

Mr H. Posthumus Meyjes

Voordracht Averij Grosse  
MIA Nederland  
IJ-kantine

Amsterdam, 26 september 2006

Dames en heren,

Averij grosse - het mag in het midden zowel met een "a" als een "e" geschreven worden - is een buitengewoon oud instituut dat reeds genoemd wordt in de Roles d'Oleron en de Visby Rules.

A.G. komt alleen voor op zee (Europees binnenwater daargelaten - IVR regels), dus niet op land of in de lucht.

De feitelijke grondslag van de averij grosse is het gemeenschappelijk avontuur.

Hardenberg schrijft daarover in "Scheepsraad", blz. 180 :

Het (is het) huwelijk van schip en lading, een feitelijke gemeenschap , welke door De Groot als "gemeenschaps des uitkomst" wordt vergeleken met, maar tevens duidelijk onderscheiden van, zowel de maatschap, omdat zij zonder overeenkomst ontstaat, als de "ghemeenschap van nooddrift tusschen alleen die op eenen bodem in zee zijn", welke een overblijfsel schijnt te zijn van de aldereerste ghemeenschap" ontstaan door de drang der feitelijke omstandigheden. Deze feitelijke gemeenschap van het schip, de zich daarin bevindende goederen en de mede op het spel staande vrachtpenningen, maar zonder de opvarenden, bestaat gedurende en met het oog op de gemeenschappelijke ondernemeing, letterlijk beheerst door de gedachte "samen uit, samen thuis", met het gevolg, dat daarin elke particulier belang moet wijken voor het gemeenschappelijke belang bij de goede afloop. De werping van lading uit het schip waarmee Jonas reisde en, toen dat niet hielp van Jonas zelf is daarvan het oudste voorbeeld, op de voet gevolgd door de reis van de apostel Paulus naar Rome, welke een staalkaart van averij grosse handelingen oplevert (Handelingen 27: 17 (tijdelijke reparatie), 18, 19, 38 (drie werpingen), 39 (vrijwillige stranding) helaas gevolgd

door schipbreuk (41) zodat omslag achterwege bleef).

-2-

Averij Grosse is een wereldomvattende traditie die materieel geregeld wordt door de York-Antwerp Rules. De YAR is geen

verdrag maar een algemeen aanvaarde optekening van een internationale gewoonte en ontwikkeling. De YAR zijn een zeldzaamheid in het internationale recht, dat het meestal van van collisiereregels en inter- of supranationale verdragen moet hebben.

Rule A van de YAR geeft aan wanneer sprake is van A.G. en wel :

- |   |             |
|---|-------------|
| - er moet sprake zijn van nood/gevaar.                | Nood        |
| - de kosten moeten opzettelijk en redelijk zijn.      | Opzet       |
| - de inspanningen moeten resultaat hebben.            | Resultaat   |
| - de kosten moeten voor schip en lading gemaakt zijn. | Gemeenschap |

De YAR waar U mee geconfronteerd zult worden zijn soms nog de YAR 1974, doch meestal de YAR 1994 en de YAR 2004 die echter niet de sympathie van de rederijen heeft daar deze Rules er in 2004 min of meer door lading zijn "doorgedrukt".

### **Verschillen tussen de Rules**

De YAR bestaat uit geletterde en genummerde Rules. De genummerde Rules die specifieke bepalingen bevatten prevaleren boven de algemene bepalingen van de geletterde Rules.

"Makis Agreement", januari 1929 naar aanleiding van de beslissing in de "Makis", Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Ins. Co. Ltd. 31 LLR 315

In 1994 is de zgn. Clause Paramount ingevoerd n.a.v. de uitspraak van de Engelse rechter in de zaak van de "Alpha".

-3-

De "Alpha" was een parcel-tanker die in 1984 bij de Congo-rivier aan de grond liep. Bij het geforceerd vlotbrengen werd aanzienlijke schade aan hoofd- en hulpwerktuigen toegebracht wegens oververhitting doordat het koelwatersysteem met zand dichtslibte. Lading - die ca. US\$ 600k in A.G. moest bijdragen - nam het standpunt in dat het handelen van de kapitein dermate onzorgvuldig was dat het als onredelijk diende te worden gekwalificeerd.

Rule VII bepaalt :

Damage caused to any machinery and boilers of a ship which is ashore and in a position of peril, in endeavouring to refloat, shall be allowed in general average when shown to have arisen from an actual intention to float the ship for the common safety at the risk of such damage .....

Ofschoon rechter Hobhouse erkende dat het handelen van de kapitein "unreasonable" was besliste hij dat in Rule VII het criterium "redelijk" niet gesteld werd en Rule A moest wijken voor de expliciete bewoording van Rule VII lading gehouden was in A.G. bij te dragen.

Dat was voldoende reden om in 1994 de Clause Paramount in te voeren.

Soms komt men nog de YAR 1974 (as amended 1990) tegen. De amendering heeft betrekking op Rule VI waarin berging wordt behandeld om deze in de pas te laten lopen met het bergingsverdrag van 1989.

#### **Verschil tussen YAR 1994 en YAR 2004**

De YAR 2004 verschilt met name op de volgende punten met de 1994 regels. Tendens om "common safety" te handhaven en

"common benefit" uit te sluiten.

- berging (Rule VI) wordt uitgesloten van A.G.. (Wordt wel gehandhaafd als "special charge" m.b.t. dragende waarde).
- gages en victualien bemanning (Rule XI) niet langer

-4-

toelaatbaar.

- tijdelijke reparaties (Rule XIV) in noodhave alleen dan toelaatbaar voorzover het de "savings to ships' interests" te boven gaat.
- commissie wordt afgeschaft.
- rente (was 7%) wordt variabel.
- termijnen : 1 jaarstermijn na datum van de dispache, 6 jaar vervaltermijn (Art. 8:1830 t/m 1832 BW)

### **Melding van A.G.**

Lading verneemt van de rederij of via haar agent van verklaren averij grosse.

Vrijwel elk vervoersdocument, bevrachtingsovereenkomst, c.q. cognossement bevat een bepaling in de trant van :

General Average shall be adjusted, stated and settled according to York-Antwerp Rules (jaartal) in London (of andere plaats).

In het overgrote deel van de zaken London, d.w.z. naast YAR Engels recht van toepassing. Engels recht biedt zekerheid uitvoerige case-law op gebied A.G..

Zo dat al niet in het bericht van de rederij wordt vermeld naar de identiteit en gegevens van de dispacheurs vragen.

Geen bezwaar indien dispache elders wordt opgemaakt, maar overeenkomen : "as if in London" om daardoor niet met lokale bepalingen - denk aan verjaringstermijnen - in conflict te komen. "Stated and settled" voegt niets toe aan "adjusted"

-5-

### **Zekerheden**

Allereerst, uiteraard weet U dat, maar verzekeren zijn er soms maar heel moeilijk van te overtuigen dat het stellen van garanties op geen enkele wijze erkenning van gehoudenheid tot het bijdragen in A.G. inhoudt.

Naar Engels recht heeft de vervoerder een "common law lien" op de goederen die in averij grosse dienen bij te dragen. Dit is een "possessory lien", d.w.z. gaat verloren zodra de goederen uit de macht van de vervoerder geraken.

De "lien" kan eerst bij aflevering ter destinatie, dan wel ter plaatse waar de reis rechtens geldig wordt geabandonneerd, worden uitgeoefend.

De aandrang van dispacheurs om in een (zeer) vroeg stadium het stellen van garanties te verlangen is prematuur.

Een A.G. bijdrage is alleen verschuldigd indien de goederen - met een zekere waarde - ter destinatie arriveren.

De meeste grotere dispacheurs hebben een website waarop nadere gegevens van het evenement worden gepubliceerd en de garantieformulieren kunnen worden gedownload.

Gebruik standaardformulieren.

- Bond : LAB '77 formulier
- Garantie : Lloyd's formulering
- géén jurisdictieclausule accepteren.  
denk aan "Potoi Chau" en "Evje" uitspraken.
- géén bepalingen gebonden te zijn aan de dispache.

-6-

wat eventueel wèl mag :

- non-separation agreement (vóór YAR '94). Sedert YAR 1994 onderdeel van Rule G tezamen met de "Bigham clause".
- termijnbepalingen.
- payment on account in de Garantie.

Strikt genomen opletten of verzekeraar(s) gehouden zijn de Garantie te moeten stellen.

- vragen : mogelijke onderverzekering  
oplossing : "full GA" clause

excepted perils :

b.v. Institute Cargo Clauses (A), (B) & (C) sluiten uit :

- 4.4. loss, damage or expense caused by inherent vice or nature of the subject matter insured.

Zijn verzekeraars in zo'n geval bereid een garantie te stellen, dan zou verzekerde een tegen-garantie moeten afgeven.

Rederij is gehouden er voor zorg te dragen dat A.G. zekerheden worden gesteld, met name van belang indien lading crediteur in A.G. is. Laat de rederij dit na dan is zij "liable in damages" voor de gevolgen daarvan.

Speciaal van belang in geval van brand waar geen of nauwelijks

schade aan het schip is ontstaan. Rederij heeft geen belang bij verklaren van A.G., lading kan dan A.G. afdwingen.

A.G. niet altijd in nadeel van lading !

-7-

### **Jurisdictionclausules**

Tendens bij Engelse dispatcheurs om te verlangen dat in Bond/Garantie jurisdictionclausules worden opgenomen, met name High Court Londen. Protesteren.

Voorbeeld :

This Average Bond/Guarantee is governed by and construed in accordance with English Law and all disputes arising hereunder shall be subject to the jurisdiction of the English High Court.

Waarom deze bepaling, als er al een jurisdiction/arbitrage clause in de vervoersovereenkomst is opgenomen.

In The "Potoi Chau" [1983] 2 LLR 376 overwoog Lord Diplock :

This is a fresh agreement which stands on its own independently of the bill of lading and is for fresh consideration on either side : the release by the shipowners of his claim to a possessory lien for a general average contribution ... he may have on the consignment and the assumption by the consignee of a personal liability , secured by .... an insurer's guarantee to pay such general average contribution/charge which may have been payable, at common law, by the owner of the consignment at the time of the general average act or under the contract of affreightment , by the shipper (each of whom, particularly in the case of a general ship, may well be someone other than the consignee)...

en de "Evje" [1974] 2 LLR 57, met een Centrocon arbitrage clause in de C/P :

In this case the undertaking took the place of a Lloyd's Average Bond and the acceptance of that undertaking in my opinion constituted a fresh contract which did not contain or import the Centrocon arbitration clause.

-8-

Lowndes & Rudolf, 12th Ed., par 30.23 :

...where, in order to procure the release of the ship-owner's lien over the cargo or for some other sufficient consideration, a party to the contract has entered into a fresh agreement to pay general average, such as a Lloyd's Average Bond or a letter of undertaking, an arbitration clause in the original contract of affreightment will not apply to a claim under the fresh agreement.

Op grond van deze uitspraken kon onder 126 lid 3 Rv (oud) in veel gevallen jurisdictie in Nederland worden verkregen waar die er onder de bepalingen van B/L of C/P niet geweest zou zijn. Door niet met een jurisdictie-bepaling in te stemmen kan daarmee mogelijk gunstiger - al was het maar vanwege de kosten - jurisdictie worden verkregen dan Londen.

M.i. zijn deze uitspraken niet in overeenstemming met Nederlands recht, waar het geschil omtrent het bijdragen in averij grosse gebonden is aan de contractuele bepalingen van B/L en C/P met inbegrip van jurisdictie/arbitrage beding.

Vraag is maar of jurisdictiebepaling in Bond/Garantie werkt, aangezien die bepaling uitsluitend ziet op geschillen onder Bond/Garantie . Zie ook soortgelijke jurisdictiebepalingen het Rotterdams Garantie- en Engels ASG 6 formulier waar enerzijds jurisdictie hoofdvordering en anderzijds geschil onder garantie wordt genoemd.

In uiterste geval instemmen een een clause als :

Law and jurisdiction as per the law and jurisdiction clause  
- if any - in the governing contract of carriage.

Daarmee wordt voorkomen dat A.G. claims voor een ander forum moeten worden uitgevochten dan averij particulier claims.

-9-

## **Berging**

Is er sprake van berging dan zal tevens een bergingsgarantie gesteld moeten worden. Doorgaans zal dit LOF zijn en getracht moet worden een garantie op "unsecured guarantee" te stellen, i.p.v. "guarantor resident in the UK", dat spaart bail-fee uit. De meeste bergers gaan daarmee accoord.

Op de website van Lloyds Salvage Arbitration Branch kunnen de ontwikkelingen van de berging worden gevolgd.

Uiteraard dient een adequate tegengarantie te worden verkregen van de P&I Club. Kost doorgaans moeite daar Club meent niets met A.G. en berging te maken te hebben.

Onder omstandigheden bergingsgarantie onder protest stellen waar een sleepovereenkomst voldoende zou zijn geweest.

Marktonderzoek terstond instellen, Smit, Wijsmuller, brokers Samuel Stewart en Marint om t.z.t. bezwaren tegen bergingsovereenkomst te kunnen onderbouwen.

Is bergingsloon voldaan, dan wel moet worden voldaan, dan moet de éénjaartermijn van de HR/HVR in acht worden genomen.

## **Onderzoek naar evenement**

Heeft het er de schijn van dat de bijdrage in A.G. substantieel zal zijn en dat zal al snel het geval zijn met een relatief kostbare lading (b.v. "Hea" , schip US\$ 2 mln , lading aluminium US\$ 15 mln.) dan dient zeker bij een technische schade terstond een onderzoek te worden ingesteld.

-10-

Immer zal tegenwerking worden ondervonden, zeker wanneer Engelse advocaten betrokken zijn die naar t.z.t. "disclosure" verwijzen.

Ook al is het er in de YAR 2004 niet van gekomen, het is voor lading dan van groot belang dat in de YAR een nieuwe Rule wordt opgenomen met de navolgende strekking (Yearbook 2000 CMI , blz. 311) :

It is suggested that a new rule should be incorporated into the revised rules to the effect that no contribution shall be due from any party whose surveyor or surveyors has/have been refused access to the vessel and its documents and any documents relating to the vessel or its maintenance not on the vessel which are reasonably requested in writing to be inspected by any party or those acting on their behalf, with a view to determining whether or not that party shall be liable to contribute in general average. Whoever appoints the surveyor shall pay for him.

Bij technische schades zal men in de dispache uitsluitend de rapportage van H & M experts tegenkomen. Ook al is er maar één ladingbelanghebbende dan nog zal de dispacheur niet genegen om de rapportage van de ladingexpert in de dispache te betrekken.

De positie van H&M verzekeraars verschilt aanzienlijk met die van lading, b.v. onder de HR/HVR en dit komt tot uitdrukking in de rapportage van H&M surveyors die niet verder kijken dan nodig is om vast te stellen dat er sprake is van "crew negligence" en laten het er verder bij. Eigen onderzoek is

daarom essentieel.

### **Waarde van een dispache**

Men moet onderscheid maken tussen dispaches van Continentale en Engelse dispacheurs. De eersten zijn neutraal, de tweede zijn "agent" van de rederij. Die positie komt tot uitdrukking in het feit dat Engeland de homologatieregeling niet kent.

-11-

De status van een dispache is naar Engels recht :

(The "Potoi Chau")

...as a matter of law, in the absence of any agreement to the contrary, the publication of the average statement settles nothing : it has no other legal effect than as an expression of opinion by a professional man as to what are the appropriate sums payable to one another by the various parties interested in ship and cargo. it is just not capable of giving rise to any fresh cause of action or of postponing the accrual of an existing cause of action for an unliquidated sum.

Soms wil men nog wel worden geconfronteerd met het argument dat de Bond en Garantie abstracte garanties zouden zijn die tot betaling verplichten zodra de dispache is gepubliceerd. Dat is zowel naar Engels als Nederlands recht onjuist.

Zowel Bond als Garantie hebben het over : "... to be found properly due".

Mr C.H.B. Boot heeft daarover in de "Kvarner" (5 september 1997) gezegd :

Het ondertekenen van een Average Garantie of Average Bond zou dan heel ver gaan : eerst betalen, dan praten. En het niet- ondertekenen daarvan zou meebrengen dat "het schip de lading niet afgeeft". Damned if you do, damned if you don't.

Het is niet de dispacheur die uitmaakt "what is properly due", maar de rechter of arbiter.

"Eerst betalen, dan terughalen" is achterhaald met de wijziging van Rule D in de YAR '74 waarin is toegevoegd : "and or defences" na "remedies".

-12-

In dezelfde zin het verweer dat de verklaring voor recht binnen de éénjaartermijn van de HR/HVR had dienen te worden ingesteld. In de "Condor" (S&S 2000-51) heeft de Rb R'dam uitvoerig uiteengezet dat dit argument niet opgaat.

Ook wil nog wel eens een beroep op homologatie worden gedaan. Rechtbank Amsterdam heeft in de "Pelopidas" (7 maart 2001) beslist dat homologatie alleen van toepassing is bij een Nederlandse dispache.

### **Onzeewaardigheid**

Het meest gebruikelijke verweer om aan betaling van het A.G. aandeel te ontkomen is een beroep op de HR/HVR onzeewaardigheid. Dit verloopt parallel aan een gewone ladingclaim.

Niet ongebruikelijk is dat in de dispache een advies van een "consulting surveyor" is opgenomen waarin wordt getracht een totaal andere draai aan de toedracht van het evenment te geven.

Anders ligt de situatie wanneer de lading de reis begonnen is in een haven die gelegen is voor de haven waar de

onzeewaardigheid ontstaat.

Soms kan er sprake zijn van "bad passage planning amounting to unseaworthiness", naast het mogelijk gebruik van verouderde kaarten/boekwerken.

Een aanrader wat de "legal principles" zijn m.b.t. art III en IV HVR is The "Eurasian Dream" [2002] 1 LLR 719 .

### **Inhoud Dispache**

Menigmaal valt ook kritiek op de inhoud van de dispache uit te

-13-

oefenen. Zijn de onderscheiden posten onvoldoende onderbouwd dan is de dispacheur/rederij gehouden daaromtrent nadere uitleg/documentatie te verstrekken (Rule E).

Vaste punten van geschil zijn :

- bonussen aan bemanning
- superintendency
- management fee

### **Rente**

Arbitraal vonnis van Ulrich Hädel van Schlimme & Partners bevestigt 90 dagen grace voor betaling, vanaf YAR '94 loopt rente 3 maanden door na datum publicatie, dus niet te vroeg betalen dan wel reductie toepassen.

### **Efforts to refloat**

Een "hot item" zijn de in A.G. toegelaten "efforts to refloat damages" die in alle gevallen worden ontleend aan de rapportage van de H&M expert zonder overleg met lading. H&M

verzekeraars

zijn gebaat zoveel mogelijk schade onder A.G. te brengen.

Schade aan machineriën valt onder Rule VII, schade aan romp etc. onder Rule A. Zie : "Driade", (S&S 1959-63) .

De toepasselijke criteria zijn (The "Alpha") Rule VII:

- That the damage was done when the vessel was aground and in a position of peril;
- That the damage was done while trying to refloat the vessel;
- That the damage arose from an actual intention to float the ship at the risk of such damage;

-14-

Lowndes & Rudolf,

Rule E provides that the onus of proof is upon the party claiming in general average, and this onus is not necessarily discharged merely because some attending surveyor expresses the opinion in his report that such and such damage was attributable to efforts to refloat.

Het is zaak dit soort schades uitermate kritisch te bekijken en door een expert te laten toetsen.

### **Sleepbootkosten**

"New Horizon" - aan de grond gelopen Sao Francisco do Sul. Sleepboten zijn exorbitant duur. Loods bestelt sleepboten. Kapitein klaagt dat sleepboten geen enkel zinvol doel dienen. Kunnen deze kosten in G.A. worden toegelaten ? Neen, immers niet van "intentional" sprake.

### **Absorption Clause**

Kan problemen voorkomen indien de A.G. niet te omvangrijk is. Niettemin wordt soms een dergelijke clause genegeerd.

Voorbeeld : "TN Topaz" . Uit dispache blijkt dat H&M cover absorption clause bevat tot een bedrag ad US\$ 200k . Totale A.G. US\$ 75k . Waarom toch omslag. Kan lading zich op absorption clause beroepen.

### **Formeel averij grosse recht**

Naar Engels recht is een dispache "not proof of anything", daarom dient om de bijdrage te kunnen innen de normale procedurele weg van een civiele vordering gevolgd te worden.

-15-

Continentaal recht kent het fenomeen van "homologatie". Art. 639 t/m 641d RV . Verzoekschrift procedure. Rechtbank Rotterdam is bevoegd. Voordeel is dat niet elke belanghebbende afzonderlijk behoeft te worden gedagvaard en dispache executariale titel oplevert. Vraag is hoe een dergelijk "vonnis" in het buitenland dient te worden geexecuteerd.

Door Rechtbank Rotterdam (Mr Van Zelm van Eldik) is in de homologatieprocedure inzake de "Condor" beslist dat indien door lading een onzeewaardigheidsverweer wordt opgeworpen eerst dit geschil in een normale procedure dient te worden beslist alvorens de homologatie kan worden voortgezet. In dat geval was er slechts één ladingbelanghebbende. Hoe moet dit indien er meer belanghebbenden zijn die niet allen het onzeewaardigheidsargument opwerpen. B.v. grote ladingcrediteur in een "brand" A.G. als de "Egelantiersgracht".

## **Conclusie**

Er gaan stemmen op A.G. af te schaffen, achterhaald, ouderwets, niet meer van deze tijd. Bovendien omslachtig en relatief kostbaar. Neen, voorlopig niet. Met name in spectaculaire containerschip schades, b.v. "Hanjin Pennsylvania" en "Hyundai Fortune" is averij grosse de spil waar de gevolgen van een dergelijk evenement om draaien en er voor zorgt dat er een incentive voor de vervoerder is de goederen ter destinatie af te leveren.

Dank voor Uw aandacht.

oo-00-oo