *Condor* zaak. Kiest een schip uitsluitend voor de homologatieprocedure en wil hij die niet schorsen handende een beslissing over aansprakelijkheid van het schip, dan doet de ladingbelanghebbende er verstandig aan om als tegenverzoek te vragen om een garantie voor het geval de bijdrage in averij grosse vanwege schuld van het schip moet worden terugbetaald. Dat voorkomt in elk geval dat het schip feitelijk niet in staat is om de bijdrage die de lading eerst heeft moeten betalen, aan het einde van een procedure over verschuldigdheid ervan, terug te betalen.

7.9 Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt er ongeacht de toepasselijkheid van de YAR en ongeacht de vraag waar en volgens welke regels een averij grosse wordt afgewikkeld, hoe dan ook altijd een dispache opgemaakt - geheel los van de vraag naar schuld van een van de partijen. Pas als de dispache af is en er een concrete bijdrage wordt gevorderd, komt het schuldverweer om de hoek kijken. Dat lijkt een onzinnige en inefficiënte manier van afwikkeling in de gevallen dat schuld van bijvoorbeeld het schip zeer aannemelijk is. Er worden immers ook kosten gemaakt om de dispache op te stellen. Maar los van schuld van een van de partijen is die dispache nodig voor het schip in verband met haar verzekering. Averij grosse kosten die voor rekening komen van het schip, zijn in principe namelijk verhaalbaar op haar *hull & machinery* polis. Die vergoedt in veel gevallen niet de bijdrage die het schip niet van lading kan vorderen vanwege een fout aan haar eigen kant. Dat gedeelte moet de reder of de *hull & machinery* verzekeraar verhalen op de P&I verzekeraar. Bovendien hebben soms meer partijen kosten of opofferingen gemaakt dan de partij aan wiens fout de averij grosse handeling te wijten is. In dat geval kan een bijdrage aan de schuldige partij weliswaar worden geweigerd, maar de bijdrage aan een onschuldige derde, zoals een mede ladingbelanghebbende wiens lading overboord is gezet, niet. Ook in dat geval blijft het opmaken van een dispache nuttig, zelfs in geval van schuld van een der partijen.

## 8. Slot

8.1 Averij grosse is een van de oudste zeerechtelijke instituten. Veel aspecten rondom de afwikkeling van een averij grosse gaan daarom zoals ze al jaren gaan, zonder dat partijen daar veel vraagtekens bij plaatsen en zonder dat de grondslag van bepaalde acties steeds duidelijk is. Met het regelmatig aanpassen van de YAR, met mogelijke wetwijzigingen in de toekomst en met wijziging van de toepassing van de gebruikelijke op het vervoer toepasselijke regels (zoals de nieuwe Rotterdam Rules) zal er in de toekomst ongetwijfeld het een en ander veranderen. Gezien haar worteling in het zeerecht valt echter niet te verwachten dat het instituut averij grosse snel uit beeld zal verdwijnen. Ik hoop u met deze bijdrage iets meer bekend te hebben gemaakt met de ins en outs ervan, en dank u zeer voor uw aandacht.

\*\*\*